NOU Norges offentlige utredninger **2004: 20**

Ny utlendingslov

Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001.
Avgitt til Kommunal- og regionaldepartementet 19. oktober 2004.

Statens forvaltningstjeneste
Informasjonsforvaltning

Oslo 2004

ISSN 0333-2306
ISBN 82-583-0797-5

Lobo Media AS

Til Kommunal- og regionaldepartementet

Lovutvalget for ny utlendingslov (Utlendingslovutvalget) legger med dette fram sin innstilling. Utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001.

Utvalget ble bedt om å utrede og utarbeide forslag til ny utlendingslov.

I forhold til spørsmål om hvor lang botid som skal kreves for at en utlending skal kunne innvilges permanent oppholdstillatelse, har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

Innstillingen er ellers enstemmig.

Oslo 19. oktober 2004

Bjørn Solbakken
leder

Grete Brochmann

Ketil Haukaas

Henrik Bull

Selma Ilyas

Vigdis Vevstad

Ronald L. Craig

Kristine Ryssdal

Kenneth Adale Baklund

Øyvind Havnevik

Oversikt over innhold

1 Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid 17

2 Hovedpunkter i utredningen og kapittelsammendra 20

3 Utviklingen av norsk innvandringspolitikk 36

4 Rettspolitisk utvikling internasjonalt. Folkerettens stilling i norsk rett 72

5 Generelt om tillatelsessystemet i utlendingsloven 94

6 Beskyttelse 100

7 Arbeidsinnvandring 184

8 Familieinnvandring 202

9 Innvandring på annet grunnlag 257

10 Permanent oppholdstillatelse 272

11 Utlendingskontroll og kontroll med inn- og utreise 280

12 Forvaltningsmessige reaksjoner som medfører en plikt til å forlate riket 296

13 Saksbehandlingsregler, rettshjelp mv. 320

14 Bestemmelser om straff og lovens virkeområde 361

15 Økonomiske og administrative konsekvenser mv. 370

16 Merknader til bestemmelsene i lovforslaget 373

17 Utvalgets forslag til ny utlendingslov mv. 438

Detaljert innholdsfortegnelse

1 Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid 17

2 Hovedpunkter i utredningen og kapittelsammendrag 20
2.1 Hovedpunkter i utredningen 20
2.1.1 Utfordringer for lovgivningen 20
2.1.2 Særlig om asylpolitikk og "opphold på humanitært grunnlag" 21
2.1.3 Særlig om arbeidsinnvandring 22
2.1.4 Særlig om familieinnvandring 22
2.1.5 Permanent oppholdstillatelse 24
2.1.6 Grensekontroll, saksbehandling og tvangsmidler 24
2.1.7 Generelt om lovens utforming 24
2.2 Kapittelsammendrag – Kapittel 3 til 15 25
2.2.1 Utviklingen av norsk innvandringspolitikk – Kapittel 3 25
2.2.2 Rettspolitisk utvikling internasjonalt. Folkerettens stilling i norsk rett - Kapittel 4 25
2.2.3 Generelt om tillatelsessystemet utlendingsloven – Kapittel 5 25
2.2.4 Beskyttelse - Kapittel 6 26
2.2.5 Arbeidsinnvandring - Kapittel 7 27
2.2.6 Familieinnvandring - Kapittel 8 28
2.2.6.1 Innledning 28
2.2.6.2 Familiegjenforening 29
2.2.6.3 Familieetablering 29
2.2.6.4 Andre bestemmelser om familieinnvandring 29
2.2.7 Innvandring på annet grunnlag – Kapittel 9 30
2.2.8 Permanent oppholdstillatelse – Kapittel 10 31
2.2.9 Utlendingskontroll og kontroll med inn- og utreise – Kapittel 11 31
2.2.10 Bortvisning og utvisning - Kapittel 12 32
2.2.10.1 Innledning 32
2.2.10.2 Bortvisning 32
2.2.10.3 Utvisning 32
2.2.11 Saksbehandling, organisering av utlendingsmyndigheten m.m. – Kapittel 13 33
2.2.11.1 Saksbehandlings- og organisatoriske spørsmål mv. 33
2.2.11.2 Inngripende tiltak. Tvangsmidler 34
2.2.11.3 Tiltak for å trygge den offentlige orden og sikkerhet mv. 34
2.2.12 Bestemmelse om straff mv. og lovens virkeområde – Kapittel 14 34
2.2.12.1 Straffebestemmelser mv. i utlendingsloven 34
2.2.12.2 Lovens virkeområde 35
2.2.13 Økonomiske og administrative konsekvenser mv. – Kapittel 15 35

3 Utviklingen av norsk innvandringspolitikk 36
3.1 Innledning 36
3.2 Status ved inngangen til det 21. århundre 36
3.2.1 Slutten på den kalde krigen 36
3.2.2 Et etisk dilemma 37
3.2.3 Innvandring – et felles europeisk anliggende 37
3.2.4 Norge – et spesielt tilfelle? 38
3.2.5 Den norske konteksten 39
3.2.6 Likestillingspolitikkens begrensninger 40
3.2.7 Kulturmøter og menneskerettigheter 40
3.2.8 Nytt innvandringsparadigme? 41
3.3 Innvandring og integrering 41
3.3.1 Innvandringspolitikkens grunnstruktur 41
3.3.2 Kontroll, integrasjon og arbeidsmarked 44
3.3.3 Holdningsdannelse 45
3.3.4 Ulike kategorier – ulike motiveringer og hensyn 46
3.3.5 Samspill på flere nivå 47
3.4 Innvandringen til Norge og Europa 48
3.4.1 Innvandring i perspektiv 48
3.4.2 Brutto- og nettostrømmer til og fra Europa og Norge 48
3.4.2.1 Europa 48
3.4.2.2 Norge 52
3.4.3 Innvandrerbefolkningen 52
3.4.3.1 Innledning 52
3.4.3.2 Innvandrerbefolkningen i Europa ... 52
3.4.3.3 Innvandrerbefolkningen i Norge 57
3.5 Den nasjonale rettsutviklingen 61
3.5.1 Kort historisk overblikk 61
3.5.2 Fremmedloven av 1956 61
3.5.3 Innvandringsstoppen i 1975 62
3.5.4 Utlendingsloven av 1988 62
3.5.4.1 Fremmedlovutvalgets utredning 62
3.5.4.2 Ot. prp. nr. 46 (1986-87) 63
3.5.4.3 Viktige lovendringer etter 1988 65
3.5.4.4 Endringen i instruksjonsadgangen . 69

3.5.5 Domstolskontrollen med utlendingsforvaltningen 70

4 Rettspolitisk utvikling internasjonalt. Folkerettens stilling i norsk rett. 72
4.1 De folkerettslige rettskildene 72
4.2 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten 72
4.3 Internasjonale rettsregler om beskyttelse 73
4.3.1 Innledning 73
4.3.2 Universelle regler 74
4.3.2.1 Flyktningkonvensjonen 74
4.3.2.2 UNHCR-statuttene og ExCOM-konklusjonene 74
4.3.2.3 Vern mot utsendelse. Torturforbudet 75
4.3.2.4 Andre universelle menneskerettsbestemmelser 76
4.3.2.5 Internasjonale prosesser og initiativ 76
4.3.3 Regionale regler 77
4.3.3.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3 77
4.3.3.2 EUs statusdirektiv 77
4.3.3.3 EU-direktivet om asylprosedyrer ... 78
4.3.3.4 EU-direktivet om midlertidig beskyttelse 78
4.3.3.5 Direktiv om minimumsstandarder for mottak av asylsøkere 78
4.3.3.6 Andre regionale beskyttelsesinstrumenter 79
4.4 Schengensamarbeidet og Dublinregelverket 79
4.4.1 Schengensamarbeidet 79
4.4.1.1 Innledning 79
4.4.1.2 Nærmere om Schengenregelverket 80
4.4.1.3 Oppsummering. Utviklingen fremover 81
4.4.2 Dublinregelverket 82
4.4.2.1 Fastsettelse av hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad etter Dublin II-forordningen 82
4.4.2.2 Forpliktelser for den enkelte medlemsstat 83
4.4.2.3 Opphør av forpliktelser etter forordningen 84
4.4.2.4 Utveksling av opplysninger 84
4.4.2.5 Andre regler om administrativt samarbeid mellom medlemsstatene 84
4.5 Norge i et felles europeisk arbeidsmarked 85
4.5.1 Det felles nordiske arbeidsmarkedet 85
4.5.2 EFTA-konvensjonen 85
4.5.3 EØS-avtalen 85
4.5.3.1 Allment om EØS-avtalen 85
4.5.3.2 Nytt direktiv om fri bevegelighet for EU-borgere og deres familiemedlemmer 86
4.5.3.3 Direktiv av 25. november 2003 om tredjelandsborgere som har vært bosatt i EU over lang tid 86
4.6 Verdens handelsorganisasjons avtale om handel med tjenester (GATS) 87
4.7 Internasjonale forpliktelser til beskyttelse av arbeidsinnvandreres stilling 87
4.7.1 ILO-konvensjoner 87
4.7.2 Europarådskonvensjoner 89
4.8 Folkerettslige regler om rett til familieliv 89
4.9 Ikke-diskriminering 89
4.10 Utvalgets vurderinger 90
4.10.1 Innarbeiding av menneskerettskonvensjoner i den nye utlendingsloven 90
4.10.2 Kvinnekonvensjonens stilling 90
4.10.2.1 Gjeldende rett 90
4.10.2.2 Utvalgets forslag 91
4.10.3 Barnekonvensjonens stilling 91
4.10.3.1 Rettskildebildet 91
4.10.3.2 Utvalgets syn på inkorporering av barnekonvensjonen i utlendingsloven 92

5 Generelt om tillatelsessystemet i utlendingsloven 94
5.1 Hovedsystematikken i tillatelsessystemet 94
5.1.1 Gjeldende rett 94
5.1.2 Utvalgets vurderinger 94
5.2 Unntak fra hovedregelen om at det kreves særskilt utstedt tillatelse for opphold og arbeid 94
5.2.1 Gjeldende lov 94
5.2.2 Utvalgets vurderinger 95
5.3 Oversikt over de sentrale tillatelsesgrunnlagene 95
5.3.1 Gjeldende ordning 95
5.3.2 Utvalgets vurderinger 96
5.4 Midlertidige tillatelsers varighet 96
5.4.1 Gjeldende rett 96
5.4.2 Utvalgets vurderinger 96
5.5 Fremsettelse av søknad 96
5.5.1 Gjeldende rett 96
5.5.2 Utvalgets vurderinger 97
5.6 Fornyelse av midlertidig tillatelse 98
5.6.1 Gjeldende rett 98

5.6.2 Utvalgets vurderinger 98
5.7 Krav om sikret underhold og bolig . 98
5.7.1 Gjeldende rett 98
5.7.2 Utvalgets vurderinger 98
5.8 Krav til vandel mv. 99
5.8.1 Gjeldende rett 99
5.8.2 Utvalgets vurderinger 99

6 Beskyttelse 100
6.1 Innledning 100
6.1.1 Generelt om reglene i folkeretten og intern norsk rett 100
6.1.1.1 Folkeretten 100
6.1.1.2 Utlendingsloven av 1988 100
6.1.2 Utgangspunkter for tolkningen av flyktningbegrepet i utlendingsloven av 1988..... 102
6.1.3 Nøkkeltall 104
6.1.4 Den videre fremstilling 106
6.2 Flyktningbegrepets innhold 106
6.2.1 Innledning 106
6.2.2 Forfølgelsesgrunnene 107
6.2.2.1 Innledning 107
6.2.2.2 Medlemskap i en spesiell sosial gruppe 107
6.2.2.3 Politisk oppfatning 112
6.2.3 Forfølgelsesbegrepet 114
6.2.4 Beviskrav og risikokrav 117
6.2.4.1 Innledning 117
6.2.4.2 Beviskravet 117
6.2.4.3 Risikovurderingen 118
6.2.5 Flyktningvurderingen i et kjønnsperspektiv 120
6.2.6 Internflukt 122
6.2.7 Sur place-tilfeller 122
6.2.8 Eksklusjon 123
6.2.8.1 Innledning 123
6.2.8.2 Særskilt om eksklusjon etter flyktningkonvensjonen artikkel 1F... 124
6.3 Overføringsflyktninger 127
6.4 Vernet mot retur – ”non refoulement” 128
6.4.1 Innledning 128
6.4.2 Vernet mot utsendelse – internasjonale forpliktelser..... 128
6.4.2.1 Flyktningkonvensjonen artikkel 33 128
6.4.2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3 129
6.4.2.3 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 7 133
6.4.2.4 FNs konvensjon mot tortur artikkel 3 134
6.4.2.5 Non refoulement som folkerettslig sedvanerettsprinsipp..... 134
6.4.3 Vernet mot utsendelse i utlendingsloven 135
6.5 Rettsposisjonen for utlending som har rett til internasjonal beskyttelse (spørsmålet om rett til asyl mv. 135
6.5.1 Spørsmålet om hvorvidt det foreligger en rett til asyl 135
6.5.1.1 Flyktninger 135
6.5.1.2 Andre med rett til internasjonal beskyttelse 136
6.5.2 Andre rettigheter 136
6.6 Opphør av retten til beskyttelse 138
6.6.1 Flyktninger 138
6.6.1.1 Generelt 138
6.6.1.2 Opphør etter artikkel 1C(1) 139
6.6.1.3 Opphør etter artikkel 1C(2) 140
6.6.1.4 Opphør etter artikkel 1C(3) 140
6.6.1.5 Opphør etter artikkel 1C(4) 140
6.6.1.6 Opphør etter artikkel 1C(5) 141
6.6.1.7 Opphør etter artikkel 1C(6) 142
6.6.2 Andre med rett til internasjonal beskyttelse 142
6.7 Menneskehandel 143
6.8 Rapport fra Universitetet i Oslo om grensegangen mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag av beskyttelsesbehov 144
6.9 Beskyttelseskategorier i en ny lov – utvalgets vurderinger..... 145
6.9.1 Behovet for å synliggjøre hvem som får opphold av beskyttelsesgrunner. 145
6.9.2 Innarbeiding av flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) i en ny norsk utlendingslov 146
6.9.2.1 Utvalgets forslag til ny tilnærming til flyktningbegrepet under en ny lov. 146
6.9.2.2 Forfølgelsesgrunnene 148
6.9.2.3 Forfølgelsesbegrepet 149
6.9.2.4 Bevis- og risikokrav 149
6.9.2.5 Tvil om utlendingens identitet 150
6.9.2.6 Flyktningvurderingen i et kjønnsperspektiv 150
6.9.2.7 Særlig om ofre for menneskehandel 152
6.9.2.8 Internflukt 153
6.9.3 Beskyttelse for personer som faller utenfor flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)..... 153
6.9.4 Sur place 155
6.9.5 Avledet flyktningstatus 155
6.9.6 Opphør av flyktningbeskyttelse 155
6.9.7 Eksklusjon 158
6.9.7.1 Innledning 158

6.9.7.2 Rettsposisjon for den som blir ekskludert ... 159
6.9.7.3 Vilkårene for eksklusjon ... 160
6.9.8 Vern mot utsendelse som eneste grunnlag for opphold ... 162
6.9.9 Overføringsflyktninger ... 162
6.10 Kollektiv beskyttelse ... 163
6.10.1 Gjeldende ordning ... 163
6.10.2 EU-direktivet om midlertidig beskyttelse ... 163
6.10.3 Utvalgets vurderinger ... 164
6.11 Asylsøkerprosessen. Saksbehandlingsregler ved søknad om beskyttelse. Rettigheter og plikter som asylsøker ... 165
6.11.1 Forholdet mellom materielle regler og saksbehandlingsregler ... 165
6.11.2 Forberedende saksbehandling ... 166
6.11.2.1 Registrering av asylsøknaden ... 166
6.11.2.2 Undersøkelser med tanke på retur til tredjeland ... 166
6.11.2.3 Differensiert saksbehandling ... 167
6.11.2.4 Informasjonsinnhenting. Asylintervju ... 167
6.11.3 Opphold i mottak ... 169
6.11.4 Vedtak i asylsaker ... 170
6.11.4.1 Midlertidig arbeidstillatelse ... 170
6.11.4.2 Vedtak etter Dublinregelverket ... 171
6.11.4.3 Retur til trygt første asylland ... 173
6.11.4.4 Retur etter passkontroll-overenskomsten ... 173
6.11.4.5 Førsteinstansvedtak i asylsaker ... 173
6.11.4.6 Åpenbart grunnløse asylsøknader ... 174
6.11.5 Klagebehandling ... 175
6.11.6 Iverksetting av vedtak ... 175
6.11.7 Spesielle regler for enslige mindreårige asylsøkere ... 175
6.11.8 Anbefalinger fra Norsk organisasjon for asylsøkere ... 177
6.11.9 UNHCRs anbefalinger ... 177
6.11.10 EU-direktiv om asylprosessen ... 179
6.11.11 Utvalgets vurderinger ... 178
6.11.11.1 Utvalgets utgangspunkter ... 178
6.11.11.2 Tilrettelegging for en hurtig saksbehandling ... 180
6.11.11.3 Plikt til å fremsette søknad om beskyttelse uten ugrunnet opphold ... 180
6.11.11.4 Oppholdssted under søknadsbehandlingen ... 181
6.11.11.5 Frihets- og bevegelsesbegrensninger for utlendinger som begår lovbrudd ... 181
6.11.11.6 Klagebehandling og effektuering av vedtak om avslag på søknad om beskyttelse ... 181
6.11.11.7 Asylsøkere som andre land er ansvarlige for ... 181
6.11.11.8 Midlertidig arbeidstillatelse for asylsøkere ... 182
6.11.11.9 Adgangen til å stille saksbehandlingen i bero ... 182

7 Arbeidsinnvandring ... 184
7.1 Innledning ... 184
7.2 Utviklingen av regelverket for arbeidsinnvandring ... 184
7.3 Nøkkeltall ... 185
7.4 Gjeldende rett ... 185
7.4.1 Vilkår for arbeidsinnvandring for utlending som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen ... 185
7.4.1.1 Generelle krav til underhold, bolig, lønns- og arbeidsvilkår ... 185
7.4.1.2 Fagutdannelse – spesielle kvalifikasjoner ... 186
7.4.1.3 Tillatelser i forbindelse med sesongpreget virksomhet og i forbindelse med ordinær ferieavvikling ... 187
7.4.1.4 Tillatelser til arbeidskraft i fiskeindustrien ... 187
7.4.1.5 Tillatelser i forbindelse med kulturutveksling o.a ... 187
7.4.2 Begrensning av tillatelsens gyldighet til et bestemt arbeid og arbeidssted ... 188
7.4.3 Selvstendig næringsdrivende ... 188
7.4.4 Arbeidsinnvandring som gjelder utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen ... 188
7.4.4.1 Fri bevegelighet for arbeidstakere ... 188
7.4.4.2 Om selvstendig næringsdrivende og om retten for foretak til å medbringe nøkkelpersonell fra tredjeland ... 190
7.4.4.3 Tjenesteytere og tjenestemottakere 190
7.4.4.4 Oppholdstillatelse til familie-medlemmer ... 190
7.4.4.5 Overgangsregler for borgere av land tilsluttet EU 1. mai 2004 ... 191
7.5 Det internasjonale bildet ... 191
7.5.1 Generelt om det internasjonale bildet ... 191
7.5.2 Reguleringen av arbeidsinn-vandringen i noen utvalgte land ... 192
7.5.2.1 Storbritannia ... 192
7.5.2.2 Finland ... 192
7.5.2.3 Sverige ... 193

7.5.2.4 Danmark 193
7.5.2.5 Italia 193
7.5.2.6 Canada 194
7.6 Utvalgets vurderinger – arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS-området 194
7.6.1 Innledning 194
7.6.2 Norges arbeidskraftsbehov 194
7.6.3 Forutsetninger for at arbeidsinnvandring skal få alminnelig aksept ... 195
7.6.3.1 Arbeidsinnvandring og sysselsetting 195
7.6.3.2 Arbeidsinnvandring og lønnsvilkår . 195
7.6.3.3 Arbeidsinnvandring og arbeidsmiljø og sikkerhet 196
7.6.3.4 Arbeidsinnvandring og velferdsstaten 196
7.6.4 Reguleringsformer 196
7.6.5 Forholdet mellom lov og forskrift og styring av hovedprinsippene for arbeidsinnvandringen 197
7.6.6 Fortrinnsrett for innenlandsk arbeidskraft 197
7.6.7 Krav til lønns- og arbeidsvilkår 198
7.6.8 Krav om at det må foreligge et konkret arbeidstilbud mv. 198
7.6.9 Begrensninger i oppholdstillatelsens innhold 198
7.6.10 Rettigheter ved arbeidsledighet 199
7.6.11 Forhåndstilsagn om tillatelse 199
7.6.12 Oppholdstillatelse for selvstendig næringsdrivende 199
7.6.13 Oppholdstillatelse av hensyn til økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid eller utvikling 199
7.6.14 Arbeidsgivers plikter og ansvar. Tilsyn 199
7.7 Utvalgets forslag til endringer av regelverket for det felles europeiske arbeidsmarkedet 200

8 Familieinnvandring 202
8.1 Nøkkeltall 202
8.2 Oversikt over gjeldende rett 203
8.2.1 Hovedbestemmelsene om familieinnvandring 203
8.2.2 Hvilke familiemedlemmer som har rett til opphold 204
8.2.2.1 Ektefelle 204
8.2.2.2 Samboer 204
8.2.2.3 Barn 204
8.2.2.4 Foreldre 205
8.2.3 Hvem som kan gis opphold 205
8.2.4 Krav til underhold og bolig 206
8.2.5 Saksbehandlingsregler 207
8.2.6 Krav om lovlig opphold for å inngå ekteskap 208
8.2.7 Varighet og innhold av oppholdstillatelse for familiemedlem 208
8.2.8 Fornyelse av tillatelser til familiemedlem 208
8.3 Internasjonale forpliktelser 209
8.3.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon 209
8.3.2 Flyktningkonvensjonen 211
8.3.3 Barnekonvensjonen 211
8.4 EU-direktivet om retten til familieinnvandring for tredjelandsborgere utenfor rammen av EØS-avtalen 211
8.5 Utvalgets vurderinger 212
8.5.1 Forholdet mellom gjenforeningstilfeller og etableringstilfeller 212
8.5.2 Generelt om hva som foreslås lovregulert 213
8.5.3 Familiegjenforening 213
8.5.3.1 Innledning 213
8.5.3.2 Begrensninger i adgangen til familiegjenforening som virkemiddel i asylpolitikken? 214
8.5.3.3 Medfølgende familiemedlemmer i asylsak 216
8.5.3.4 Ektefelle 216
8.5.3.5 Samboer 217
8.5.3.6 Barn 217
8.5.3.7 Mor eller far til norsk barn 218
8.5.3.8 Mor eller far som skal ha samvær med barn i Norge 219
8.5.3.9 Mor eller far til enslig barn med opphold 219
8.5.3.10 Foreldre til voksne barn 220
8.5.3.11 Familiegjenforening i andre tilfeller 223
8.5.4 Familieetablering 225
8.5.4.1 Innledning 225
8.5.4.2 Kravet til forholdets alvor – proforma mv. 226
8.5.4.3 Ekteskap inngått ved fullmektig 230
8.5.4.4 Opphold for å inngå ekteskap 230
8.5.4.5 Adgangen til å nekte opphold ved frykt for overgrep mot søkeren 231
8.5.4.6 Utlendingsmyndighetenes tilgang til opplysninger om referansepersonen i sak om familieetablering 233
8.5.4.7 Søkerens adgang til personlige opplysninger om referansepersonen 237
8.5.4.8 Om arrangerte ekteskap 239
8.5.4.9 Tiltak mot tvangsekteskap mv. 246
8.5.5 Familieinnvandring i strid med forutsetningene for referansepersonens tillatelse – unntak fra retten 250

8.5.6 Kravet til underhold og bolig. 250
8.5.7 Saksbehandlingsregler 250
8.5.8 Varighet og innhold av oppholds-tillatelse for familiemedlem..... 251
8.5.9 Fornyelse av tillatelser 252
8.5.9.1 Allment 252
8.5.9.2 Samvær med barn etter samlivsbrudd 252
8.5.9.3 Situasjonen ved samlivsbrudd på grunn av mishandling..... 252
8.5.9.4 Fornyelse av tillatelse ved opphør av samlivet på grunn av referansepersonens død..... 255
8.5.9.5 Fornyelse av tillatelse ved samlivsbrudd av andre grunner 255
8.5.9.6 Fornyelse av tillatelse ved tvangsekteskap..... 256

9 Innvandring på annet grunnlag . 257
9.1 Innledning 257
9.2 Oppholdstillatelse til statsborger i et land som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen for annet enn arbeid..... 257
9.2.1 Gjeldende rett 257
9.2.2 Utvalgets vurderinger 257
9.3 Oppholdstillatelse for studenter og praktikanter..... 258
9.3.1 Gjeldende ordning 258
9.3.1.1 Studenter 258
9.3.1.2 Praktikanter 258
9.3.2 Utvalgets vurderinger 258
9.4 Opphold i forbindelse med ungdomsutvekslingsprogrammer o.a. 259
9.4.1 Gjeldende ordning 259
9.4.1.1 Innledning 259
9.4.1.2 Au pair 259
9.4.1.3 Arbeidende gjest 260
9.4.1.4 Bilateral avtale mellom Norge og Australia..... 260
9.4.1.5 Elever som er invitert av en kommune..... 260
9.4.2 Utvalgets vurderinger 260
9.5 Opphold av hensyn til vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling mv..... 260
9.5.1 Gjeldende ordning 260
9.5.2 Utvalgets vurderinger 261
9.6 Opphold av sterke rimelighets-grunner 261
9.6.1 Gjeldende rett og praksis 261
9.6.1.1 Innledning 261
9.6.1.2 Utlendingsloven § 8 annet ledd som hjemmel for opphold i asylsaker 262
9.6.1.3 Utlendingsloven § 8 annet ledd som hjemmel for opphold i andre saker enn asylsaker..... 263
9.6.2 Utvalgets vurderinger 263
9.6.2.1 Innledning 263
9.6.2.2 Rimelighetsbestemmelsens anvendelse i asylsaker..... 265
9.6.2.3 Rimelighetsbestemmelsens anvendelse i andre saker enn asylsaker 267
9.6.2.4 Om innvandringsregulerende hensyn..... 268
9.6.2.5 Særlig om saker som gjelder barn ... 268
9.6.2.6 Hva som bør fremgå av en ny lovbestemmelse 269
9.6.2.7 Visse spørsmål knyttet til saksbehandlingen..... 269
9.6.2.8 Tillatelsens varighet og innhold 269
9.7 Midlertidig oppholdstillatelse for personer som ikke kan returnere 270
9.7.1 Gjeldende rett 270
9.7.2 Utvalgets vurderinger 270
9.8 Korttidsopphold utover tre måneder 270

10 Permanent oppholdstillatelse 272
10.1 Gjeldende rett 272
10.1.1 Bakgrunnen for regler om permanent oppholdstillatelse 272
10.1.2 Ordningen etter fremmedloven av 1956 273
10.1.3 Rett til bosettingstillatelse etter utlendingsloven..... 273
10.1.4 Kravet om botid 273
10.1.5 Forslaget om vilkår om gjennomført opplæring i norsk og samfunns-kunnskap for innvilgelse av bosettingstillatelse..... 274
10.1.6 Bortfall av bosettingstillatelse 274
10.1.7 Virkninger av bosettingstillatelse ... 275
10.2 Utvalgets vurderinger 275
10.2.1 ”Permanent oppholdstillatelse” som ny betegnelse..... 275
10.2.2 Botidskravet 275
10.2.3 Tilleggstid 279
10.2.4 Bortfall 279
10.2.5 Permanent tillatelse etter kollektiv tillatelse..... 279

11 Utlendingskontroll og kontroll med inn- og utreise..... 280
11.1 Innledning 280
11.2 Visum 280
11.2.1 Nøkkeltall 280
11.2.2 Generelt om visum 280
11.2.3 Krav om midler til opphold og retur 284
11.2.4 Nasjonalt visum 284

11.2.5 Nødvisum 285
11.2.6 Utvalgets vurderinger 285
11.3 Inn- og utreisekontroll 287
11.3.1 Generelt om innreisekontroll 287
11.3.2 Generelt om utreisekontroll 287
11.3.3 Særlig om yttergrensekontroll ved landegrense..... 288
11.3.4 Lufhavnkontroll 288
11.3.4.1 Personkontroll 288
11.3.4.2 Administrativ kontroll (passasjerlister) 288
11.3.4.3 Lufthavntransitt (herunder visum, visumfri til Schengen og lufthavntransittvisum)..... 288
11.3.5 Sjøgrensekontroll 289
11.3.5.1 Administrativ kontroll (COSS) 289
11.3.5.2 Fysisk kontroll ved skipsanløp 289
11.3.5.3 Av- og påmønstring 289
11.3.5.4 Landlov 290
11.3.6 Utvalgets vurderinger 290
11.4 Annen grensekontroll 291
11.4.1 Ekstraordinær grensekontroll på de indre Schengengrenser..... 291
11.4.2 Tollvesenets personkontroll/ utlendingskontroll..... 291
11.4.3 Utvalgets vurderinger 291
11.5 Utlendingskontroll..... 292
11.5.1 Generelt om utlendingskontroll 292
11.5.2 Polisiær kontroll med utlendinger .. 293
11.5.3 Utvalgets vurderinger 294
11.6 Transportøransvar..... 294
11.6.1 Transportøransvar..... 294
11.6.2 Utvalgets vurderinger..... 295

12 Bortvisning og utvisning 296
12.1 Generelt om forholdet mellom de forskjellige reaksjoner..... 296
12.2 Bortvisning 296
12.2.1 Gjeldende rett 296
12.2.1.1 Bortvisningsgrunner 296
12.2.1.2 Begrensninger i adgangen til å bortvise..... 297
12.2.1.3 Saksbehandling 298
12.2.2 Nøkkeltall 299
12.2.3 Utvalgets vurderinger 299
12.2.3.1 Generelt 299
12.2.3.2 Bortvisning av utlending som har oppholdstillatelse eller nordisk borger som er bosatt i riket..... 299
12.2.3.3 Bortvisning ved uoppgjort forelegg/ gebyr..... 299
12.2.3.4 Bortvisning som følge av ilagt innreiseforbud 300
12.2.3.5 Bortvisning i samsvar med pass-kontrolloverenskomsten artikkel 6 .. 300
12.2.3.6 Bortvisning av personer som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen..... 300
12.2.3.7 Saksbehandling 301
12.2.3.8 Spørsmålet om bortvisning med innreiseforbud 302
12.3 Utvisning 303
12.3.1 Gjeldende rett 303
12.3.1.1 Utvisningsinstituttets begrunnelse. Utvisningsgrunner 303
12.3.1.2 Absolutte hindre mot utvisning 305
12.3.1.3 Situasjoner med skjerpet krav til utvisningsgrunnlaget..... 305
12.3.1.4 Forholdsmessighetsvurderingen 306
12.3.1.5 Internasjonale forpliktelser 308
12.3.1.6 Innreiseforbudets varighet mv. 310
12.3.2 Nøkkeltall..... 311
12.3.3 Utvalgets vurderinger..... 311
12.3.3.1 Bør utvisning klassifiseres som straff? 311
12.3.3.2 Hvem bør ta avgjørelser om utvisning? 312
12.3.3.3 Krav til strafferammen som grunn-vilkår for utvisning på grunnlag av ilagt straff?..... 313
12.3.3.4 Grunnvilkår for utvisning..... 313
12.3.3.5 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som har midlertidig oppholdstillatelse 314
12.3.3.6 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som har permanent oppholdstillatelse..... 314
12.3.3.7 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen..... 314
12.3.3.8 Forholdsmessighetsvurderingen 315
12.3.3.9 Absolutte hindre mot utvisning 316
12.3.3.10 Særlig om innreiseforbudets varighet 317
12.3.3.11 Gjennomføring av utsendelses-direktiv 317

13 Saksbehandling, organisering av utlendingsmyndigheten m.m. 320
13.1 Forvaltningsmessige begreper og prinsipper (herunder ansvar for saksopplysning mv...... 320
13.1.1 Innledning 320
13.1.2 Særlig om veiledningsplikten i utlendingssaker..... 320
13.1.3 Partsbegrepet og rettslig klage-interesse..... 320
13.1.4 Habilitet..... 321
13.1.5 Begrunnelse av vedtak 322

13.1.6 Ugyldighet og tilbakekall av gitte tillatelser 322
13.1.7 Taushetsplikt 323
13.1.7.1 Generelt om taushetsplikt 323
13.1.7.2 Utveksling av informasjon med utenlandske myndigheter 323
13.1.8 Utvalgets vurderinger 323
13.1.8.1 Søkerens rett til å bli forelagt saksopplysninger 323
13.1.8.2 Partsbegrepet 324
13.1.8.3 Særlig om habilitet i utlendingssaker 325
13.1.8.4 Begrunnelsesplikt i utlendingssaker 325
13.1.8.5 Tilbakekall av tillatelser 326
13.1.8.6 Taushetsplikt og utveksling av opplysninger 327
13.2 Utlendingsmyndighetene og kompetansebestemmelser 328
13.2.1 Organiseringen i dag 328
13.2.2 Utvalgets vurderinger 331
13.3 Informasjonsinnhenting 333
13.3.1 Generelt om informasjonsinnhenting, bevissikring og metodebruk i utlendingssak 333
13.3.2 Rettslig avhør 333
13.3.3 Identifisering 334
13.3.3.1 Utlendingens plikt til å medvirke til å avklare sin identitet 334
13.3.3.2 DNA-testing 334
13.3.3.3 Alderstesting 335
13.3.3.4 Kontroll av identitetspapirer, billetter og andre reisedokumenter . 336
13.3.3.5 Beslag av identitetspapirer, billetter og andre reisedokumenter 336
13.3.3.6 Foto og fingeravtrykk av utlending . 337
13.3.3.7 Undersøkelse av utlendingens person eller bolig 337
13.3.3.8 Meldeplikt, bestemt oppholdssted, pågripelse og fengsling av utlending i identifiseringshensikt 338
13.3.4 Utvalgets vurderinger 339
13.3.4.1 Forholdet mellom straffeprosessuelle og forvaltningsprosessuelle tvangsmidler 339
13.3.4.2 Generelt om fastlegging av identitet 339
13.3.4.3 Fyllestgjørende saksopplysning 340
13.3.4.4 Rettslig avhør 340
13.3.4.5 DNA-testing 340
13.3.4.6 Alderstesting 341
13.3.4.7 Kopiering av dokumenter 341
13.3.4.8 Generelt om tvangsmidler 341
13.3.4.9 Fremstillingsfristen i sak hvor utlending pågripes i medhold av utlendingsloven 342
13.3.4.10 Foto og fingeravtrykk av utlending . 342
13.4 Iverksetting av vedtak som innebærer at utlending har plikt til å forlate landet 342
13.4.1 Generelt om iverksetting 342
13.4.2 Særlig om iverksetting av vedtak i asylsaker 343
13.4.3 Ansvaret for utgifter ved uttransport 346
13.4.4 Pålegg om utlevering av identitetspapirer, billetter og andre reisedokumenter for å sikre retur 346
13.4.5 Meldeplikt, bestemt oppholdssted, pågripelse og fengsling av utlendinger for å sikre retur 346
13.4.6 Utvalgets vurderinger 347
13.4.6.1 Iverksetting av vedtak som innebærer at utlending plikter å forlate landet 347
13.4.6.2 Ansvaret for utgifter samt spørsmål om adgang til ransaking etter penger til bruk ved utreise 347
13.4.6.3 Beslag og pålegg om utlevering av dokumenter og penger for å sikre iverksetting av vedtak 347
13.4.6.4 Meldeplikt og bestemt oppholdssted for å sikre iverksetting av vedtak 348
13.4.6.5 Fengsling for å sikre iverksetting av vedtak 348
13.5 Tiltak for å sikre den offentlige orden og sikkerhet 349
13.5.1 Rikets sikkerhet 349
13.5.2 Utenrikspolitiske hensyn 351
13.5.3 Tvingende samfunnsmessige hensyn 352
13.5.4 Utvalgets vurderinger 352
13.5.4.1 Hensynet til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn 352
13.5.4.2 Tiltak mot utlendinger som begår kriminelle handlinger 353
13.6 Rettshjelp 353
13.6.1 Generelt om retten til fri rettshjelp . 353
13.6.2 Fritt rettsråd 354
13.6.3 Fri sakførsel 354
13.6.4 Utvalgets vurderinger 354
13.7 Registrering av opplysninger 355
13.7.1 Nasjonale utlendingsregistre 355
13.7.2 Internasjonale utlendingsregistre 355
13.7.3 Lovhjemmel for registrering av personopplysninger 356
13.8 Saksbehandlingen i Utlendingsnemnda 357
13.8.1 Behandlingsformer i Utlendingsnemnda 357
13.8.2 Evaluering av Utlendingsnemnda 358
13.8.3 Utvalgets vurderinger 358

13.9 Gebyr for behandling av søknader .. 358
13.10 Reisebevis for flyktning og utlendingspass 359
13.10.1 Gjeldende rett 359
13.10.2 Utvalgets vurderinger 359

14 Bestemmelser om straff og lovens virkeområde 360
14.1 Straffebestemmelser i utlendingsloven 360
14.1.1 Innledning 360
14.1.2 Straffebestemmelser i gjeldende utlendingslov 360
14.1.3 Utvalgets vurderinger 363
14.1.3.1 Forholdet mellom straffereaksjoner og forvaltningsmessige reaksjoner i utlendingsretten 363
14.1.3.2 Utlendingslovens straffebestemmelser 364
14.1.3.3 Bør straffeloven § 342 første ledd bokstav a oppheves? 365
14.1.3.4 Ny straffebestemmelse for menneskesmugling i straffeloven 366
14.1.3.5 Gebyrordning 366
14.2 Lovens virkeområde 366
14.2.1 Lovens saklige og geografiske virkeområde 366
14.2.2 Personkretsen 367
14.2.3 Utvalgets vurderinger 367

15 Økonomiske og administrative konsekvenser mv. 369
15.1 Innledning 369
15.2 Administrative konsekvenser 369
15.3 Konsekvenser for innvandringen 370
15.4 Økonomiske konsekvenser 370
15.4.1 Økonomiske konsekvenser av en endret flyktningvurdering 370
15.4.2 Økonomiske konsekvenser av andre forslag 371

16 Merknader til bestemmelsene i lovforslaget 373

17 Utvalgets forslag til ny utlendingslov mv. 438
17.1 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her 438
17.2 Forslag til endringer i andre lover ... 462
17.2.1 Lov om adgangen til visse områder 07.03.1940 nr. 1 462
17.2.2 Lov om fri rettshjelp 13.06. 1980 nr. 35 462
17.2.3 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22.05.1981 nr. 25 463
17.2.4 Lov om folketrygd (folketrygdloven) 28.02.1997 nr. 19 463
17.2.5 Lov om kystvakten (kystvaktloven) 13.06.1997 nr. 42 463
17.2.6 Lov om Schengen informasjonssystem (SIS-loven) 16.07.1999 nr. 66 463
17.2.7 Lov om introduksjonsordningen for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven) 04.07.2003 nr. 80 463

Kapittel 1
Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid

Lovutvalg for ny utlendingslov, Utlendingslovutvalget, ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001. Utvalget fikk følgende mandat:

1. Utvalget gis i oppdrag å utrede og utarbeide forslag til ny utlendingslov. Utvalget bes selv vurdere om det er hensiktsmessig å gi en eller flere lover på området. Utvalget må herunder vurdere hvilke regler som bør fastsettes i lovs form og hvilke som bør overlates til forskriftsregulering.
2. Et gjennomgående hensyn i lovutvalgets arbeid skal være regelforenkling i samsvar med Regjeringens fornyelsesprogram. Enkelt språk og brukervennlighet skal vektlegges.
3. Formålet med någjeldende utlendingslov (§ 3) er å "gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk. Loven skal ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i, eller ut av riket, som oppholder seg her eller som søker en tillatelse etter loven. Loven skal gi grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger og andre utlendinger." Det framgår videre i utlendingsloven (§ 4) at: "loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling." Disse hensynene har fortsatt stor betydning, men loven må moderniseres og tydeligere reflektere de utfordringer samfunnet i dag står overfor, bl.a. som følge av at en større andel av befolkningen har innvandrerbakgrunn.
4. Behovet på 1970- og 80-tallet for å sikre kontroll og regulering av arbeidsinnvandringen til Norge la sterke føringer på utformingen av utlendingsloven som ble vedtatt i 1988. I vår tid er behovet stort for å rekruttere utenlandsk arbeidskraft, også fra land utenfor EØS-området. Det er nødvendig med enkle regler blant annet for å sikre rask saksbehandling ved rekruttering av arbeidskraft fra utlandet.
5. Samtidig med økt behov for å rekruttere utenlandsk arbeidskraft til Norge og forenklinger i regelverket som følge av dette, øker tilstrømmingen av asylsøkere. Utvalget må ta hensyn til behovet for å verne asylinstituttet og opprettholde et klart skille mellom det å søke - og få - internasjonal beskyttelse i Norge, og arbeidsinnvandring.
6. FNs flyktningkonvensjon fra 1951 med New York-protokollen fra 1967 er en hjørnestein for å sikre flyktninger internasjonal beskyttelse. Behovet for alternative beskyttelsesordninger er imidlertid til stede fordi flyktningstrømmene i vår tid ofte har en annen karakter enn på 1950-tallet. Utvalget bes derfor utrede hvorvidt også beskyttelsesforpliktelser etter andre internasjonale konvensjoner bør gjenspeiles i loven.
7. Utvalget bes vurdere grensedragningen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.
8. Internasjonal ansvarsdeling, subsidiær beskyttelse og nye asylprosedyrer er blant spørsmålene som for tiden står på dagsorden bl.a. i Den europeiske union. Utvalget bes redegjøre for den internasjonale debatten og regelutviklingen både når det gjelder innvandring og flyktningrett, og utrede hvorvidt og på hvilken måte lovverket bør gjenspeile en internasjonal regelutvikling.
9. Kontrollen på de indre grenser i Schengenområdet er nedbygget. Schengen-området vil ved EUs utvidelse i løpet av noen år bli utvidet. Et stort antall tredjelandsborgere oppholder seg i området uten lovlig opphold. Dette kan bl.a. gi økt grobunn for en uregulert økonomi. Utlendingsloven må derfor fortsatt ha regler som gir grunnlag for å gripe inn overfor arbeidsgivere og andre, i slike situasjoner. Utvalget må utrede hvorvidt sanksjonsmulighetene i utlendingsloven bør justeres.
10. Vårt engasjement i det internasjonale samfunn og våre folkerettslige forpliktelser medfører i økende grad behov for tilpasning av nasjonalt regelverk til internasjonale avtaler. Den internasjonale regelutviklingen er dynamisk. Lovutvalget må redegjøre for utviklingen og bl.a. særlig ta stilling til:
    - på hvilken måte forpliktelsene etter internasjonale menneskerettighetskonvensjoner eventuelt skal innarbeides i utlendingsloven

- hvordan forpliktelsene iht FNs flyktningkonvensjon kan tydeliggjøres i norsk rett
- på hvilken måte FNs barnekonvensjon, og eventuelt FNs kvinnekonvensjon, skal innarbeides i utlendingsloven
- gjennomføringen i utlendingsloven av EØS- og andre internasjonale avtaler som gjelder fri bevegelighet for personer
- gjennomføringen av forpliktelsene som følger av Norges avtaler med EU om deltakelse i Schengen-, Dublin-, og Eurodac-samarbeidet.

11. Norge har sluttet seg til FNs konvensjon fra 2000 mot transnasjonal organisert kriminalitet, og protokollene mot menneskehandel og menneskesmugling. Organisert menneskehandel og menneskesmugling er et økende og globalt problem. Blant migranter og i flyktningstrømmer gjenfinnes ofre for slik kriminalitet. Utvalget skal utrede hvorvidt det er elementer i disse FN-protokollene som bør komme til uttrykk i utlendingsloven. Utvalget skal også utrede en grensedragning mellom sanksjoner og straffebestemmelser i utlendingsloven, og i annen lovgivning.
12. Hensynet til likestilling skal ivaretas i utlendingsloven. Utlendingsloven er kjønnsnøytral. Utvalget skal likevel utrede hvorvidt det er behov for å styrke kvinners rettsstilling på utlendingsområdet eksempelvis i forbindelse med søknader om asyl, eller om opphold på annet grunnlag.
13. Utvalget skal også vurdere om det i loven bør komme til uttrykk et absolutt vern mot utvisning for utlendinger som har kommet til Norge i ung alder, eller som har særlig lang botid i landet.
14. Utvalget for ny utlendingslov skal vurdere hvordan forholdet mellom utlendingsloven og integreringspolitikken kan synliggjøres i ny utlendingslov. Ikke-diskrimineringsprinsippet skal ligge til grunn for arbeidet i utvalget, og det skal ha innstillingen fra lovutvalget som utreder lov mot etnisk diskriminering med i referansematerialet for sitt arbeid. Dette utvalget skal levere sin utredning innen 15. juni 2002.
15. I etterkant av terroraksjonene i USA 11. september 2001 er oppmerksomheten rettet mot samfunnets legitime behov for å verne seg mot slike handlinger. Utøvelsen av kontroll med tilreisende og deres identitet er et virkemiddel i så henseende. Utlendingsloven må gjenspeile dette.
16. Lovutvalget forutsettes løpende å vurdere i hvilken grad nye internasjonale forpliktelser, lovgivers føringer på utlendingsområdet og andre relevante områder, og utviklingstrekk i samfunnet mens utvalget er virksomt, må få konsekvens i utvalgets arbeid.
17. Utvalget skal legge til grunn de organer som behandler utlendingssaker i dag; Utlendingsdirektoratet, Utlendingsnemnda, politiet og utenriksstasjonene. Utvalget skal ikke vurdere ansvarsdelingen mellom departementet på den ene side og øvrige organer når det gjelder kompetansen i enkeltsaker.
18. Utvalget bør innhente informasjon om utlendingslovgivningen og asyllovgivningen i andre land og vurdere hvordan dette materialet kan komme til nytte ved utformingen av ny norsk lov på området.
19. For å innhente et godt og tilstrekkelig erfaringsgrunnlag, skal utvalget være i dialog med den referansegruppe som er nedsatt for lovutvalget. Utvalget forutsettes i den grad utvalget ser det nødvendig, også å innhente informasjon fra andre organisasjoner og ressurspersoner med kunnskap på relevante områder.
20. Utvalget må utrede økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av forslagene. Utvalget skal legge fram ett eller flere forslag til ny lov. Ett forslag skal baseres på uendret ressursbruk.
21. Utvalget skal ha sluttført sitt arbeid innen 31.12.2003. Utvalget kan ta opp spørsmål om tolking eller avgrensning av mandatet med Kommunal- og regionaldepartementet.

Kommunal- og regionaldepartementet har underveis i utvalgets arbeid med innstillingen, presisert enkelte temaer innenfor rammen av utvalgets mandat som departementet særlig har ønsket kommentert eller utredet. Fristen for å sluttføre utvalgets arbeid, har blitt utsatt til 1. oktober 2004.

Utvalget hadde ved oppnevningen følgende sammensetning:

Bjørn Solbakken (utvalgsleder), sorenskriver

Grete Brochmann, professor og forskningsleder ved Institutt for Samfunnsforskning

Henrik Bull, dr.jur., forsker, senere førsteamanuensis og daglig leder for Senter for europarett, Universitetet i Oslo, Juridisk fakultet

Ketil Haukaas, politimester

Selma Ilyas, politifullmektig, senere politiadvokat

Kristine Ryssdal, advokat

Vigdis Vevstad, dr.jur., seniorrådgiver i Utenriksdepartementet, senere spesialrådgiver i Flyktningerådet og konsulent i Vevstad Consulting

I tillegg var opprinnelig daværende daglig leder for Senter mot etnisk diskriminering, Manuela Ramin Osmundsen, oppnevnt som utvalgsmedlem, men hun trakk seg fra utvalgsarbeidet i juli 2002 etter å ha blitt tilsatt i stilling som assisterende direktør i Utlendingsdirektoratet. Hun ble da erstattet av:

Ronald Craig, stipendiat ved Norsk senter for menneskerettigheter

Utvalget har hatt 28 utvalgsmøter. Møtene har i hovedsak vært avholdt over 2 eller 3 dager. Utvalget har i tillegg organisert deler av det utredende arbeidet i ulike arbeidsgrupper som hver for seg har avholdt en rekke møter.

I juni 2002 gjennomførte utvalget en studietur til Brussel og København, og hadde blant annet møter med representanter for EU-kommisjonen, Rådet, UNHCR og den danske Udlændingestyrelsen[1]. Høsten 2002 var utvalgsleder og sekretariatet på studietur til Sverige og Finland og hadde møter med svenske[2] og finske[3] utlendingsmyndigheter. I mai 2003 besøkte utvalget grensekontrollen på Gardermoen og Storskog samt generalkonsulatet i Murmansk. I september 2003 var utvalget på studietur til England og Nederland. Utvalget har også hatt møter med Utlendingsdirektoratet, Utlendingsnemnda, Politidirektoratet, Utlendingsavdelingen ved Oslo politidistrikt, Politiets sikkerhetstjeneste, Kriminalpolitisentralen og UNHCRs Stockholm-kontor. Utvalgsmedlemmene har vært tilstede ved asylintervju og i nemndmøte. Utvalget har videre hatt møte med Cecilia Bailliet og Thorhild Birgithe Holth om deres forskningsprosjekt "Grensegangen mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag".

Utvalget har avholdt 3 møter med hele referansegruppa som ble nedsatt, jf. mandatets pkt. 19, samt flere møter med deler av gruppa. Referansegruppa har bestått av 19 medlemmer fra ulike humanitære, innvandrer-, og arbeidslivsorganisasjoner.

Utvalget har drevet en egen hjemmeside der det har vært gitt fortløpende informasjon om utvalgsarbeidet. Utvalget har gjennom denne kanalen også mottatt en del innspill til arbeidet.

Utvalget har hatt bistand av et sekretariat knyttet til Kommunal- og regionaldepartementet. Sekretariatet har bestått av Karl Erik Sjøholt (sekretariatsleder)[4], Kenneth A. Baklund (sekretariatsleder fra 13.04.2004)[5], Thomas Såheim[6], Vegar Munthe Ommedal[7], Øyvind Havnevik[8] og Eva Bergman[9]

Utvalget har videre hatt bistand fra lagdommer, dr. jur. Terje Einarsen som har bidratt med følgende utredninger:

- På hvilken måte FNs barnekonvensjon kan innarbeides i ny utlendingslov
- Utvisning av utlendinger etter utlendingsloven – forholdet mellom forvaltningsmessig utvisning og straff, og om det bør være et absolutt vern mot utvisning for utlendinger som har kommet til landet i ung alder eller som har særlig lang botid i landet
- Bekjempelse av internasjonal terrorisme i en utlendingsrettslig sammenheng – forholdet til internasjonale menneskerettigheter og forholdet til utleveringsinstituttet
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 i forhold til retten til familieetablering og familiegjenforening, herunder muligheten til å innføre nasjonale rettsregler for å hindre tvangsekteskap

I tillegg har nemndleder Trine Grythe bidratt til kapittelet om kollektiv beskyttelse i en masseflukt-situasjon.

1. www.udlst.dk
2. www.migrationsverket.se
3. www.uvi.fi
4. Engasjert fra mai 2002 til april 2004
5. Engasjert fra august 2002 og frem til utvalget avsluttet sitt arbeid
6. Engasjert fra august 2002 til juni 2004
7. Engasjert fra januar 2003 til mai 2004
8. Engasjert fra mars 2004 og frem til utvalget avsluttet sitt arbeid
9. Engasjert fra februar 2004 til juni 2004

Kapittel 2
Hovedpunkter i utredningen og kapittelsammendrag

2.1 Hovedpunkter i utredningen

2.1.1 Utfordringer for lovgivningen

Både den internasjonale og den nasjonale utvikling knyttet til innvandring har gjort rettsutviklingen svært komplisert. Feltet er fullt av vanskelige dilemmaer. Nesten ethvert punkt byr på tankekors og avveininger, der medmenneskers livskvalitet berøres og står i konflikt med behovet for klare regler og effektiv håndheving.

Det er et selvfølgelig utgangspunkt at Norge fullt ut skal ivareta sine internasjonale forpliktelser når det gjelder å gi beskyttelse. Ut over dette mener utvalget at det også i en del andre tilfelle av humanitær karakter er nødvendig å kunne gi opphold. Alle land det er naturlig å sammenligne seg med, synes å holde en slik mulighet åpen. Videre tilsier humanitære grunnverdier i vårt samfunn at familieinnvandring må tillates i vid utstrekning, enten det nå er for å gjenforenes med sin familie eller for å danne en ny familie over landegrensene.

Samtidig er det klart at fattigdomsproblemene i verden ikke kan løses gjennom fri arbeidsinnvandring til Norge. Arbeidsinnvandringen er strengt regulert også i andre rike land, og sunn fornuft tilsier at det ikke er mulig for Norge å føre en helt annen politikk uten at det vil få uoverskuelige konsekvenser.

Ved utformingen av en tidsmessig utlendingslovgivning må man på den annen side ta hensyn til at det i en globalisert verden er nødvendig for mennesker å kunne bevege seg mellom landene uten for mange hindringer. Internasjonalt næringsliv er avhengig av en internasjonal arbeidsstyrke som kan flyttes over landegrensene. Nordmenn tar selv muligheten til å dra på ferie til nær sagt ethvert land som noe nær en selvfølgelig rett. I mulighetene til å reise ligger også en personlig frihet som verdsettes sterkt av mange og som er av betydning for å skape internasjonale relasjoner og mellomfolkelig forståelse. Selv om det ikke er noen menneskerett å kunne reise, og alle land har rett til selv å styre sin innvandring, må utlendingslovgivningen ikke utformes slik at restriksjoner og kontrollordninger legger urimelige hindringer i veien for legitim og til dels helt nødvendig migrasjon og reisefrihet.

Disse utgangspunktene, som til dels trekker i forskjellig retning når lovgivningen skal utformes, må sies å ha vært retningsgivende også for dagens norske utlendingslovgivning.

Alle land i den rike del av verden står overfor tilsvarende problemstillinger. Norge er i stigende grad blitt påvirket av internasjonalisering på innvandringsområdet. Særlig har utviklingen i EU påvirket spillerommet for nasjonal politikkutvikling de senere årene. Gjennom EØS-avtalen er Norge blitt del av et felles arbeidsmarked som nå omfatter store deler av Europa. Schengensamarbeidet medfører åpne grenser mellom Norge og de fleste EØS-land, samtidig som samarbeidet medfører forpliktelser i forhold til grensekontroll og visumpolitikk overfor tredjeland. Innvandringen til Norge er i det hele ikke noe isolert fenomen, men utgjør en del av et større europeisk innvandringsbilde. EUs politikk har dermed betydning for utformingen av norsk innvandringspolitikk også på felter som ikke er dekket av Norges samarbeidsavtaler med EU.

Samtidig er det grunn til å peke på at mange av de problemer som får oppmerksomhet i den løpende debatt, er knyttet til praktiske forhold som alle land sliter med, og som i liten grad lar seg løse gjennom lovgivning. Det gjelder slikt som lang saksbehandlingstid, vanskeligheter med å få verifisert opplysninger som asylsøkere gir om faktisk forhold, problemer med å få gjennomført retur til hjemlandet for dem som har fått avslag og så videre.

Hovedpunkter i utvalgets forslag er beskrevet nedenfor. Generelt har det vært en målsetting for utvalget å effektivisere, systematisere og tydeliggjøre regelverket, blant annet ved å la en rekke viktige spørsmål som i dag er regulert i forskrift, være regulert i selve loven. Dette har ført til en mer omfattende lov enn den gjeldende utlendingsloven, men resultatet vil likevel totalt sett være et mer oversiktlig regelverk. Det har også vært viktig for utvalget å klargjøre de sider av utlendingslovgivningen som er bundet opp mot våre folkerettslige forpliktelser. Dagens regelverk, særlig på asylom-

rådet, kan gi inntrykk av at den nasjonale handlefrihet er større enn den egentlig er.

2.1.2 Særlig om asylpolitikk og "opphold på humanitært grunnlag"

Det må som nevnt være et selvfølgelig utgangspunkt for norsk innvandringspolitikk at vi skal overholde våre internasjonale forpliktelser. I forhold til oppholdstillatelse basert på utlendingers behov for beskyttelse utenfor sitt hjemland er det her flyktningskonvensjonen av 1951 og den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) som er de sentrale regelverk.

Ut over dette står det ethvert land fritt å gi personer opphold ut fra andre humanitære betraktninger enn dem som danner grunnlag for flyktningbeskyttelse eller annen beskyttelse. Ut fra de grunnleggende humanitære hensyn som vår kultur bygger på, synes de fleste land i Europa å ha sett et behov for å kunne innvilge opphold til mennesker i nødsituasjoner som ikke er dekket av eksisterende folkerettslige forpliktelser. Det konkrete innhold i denne politikken kan nok variere, blant annet avhengig av hvordan flyktningkonvensjonens regler praktiseres i det enkelte land.

Etter utlendingsloven av 1988 er det i Norge skapt en uklar praksis med hensyn til flyktningstatus og opphold på humanitært grunnlag. I en rekke tilfelle har man gitt opphold på humanitært grunnlag selv om det foreligger en plikt etter flyktningkonvensjonen til ikke å sende vedkommende tilbake til hjemlandet. Man har altså sondret mellom konvensjonsforpliktelsen til ikke å sende personer tilbake til forfølgelse (såkalt non refoulement), og status som konvensjonsflyktning. Denne praksis, som bare synes å forekomme i Norge, er egnet til å gi et feilaktig inntrykk av i hvilken grad vi reelt sett er folkerettslig forpliktet til å gi personer med et beskyttelsesbehov opphold.

Utvalget mener det her er viktig med en klargjøring som vil bringe norsk lovgivning og praksis på linje med det vi finner i andre europeiske land. Der hvor det foreligger en folkerettslig plikt etter flyktningkonvensjonen til ikke å sende en person tilbake til forfølgelse i hjemlandet, bør vedkommende få en oppholdstillatelse som er formelt begrunnet i personens beskyttelsesbehov – altså som flyktning.

Norges folkerettslige plikt til å yte utlendinger beskyttelse stanser imidlertid ikke ved flyktningkonvensjonen. EMK artikkel 3, som beskytter enhver mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdigende behandling, står her sentralt sammen med forbudet i EMK mot dødsstraff. Disse forpliktelsene er i Den europeiske menneskerettighetsdomstols praksis tolket slik at de også beskytter mot å bli sendt til et land der vedkommende risikerer slik behandling. I de fleste tilfelle vil personer som omfattes av dette vernet også være vernet etter flyktningkonvensjonen. Unntak kan imidlertid tenkes, særlig i forhold til sivile som rammes av krigshandlinger rett og slett fordi de bor i en krigssone, altså det man til daglig vil omtale som "krigsflyktninger". Også disse bør gis en oppholdstillatelse som gjenspeiler vår folkerettslige plikt til å yte beskyttelse, og det skjer mest praktisk ved å gi dem også opphold som "flyktninger".

Denne omleggingen av norsk asylpolitikk vil ikke føre til at flere personer samlet sett får opphold i Norge. Imidlertid vil en del personer som idag får opphold på humanitært grunnlag med utvalgets forslag få opphold som flyktninger. De økonomiske konsekvensene av dette synes å være små. Det er relativt liten forskjell i de økonomiske rettighetene til flyktninger og personer som får opphold på humanitært grunnlag. De forskjellene som finnes, for eksempel i forhold til trygdelovgivningen, har heller ikke nødvendigvis særlig betydning i praksis, gitt at de som vil få flyktningstatus ofte er relativt unge personer i arbeidsdyktig alder.

Krigsforbrytere og andre personer som vil være utelukket fra vern etter flyktningkonvensjonen vil ikke kunne oppnå oppholdstillatelse som flyktninger etter utvalgets forslag. Dette gjelder selv om de måtte ha et behov for beskyttelse mot for eksempel dødsstraff eller tortur. Ettersom vernet etter EMK artikkel 3 og forbudet mot dødsstraff er absolutt, kan heller ikke slike personer sendes tilbake til hjemlandet. Dersom slike personer er beskyttet av prinsippet om non refoulement, bør de i stedet få en oppholdstillatelse som bare løper så lenge hinderet mot hjemsendelse gjelder, og som gir begrensede rettigheter så lenge den varer.

Som ledd i klargjøringen av asylpolitikken etter disse retningslinjer foreslår utvalget av loven skal inneholde relativt detaljerte regler om praktiseringen av flyktningbegrepet i flyktningkonvensjonen, og om reglene om utelukkelse (eksklusjon) fra vern. Utvalget har her basert seg på regler det nylig er oppnådd enighet om i EU. Disse reglene vil ikke være formelt bindende for Norge, men innebærer etter utvalgets mening presiseringer som både er innholdsmessig rimelige og tilstrekkelig fleksible i forhold til en eventuell senere internasjonal rettsutvikling.

I forhold til muligheten for at lovgivningen i seg selv kan virke som en "pull-faktor" overfor utlen-

dinger som vurderer å misbruke asylinstituttet som grunnlag for å skape seg en ny tilværelse i Europa, er det også et poeng i seg selv å signalisere utad at norsk asylpolitikk er på linje med politikken i andre europeiske land.

Utenom beskyttelsestilfellene vil det være tilfeller hvor en persons helsemessige forhold eller sosiale forutsetninger er av slik karakter at det er rimelig å innvilge opphold av humanitære grunner. Dette gjelder særlig dersom man, slik utvalget legger opp til, baserer seg på en praktisering av flyktningkonvensjonen og EMK som ikke går nevneverdig ut over det som statene til enhver tid kan anses folkerettslig forpliktet til.

Som idag må man imidlertid ved praktiseringen av en slik bestemmelse også kunne ta hensyn til de innvandringsregulerende konsekvenser av avgjørelsene, gitt grunnprinsippet i norsk rett om at like tilfelle skal behandles likt. Det er ikke til å komme fra at store deler av verdens befolkning lever under ytterst kummerlige kår som gjør utvandring til den rike del av verden til en høyst forståelig strategi. Innvilgelse av oppholdstillatelse til vesentlig flere av dem som lykkes i å ta seg til Norge fra slike deler av verden, er imidlertid ingen farbar vei. For det første ville en egen norsk politikk på dette området sannsynligvis helt overvelde mottakskapasiteten og snart måtte reverseres. For det annet er dette som nevnt foran neppe et særlig virksomt tiltak for å fremme velstandsutviklingen i den fattige del av verden.

Selv om utvalget har forsøkt å utforme loven med et så klart prinsipielt skille som mulig mellom opphold av beskyttelsesgrunner og opphold på humanitært grunnlag, er det i virkelighetens verden ikke mulig å rendyrke dette skillet i praksis. I mange saker vil et visst beskyttelsesbehov, som imidlertid ikke er sterkt nok til å begrunne oppholdstillatelse som flyktning, være kombinert med sykdom eller andre forhold av en art som gjør det nærliggende å overveie opphold på humanitært grunnlag. Etter utvalgets forslag vil slike personer, dersom man finner å gi dem opphold, få oppholdstillatelse basert på humanitære hensyn, ikke som flyktninger.

2.1.3 Særlig om arbeidsinnvandring

For nordiske borgere er det innen Norden full frihet til bosetting og arbeid. For EFTA- og EØS-borgere er det også i stor utstrekning frihet til arbeid og bosetting. Dette er regulert gjennom avtaler som det er utenfor utvalgets mandat å vurdere eller foreslå endringer i. Selv om utlendingsloven også inneholder regler for disse grupper, er det i første rekke migrasjonen fra andre land enn de nordiske og øvrige europeiske som blir det viktigste område for regulering gjennom en utlendingslov.

Det som dermed i realiteten gjenstår, er spørsmålet om en hensiktsmessig regulering av arbeidsinnvandringen fra land utenfor EØS/EFTA-området. Som nevnt ovenfor kan norsk innvandringspolitikk ikke være et instrument i å bekjempe fattigdommen i andre deler av verden. Reglene om arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS/EFTA må dermed ha som sitt prinsipielle utgangspunkt Norges behov for arbeidskraft. Utviklingen bare de siste par årene har vist at forholdene her kan endre seg fort. Myndighetene bør derfor ha anledning til å vurdere arbeidskraftbehovene både i et kortsiktig og et langsiktig perspektiv. Dette egner seg lite for lovregulering, ut over enkelte fundamentale minstevilkår. Utvalget velger derfor å foreslå en hjemmel for regjeringen til å regulere arbeidsinnvandring. Bare enkelte fundamentale vilkår for arbeidsinnvandringen bør reguleres i loven. Det gjelder særlig regler til grunnleggende beskyttelse av arbeidstakere og deres rettigheter. De foreslåtte reglene er imidlertid ikke til hinder for at man har relativt stabile og ubyråkratiske ordninger for eksempel for personer med høyere utdannelse.

2.1.4 Særlig om familieinnvandring

Familieinnvandring må etter utvalgets oppfatning i stor grad tillates. Når en utlending har fått opphold i Norge, er det ut fra humanitære betraktningsmåter og ut fra hensynet til familiens enhet rimelig at utlendingen også får ta sin nærmeste familie – ektefelle og barn – til Norge. Likeledes må det være en vid adgang for norske borgere til å inngå familiære forbindelser med utenlandske borgere og fortsatt kunne leve i Norge. I forhold til enkelte av de problemer som familieinnvandring kan reise, blant annet i forbindelse med arrangerte ekteskap, er det imidlertid grunn til å se nærmere på tiltak som kan beskytte dem som rammes uten at det griper unødig inn i den enkeltes frihet og privatlivets fred.

Utvalget legger opp til et prinsipielt skille mellom familiegjenforening, dvs. innvandring av særlig ektefelle og barn som en innvandrende utlending allerede har før vedkommende kommer til Norge, og familieetablering, dvs. særlig innvandring av ektefeller som gifter seg med enten en nordmann eller en utlending som allerede har oppholdstillatelse i Norge idet ekteskapet inngås. Spørsmålet om bruk av familieinnvandringspolitikken som virkemiddel for å påvirke for eksempel tilstrømningen av asylsøkere gjør seg primært gjeldende i forhold til familiegjenforening. Problemer knyttet til tvangsekteskap, ekteskap som virkemid-

del for å få oppholdstillatelse mv., knytter seg primært til familieetableringssituasjonen.

Utvalget har overveid om det bør strammes inn på retten til familiegjenforening som et virkemiddel for å motvirke tilstrømningen av ikke-reelle asylsøkere. Et aktuelt virkemiddel kunne for eksempel være et visst antall års "karantene" før man fikk hente familien hit. Utvalget har imidlertid kommet frem til at dette vil virke urimelig overfor dem som faktisk får opphold som flyktning eller opphold på humanitært grunnlag her i landet. Disse vil regulært være i en situasjon som gjør gjenforening med familien i opprinnelseslandet umulig, og de familiemedlemmene det dreier seg om vil ofte selv være i en meget utsatt posisjon. Hensynet til familiens enhet som et fundamentalt prinsipp i vårt samfunn tilsier da at man tillater familiegjenforening. Det er for øvrig usikkert hvilken reell effekt en slik karanteneordning isolert sett ville ha på tilstrømningen til Norge.

I forhold til familieetablering er det særlig tvangsekteskapene som har stått i fokus for den offentlige debatt i den senere tid. Det er alminnelig enighet om at tvangsekteskap bør motvirkes. Når det gjelder praktiske tiltak for å hindre at de kommer i stand – og her må man ha klart for seg at norske myndigheter har få muligheter for å forhindre at selve ekteskapsinngåelsen finner sted i utlandet – er det imidlertid et problem at mange av tiltakene ikke har noen entydig virkning. En aldersgrense, slik at ektefellene må være fylt for eksempel 21 år før den som ikke har oppholdstillatelse fra før kan få det, vil nok på den ene side kunne forskyve ekteskapsalderen i en del tilfelle slik at de det gjelder får skaffet seg utdanning og generelt større modenhet og selvstendighet i forhold til familien før ekteskap kommer på tale. På den annen side kan det synes som om mange av de klareste tilfellene av tvangsekteskap skjer som "kupp" under "ferieopphold" i hjemlandet der den bortgiftede ved utreise ikke aner noe om det planlagte giftermålet. Slike tvangsekteskap hindres neppe ved en aldersgrense, men vil i stedet i praksis føre til at den bortgiftede holdes tilbake i foreldrenes hjemland til alderskravet er oppfylt.

Utvalget har likevel foreslått en aldergrense på 21 år, slik det også er åpnet for i EUs direktiv om familieinnvandring fra 2003, men understreker at det er grunn til å holde oppsyn med hvilken reell virkning et slikt krav vil ha. I tillegg foreslår utvalget en generell regel om at oppholdstillatelse kan nektes dersom det er grunn til å anta at ekteskapet er inngått mot den ene partens vilje, eller dersom den som søkeren er gift med altså i de fleste tilfelle den herboende ektefellen, på forespørsel ikke samtykker i at søkeren får oppholdstillatelse. Videre foreslår utvalget nettopp som et virkemiddel i slike "kuppsituasjoner" som beskrevet ovenfor en regel om at dersom en som på forhånd er bosatt i Norge gifter seg i utlandet, kan ektefellen ikke få komme til Norge før den herboende har returnert til Norge og har vært til intervju hos utlendingsmyndighetene. Dermed legges forholdene til rette for at herboende kan returnere til Norge uten at det vekkes noen mistanke hos egen familie eller svigerfamilie om at tvangsekteskapet har vært røpet for norske konsulærmyndigheter i forbindelse med visumutstedelse til den nye ektefellen. Hjemme i Norge kan det da være lettere for herboende å få gjort noe med situasjonen enn dersom ektefellen allerede er kommet til landet, eller dersom herboende holdes tilbake i utlandet. Unntak vil for det første gjelde dersom intervjuet har funnet sted før utreise, ettersom spørsmålet om ekteskap da forutsetningsvis vil være brakt på banen. For det annet vil det gjelde unntak dersom den utenlandske ektefellen kommer fra et land det hersker visumfrihet overfor. Innreise for ektefellen kan da uansett ikke forhindres, og tvangsekteskap er generelt ikke noe problem i forhold til slike land.

Utvalget har ikke foreslått å lovfeste underholdskrav som et særskilt tiltak for å motvirke tvangsekteskap. Også her vil virkningene kunne være de motsatte av hva man ønsker: I stedet for å sikre at ekteskapsspørsmålet først kommer opp på et tidspunkt der den det gjelder er økonomisk selvstendig og dermed bedre kan motstå press fra familien, risikerer man at unge mennesker presses til å avstå fra høyere utdannelse for så raskt som mulig å oppfylle underholdskravet.

Som et mer generelt vilkår for familiegjenforening eller familieetablering kommer imidlertid et underholdskrav i et noe annet perspektiv: Det er som et utgangspunkt ikke urimelig å kreve at den som vil bringe sin familie hit, også er i stand til selv å sørge for familien rent økonomisk. Det er likevel situasjoner der et underholdskrav vil kunne fremstå som urimelig overfor dem det gjelder, eller – som nevnt ovenfor kanskje ikke ha den virkning man ønsker. Utvalget har derfor nøyd seg med en forskriftshjemmel. Dette gjør det enklere å nyansere omfang og innhold i plikten, og det gjør det også enklere å revidere regelverket i lys av de erfaringer man høster.

I forhold til bruk av ekteskapsinngåelse som instrument for å skaffe seg oppholdstillatelse i Norge foreslår utvalget en regel som vil gi adgang til å nekte oppholdstillatelse dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formålet med

ekteskapsinngåelsen var å skaffe grunnlag for opphold i riket. Dette gir adgang til å nekte oppholdstillatelse noe ut over de tilfellene som rammes av den tradisjonelle proforma-regelen.

Utvalget foreslår også regler som gir grunnlag for å nekte oppholdstillatelse dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse av den herboende ektefellen, ville virke støtende å innvilge oppholdstillatelse. På den annen side åpner forslaget for at personer som bryter ut av et ekteskap på grunn av mishandling, kan få oppholdstillatelse i Norge selv om de ordinære vilkår ikke er oppfylt.

2.1.5 Permanent oppholdstillatelse

Utvalget foreslår å erstatte begrepet "bosettingstillatelse" med "permanent oppholdstillatelse". I forhold til spørsmålet om hvor lang tid man må ha bodd i Norge med midlertidig oppholdstillatelse for å få permanent oppholdstillatelse, finnes utvalgets eneste dissens. Et flertall går inn for tre år, slik ordningen er i dag, mens et mindretall vil heve dette til fem år. For øvrig er det enighet om reglene om midlertidig og permanent oppholdstillatelse, der dagens regelverk i det store og hele foreslås videreført.

2.1.6 Grensekontroll, saksbehandling og tvangsmidler

En effektiv grensekontroll og en effektiv saksbehandling er en forutsetning for en virksom håndheving av reglene om utlendingers adgang til riket. Erfaringene både i Norge og i utlandet viser videre at rask og effektiv saksbehandling, inkludert rask iverksetting av endelige avslag, er det mest virkningsfulle tiltaket for å stanse tilstrømningen av personer som egentlig ikke fyller vilkårene for opphold. I kombinasjon med de nødvendige rettssikkerhetsgarantier er dette også til utlendingenes fordel.

Reglene om grensekontroll er videre i stor grad bundet av Norges Schengen-forpliktelser. Utvalgets forslag innebærer først og fremst en opprydding og klargjøring i forhold til dagens regelverk. Blant annet foreslår utvalget å synliggjøre i loven at innvandringsregulerende hensyn er et relevant hensyn ved avgjørelsen av visumsøknader, slik praksis også er i dag. Så lenge det ikke er fri innvandring, må det nødvendigvis kunne tas slike hensyn i visumsaker. På den annen side understreker utvalget at en slik vurdering må være individuell og ikke-diskriminerende. De erfaringer man har med visse grupper er ikke i seg selv et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag.

Det foreslås å innføre en gebyrordning som vil kunne brukes for mindre overtredelser av utlendingslovgivningen, typisk at man oversitter fristen for utreise angitt i visum. Betaling av gebyret vil da være et vilkår for å få innvilget nytt visum.

Videre foreslår utvalget å utvide utlendingsmyndighetenes adgang til å innhente opplysninger fra andre myndigheter uten hinder av taushetsplikt.

Utvalget foreslår også å lovregulere vilkårene for politiets alminnelige adgang ut over den regulære grensekontroll til å kreve legitimasjon av personer som antas å være utlendinger, for å sjekke deres identitet og grunnlaget for deres opphold i riket. Slik kontroll skal bare kunne finne sted når omstendighetene (tid, sted og situasjon) gir grunn til det. Det er altså ikke nok i seg selv at vedkommende "ser utenlandsk ut".

2.1.7 Generelt om lovens utforming

Utlendingsloven av 1988 er en fullmaktslov. Utlendingsforskriften gitt med hjemmel i loven er meget omfattende og til dels svært kasuistisk utformet. Den inneholder også viktige prinsipper. Det forhold at svært mye reguleres gjennom forskrift antas å være en vesentlig begrunnelse for lovens § 5 første ledd, hvoretter Stortinget skal godkjenne hovedprinsippene for regulering av innvandringen.

Utvalget vil foreslå å løfte viktige prinsipper ut av utlendingsforskriften og inn i loven. Loven vil derved inneholde hovedprinsippene for regulering av innvandringen, slik at Stortinget fastlegger disse gjennom en ordinær lovgivningsprosess. På enkelte områder, som for eksempel i forhold til familieinnvandring, går forslaget inn for en detaljert regulering i selve loven. Dette er et saksfelt som idag står adskillig mer sentralt i den politiske debatt enn de gjorde i 1988, og den politiske strid kan ofte gjelde spørsmål som i en lovteknisk sammenheng må kunne karakteriseres som detaljspørsmål. Da er det rimelig at Stortinget selv beslutter om innholdet i regelverket også på dette nivå.

Imidlertid vil det også i fremtiden være nødvendig med et omfattende forskriftsverk. Utvalget foreslår en rekke forskriftshjemler. På den måten skapes muligheter for en smidig styring av innvandringspolitikken, men hele tiden innen de ytre rammer som gjennom loven er fastlagt av Stortinget. Utvalgets forslag til lovtekst vil gi grunnlag for en mer forståelig sammenheng mellom lov og forskrift.

I mandatet er utvalget anmodet om å vurdere om det bør gis én eller to lover som regulerer innvandringen. Spørsmålet er ikke begrunnet nærmere. En mulig begrunnelse kan være å skille ut spørsmålene om beskyttelse i en lov for å markere særpreget. I så fall måtte den ene loven omhandle innvandring av beskyttelsesgrunner med tilhørende saksområder som for eksempel familiegjenforening. Loven måtte også inneholde kontrollbestemmelser, regler om bortvisning, utvisning og straff. Den andre loven måtte gjelde arbeidsinnvandring. Også her ville det være nødvendig med regler om familieinnvandring og andre forhold.

Tilsvarende måtte det bli en omfattende dobbeltregulering, eller omfattende og lite leservennlige krysshenvisninger, dersom man skulle utforme én lov om grensekontroll og saksbehandling, og en annen lov om grunnlag for opphold i riket.

I henhold til alminnelige lovgivningstekniske prinsipper skal man unngå oppsplittinger som gjør det vanskelig å få oversikt. Utvalget er dermed kommet til at man tjener i oversikt ved å ha én lov.

2.2 Kapittelsammendrag – Kapittel 3 til 15

2.2.1 Utviklingen av norsk innvandringspolitikk – Kapittel 3

I kapittel 3 gis en fremstilling av utviklingen av norsk innvandringspolitikk og status i dag. Sammenhengen mellom innvandringsbegrensning og intergreringsspørsmål kommenteres og innvandringen til Norge settes inn i en internasjonal sammenheng. Det gis også en oversikt over den nasjonale rettsutviklingen frem til vedtakelsen av utlendingsloven av 1988 med senere endringer.

2.2.2 Rettspolitisk utvikling internasjonalt. Folkerettens stilling i norsk rett - Kapittel 4

Utvalget redegjør i kapittel 4 for de sentrale folkerettslige instrumentene som har relevans for utformingen av norsk innvandringspolitikk. Det redegjøres også for enkelte sentrale politiske initiativ på flyktningfeltet.

Utvalget foreslår å videreføre en tilsvarende bestemmelse som den man i dag har i utlendingsloven § 4, som fastsetter at utlendingsloven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Reglene i lovutkastet ellers er utformet med sikte på å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, men bestemmelsen sikrer at de folkerettslige forpliktelsene (herunder nye fremtidige folkerettslige forpliktelser) har gjennomslagskraft til gunst for utlendingen dersom det i noen situasjon skulle oppstå motstrid i forhold til utlendingsloven.

Under henvisning til mandatet har utvalget drøftet om det bør henvises særskilt til kvinnekonvensjonen eller barnekonvensjonen i utlendingsloven. I utgangspunktet anser utvalget at det å nevne noen folkerettslige forpliktelser i loven, men ikke andre, kan etterlate et inntrykk av at de forpliktelsene som nevnes er viktigere enn dem som ikke nevnes.

Med bakgrunn i at kvinner ikke kan utlede noe krav på oppholdstillatelse direkte i medhold av kvinnekonvensjonen, mener utvalget at det ikke er behov for å innarbeide konvensjonen på annen måte enn gjennom den generelle inkorporasjonsbestemmelsen i lovutkastet. Utvalget viser også til at kvinnekonvensjonen er foreslått innarbeidet i likestillingsloven.

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 og har ved motstrid forrang foran nasjonal lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. På utlendingsrettens område følger en slik inkorporering og forrang foran lovens øvrige bestemmelser allerede av den nevnte inkorporarsjonsbestemmelsen i utlendingsloven § 4 som utvalget altså foreslår videreført. Utvalget har likevel innarbeidet en henvisning til barnets beste, som er det sentrale hensyn i barnekonvensjonen i bestemmelser der dette hensynet har særlig aktualitet.

2.2.3 Generelt om tillatelsessystemet utlendingsloven – Kapittel 5

I kapittel 5 drøftes den grunnleggende organiseringen av tillatelsessystemet i utlendingsloven.

Utvalget foreslår å forenkle dagens tillatelsessystem. Mens man i dag har en ordning med to tillatelsesstyper, arbeidstillatelse og oppholdstillatelse, foreslår utvalget å organisere tillatelsessystemet slik at man kun opererer med én type tillatelse, oppholdstillatelse. Forslaget er en språklig og systemmessig forenkling. Dersom det skal gjelde begrensninger i retten til å arbeide, må det ha særskilt hjemmel i lov.

For øvrig videreføres ordningen med henholdsvis midlertidige tillatelser og permanent oppholdstillatelse (bosettingstillatelse i gjeldende lov), og ordningen med midlertidige tillatelser som hen-

holdsvis kan eller ikke kan danne grunnlag for permanent opphold.

Utvalget har ikke foreslått noen endringer med hensyn til de unntak som i dag gjelder for når en utlending kan ta opphold i riket uten tillatelse, men har ønsket å tydeliggjøre retten til å oppholde seg i riket uten særskilt oppholdstillatelse for utlending som kun er her på besøk med besøksvisum eller som visumfri utlending. I dag fremgår det bare forutsetningsvis av loven at utlending som nevnt har rett til å oppholde seg i riket.

Utvalget viderefører alle de sentrale innvandringsgrunnlagene i sitt lovutkast. Man har imidlertid introdusert tre nye tillatelsesgrunnlag. Det ene tillatelsesgrunnlaget gjelder en adgang til korttidsopphold (inntil 9 måneder) når forholdet faller utenfor lovens øvrige regler og innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot at tillatelse gis. Hensikten er å kunne gi oppholdstillatelse i tilfeller der dette ikke har innvandringspolitiske konsekvenser, og et avslag ville fremstå som unødig formalistisk. Det andre tillatelsesgrunnlaget gjelder utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse. Bakgrunnen for dette forslaget er et ønske om å skille klart mellom regulære flyktninger og personer som gis opphold av medmenneskelige hensyn på den ene side, og lovbrytere og andre som vi i utgangspunktet ikke ønsker i riket, men som inntil videre er vernet mot utsendelse på grunn av folkerettslige regler om vern mot dødsstraff, tortur mv. Det tredje tillatelsesgrunnlaget gjelder tilfeller hvor utenrikspolitiske hensyn eller grunnleggende nasjonale interesser taler for at opphold innvilges. Tillatelse på dette grunnlaget kan bare gis av departementet.

Den vesentlige endringen i forhold til gjeldende lov når det gjelder reguleringen av de ulike oppholdsgrunnlag er likevel at en rekke av de mer detaljerte bestemmelsene om tillatelsesgrunnlag som tidligere var nedfelt i forskriften, nå er foreslått inntatt i selve loven.

Utvalget foreslår å videreføre en hovedregel i loven om at førstegangstillatelser normalt skal gis for mellom ett og tre år, og at den nærmere regulering skal foretas i forskrift.

Videre bør hovedregelen fortsatt være at tillatelse skal være gitt før innreise. Kongen bør kunne fastsette unntak fra hovedregelen i forskrift, og man foreslår inntatt i loven en bestemmelse om at det i den enkelte sak kan gjøres unntak dersom sterke rimelighetsgrunner tilsier det, slik det også er i dag.

Utvalget har ikke foreslått noen endring i hovedprinsippene for fornyelse av utlendingslovens tillatelser, men har foreslått en mer detaljert regulering.

Utvalget foreslår at det bør overlates til regjeringen å regulere kravet til sikret underhold og bolig. Selv om loven i dag oppstiller en hovedregel om et slikt krav, er også i dag den nærmere regulering gjennomført i forskriften.

Prinsippet i gjeldende lov om at en utlending ikke kan gjøre krav på opphold etter lovens rettighetsbestemmelser dersom det foreligger omstendigheter som vil gi grunn til å nekte adgang til riket eller opphold, dvs. bort- eller utvisningsgrunner, videreføres.

2.2.4 Beskyttelse - Kapittel 6

Det grunnleggende nye ved utvalgets forslag når det gjelder beskyttelsesbestemmelsene, er at utvalget gjennom lovutkastet ønsker å legge til rette for at det blir langt tydeligere enn under dagens lov hvem som får opphold på grunn av et beskyttelsesbehov i henhold til våre internasjonale forpliktelser, og hvem som får opphold av humanitære grunner.

I dagens lov er det ikke etablert et tydelig skille mellom de oppholdstillatelser som innvilges fordi søkeren risikerer alvorlige overgrep ved retur og derfor ikke kan sendes tilbake til hjemlandet uten at Norge begår folkerettsbrudd, og de tillatelser som gis etter en skjønnsmessig vurdering av humanitære forhold hvor nasjonale myndigheter står nokså fritt med hensyn til om utlendingen bør få bli. En utlending som søker asyl, men som ikke fyller de forholdsvis snevre vilkårene for flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen av 1951 og utlendingsloven, kan eller skal i dag innvilges "opphold på humanitært grunnlag" i medhold av den generelle unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd. Dette gjelder uavhengig av om utlendingen er vernet mot utsendelse etter andre og like viktige internasjonale regelverk som Norge er bundet av (som for eksempel den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950), eller om grunnlaget for tillatelsen "bare" er en skjønnsmessig vurdering av de humanitære hensyn som er påberopt i saken. Den omstendighet at samlebetegnelsen "opphold på humanitært grunnlag" benyttes på alle de tillatelser som innvilges i medhold av § 8 annet ledd, er egnet til å etterlate et feilaktig inntrykk av at *ingen* av de utlendinger som får en slik tillatelse har krav på beskyttelse. Etter utvalgets syn er dette uheldig.

Utvalget har derfor foreslått et tydelig skille i loven mellom dem som får opphold i henhold til

Norges internasjonale forpliktelser og dem som får opphold av humanitære grunner. Utvalget har også foreslått at betegnelsen flyktning skal anvendes som betegnelse på alle dem som er dekket av våre internasjonale forpliktelser til å gi beskyttelse. Det er etter utvalgets vurdering ingen grunn til å gjøre forskjell når det gjelder de rettighetene som skal tilkjennes konvensjonsflyktninger på den ene side og utlendinger med krav på beskyttelse under andre internasjonale beskyttelsesinstrumenter enn flyktningkonvensjonen på den annen side. Samtidig vil det etter utvalgets vurdering trolig være godt i samsvar med alminnelig språkbruk at også utlendinger som er dekket av annet vern enn det som følger av flyktningkonvensjonen anerkjennes som flyktninger, jf. for eksempel at de alminnelige krigsflyktninger som utgangspunkt ikke vil være dekket av flyktningkonvensjonens flyktningbegrep.

Utvalgets forslag om separate beskyttelsesbestemmelser og en kobling mellom beskyttelsesbestemmelsene og flyktningbegrepet, vil ikke medføre at flere beskyttelsestrengende vil få oppholdstillatelse i Norge. Det innebærer ikke annet enn at en del utlendinger som uansett har krav på internasjonal beskyttelse og opphold i Norge, får en endret status i forhold til under gjeldende lov.

Av informasjons- og rettssikkerhetshensyn går utvalget inn for å definere flyktningkonvensjonens forfølgelsesgrunner og forfølgelsesbegrepet i lovutkastet. I forbindelse med definisjonen av forfølgelsesbegrepet har man valgt å foreslå en tilsvarende kobling til menneskerettsbrudd som det EU har innarbeidet i sitt direktiv om samme spørsmål. Utvalget foreslår dessuten å presisere i loven at også andre enn statlige aktører kan være forfølgere. Utlendingen skal ikke ha krav på flyktningbeskyttelse hvis internflukt er mulig og dette ikke fremstår som et urimelig alternativ. På disse punkter innebærer lovutkastet ingen vesentlige endringer sammenliknet med hvordan utlendingsloven blir praktisert i dag, men reglene vil altså komme betraktelig tydeligere til uttrykk i lovverket.

Kjønnsperspektivet i flyktningretten er gjort til gjenstand for særskilt behandling i innstillingen.

Utvalget har foreslått å videreføre gjeldende ordning med kollektiv beskyttelse.

For øvrig har utvalget valgt å tydeliggjøre i loven i hvilke tilfeller en utlending skal kunne bedømmes uverdig for flyktningbeskyttelse fordi vedkommende har gjort seg skyldig i alvorlige forbrytelser, uverdige handlinger eller utgjør en fare for rikets sikkerhet.

Også personer som ikke innrømmes flyktningstatus, vil imidlertid kunne ha krav på beskyttelse i henhold til våre internasjonale forpliktelser. Under gjeldende regelverk har hjemmelsgrunnlaget for disse utlendingenes videre opphold ikke vært tydelig atskilt fra det hjemmelsgrunnlaget som anvendes når opphold gis av humanitære grunner til vanskeligstilte barnefamilier eller personer med alvorlige helselider mv. Utvalget har sett det som et poeng å etablere et separat hjemmelsgrunnlag for dem som bedømmes uverdige for flyktningstatus og hvis eneste grunnlag for opphold er at de er vernet mot utsendelse i henhold til internasjonale menneskerettigheter. Etter utvalgets forslag vil det være mulig å begrense rettighetene til en utlending med opphold i henhold til det nye separate hjemmelsgrunnlaget som her er nevnt, og utsendelse vil kunne finne sted så snart grunnlaget for videre beskyttelse bortfaller.

Gjeldende regler om overføring av asylsøkere til annen ansvarlig stat i medhold av Dublinregelverket m.m. foreslås videreført uten store materielle endringer. I tillegg foreslås det en ny hjemmel for departementet til å stille behandlingen av asylsøknader i bero i inntil seks måneder, dersom det er utsikt til snarlig bedring av situasjonen i det området søkerne kommer fra. Det legges opp til at berostillelsen skal kunne forlenges i ytterligere seks måneder.

2.2.5 Arbeidsinnvandring - Kapittel 7

En vesentlig del av arbeidsinnvandringen til Norge reguleres i dag gjennom EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen.

Når det gjelder denne side av arbeidsinnvandringen har spørsmålet for utvalget i hovedsak vært om avtaleforpliktelsene er implementert på en hensiktsmessig måte. Utvalget har valgt å foreslå at de særskilte reglene som er nødvendige for å implementere de utlendingsrettslige forpliktelser etter EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen innarbeides i lovverket hvor de har relevans. Det har likevel vist seg hensiktsmessig å samle grunnreglene om innvandring fra andre EØS-land i eget kapittel atskilt fra reglene om arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS.

Når det gjelder reglene om arbeidsinnvandring under EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, har utvalget ikke foreslått noen vesentlige materielle endringer i det som i dag er utlendingslovens bestemmelser.

I forhold til arbeidsinnvandring av tredjelandsborgere som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen (tredjelandsborgere), har norske myndigheter en helt annen frihet til å fastsette innvandringsregulerende vilkår.

Utvalget har hatt som utgangspunkt at det er nødvendig med en behovsstyrt og regulert arbeidsinnvandring, og at behovet for arbeidskraft vil variere over tid både med hensyn til art og omfang.

Den mer detaljerte regulering av arbeidsinnvandringen vil lett få et kasuistisk preg (jf. dagens forskriftsverk) og egner seg lite for lovregulering. Det er i denne sammenheng også viktig å sikre så vide rammer i lovverket at man ikke motvirker evnen til fleksibilitet når det gjelder å tilpasse regelverket til de aktuelle behov og den aktuelle situasjonen på arbeidsmarkedet.

På denne bakgrunn har utvalget gått inn for at arbeidsinnvandringen på samme måte som i dag i hovedsak må styres gjennom forskriftsverket.

I motsetning til hva som er tilfellet i dag, har imidlertid utvalget gått inn for at enkelte hovedprinsipper bør lovfestes. Det gjelder for det første prinsippet om at det ikke skal gis tillatelse for arbeidsinnvandring for å besette stilling som kan besettes av innenlandsk arbeidskraft eller arbeidskraft på EØS-markedet. For det andre gjelder det prinsippet om at lønns- og arbeidsvilkår ikke må være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke, og for det tredje stilles krav om at det foreligger et konkret tilbud om arbeid. Arbeidstilbudet skal som utgangspunkt gjelde arbeid for én arbeidsgiver.

Den mer detaljerte styringen er overlatt til Kongen i forskrift, og det er også åpnet for at det kan gjøres unntak fra utgangspunktet om en individuell arbeidsmarkedsprøving i visse situasjoner. Utvalget har valgt å angi i loven en del forhold som man særlig anser at kan være aktuelle for forskriftsregulering.

Utvalget foreslår en sanksjonsregel for arbeidsgivere som grovt eller gjentatte ganger bryter regler som skal verne om arbeidstakeres lønns- eller arbeidsvilkår gitt i medhold av utlendingsloven eller arbeidsmiljøloven. Utlendingsmyndighetene kan i slike tilfeller fatte vedtak om at tillatelse ikke skal kunne gis for arbeid hos slik arbeidsgiver for en periode av inntil to år.

Når det gjelder adgangen til oppholdstillatelse for selvstendig næringsdrivende, foreslår utvalget at denne på samme måte som i dag bør reguleres gjennom forskriftsverket. Utvalget har foreslått at man i en ny lov utformer en særskilt hjemmel for slik forskriftsregulering.

Utvalget har foreslått en særskilt lovhjemmel for å gi forskrift om oppholdstillatelser som gis av hensyn til økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid eller utvikling. Det kan gjennom forskrift åpnes for denne typen tillatelser uavhengig av om tillatelsesgrunnlaget er knyttet til et arbeidsforhold eller ikke (jf. kapittel 9 om slike tillatelser utenfor arbeidsforhold). Den type tillatelse det mer bestemt siktes til er slike tillatelser som i dag er hjemlet i ulike bestemmelser i utlendingsforskriften som for eksempel tillatelse til forsker, nødvendig medarbeider for gjennomføring av kontrakter eller utvikling av norsk næringsliv, misjonær, musiker, artist, kunstner og russisk borger som skal drive torghandel i Nord-Norge mv.

2.2.6 Familieinnvandring - Kapittel 8

2.2.6.1 Innledning

Utvalget har ansett det viktig å tydeliggjøre både i fremstillingen og i lovutkastet at besemmelsene om familieinnvandring skal regulere to prinsipielt forskjellige situasjoner, henholdsvis muligheten for gjenforening i Norge av allerede etablerte familier, og situasjoner med ny familiedannelse. Det er forskjell mellom de hensyn og utfordringer som gjør seg gjeldende knyttet til de to ulike innvandringsgrunnlagene.

Retten til familiegjenforening må normalt anses å berøre en mer tungtveiende interesse enn retten til familieetablering. Med grunnlag i et folkerettslig prinsipp om familiens enhet, spiller også folkeretten inn med større tyngde i saker som gjelder familiegjenforening enn saker som gjelder etablering av nytt familieliv. På den annen side er det reglene om familiegjenforening som i første rekke vil kunne virke som en pull-faktor i forhold til innvandringen.

Ekteskap inngås i dag på tvers av landegrensene i langt større omfang enn tidligere, og adgangen til opphold gjennom familieetablering berører en stadig større andel av befolkningen, herunder også norske borgere med norsk landbakgrunn. Retten til opphold gjennom ekteskapsinngåelse har imidlertid også i et visst omfang blitt en migrasjonsstrategi, der migrasjonen er hovedmotivet eller en del av begrunnelsen for å gifte seg.

Videre er forholdet at flere av de konkrete utfordringene man i dag står overfor når det gjelder retten til opphold for familiemedlemmer, utelukkende eller i hovedsak relaterer seg til familieetableringstilfellene. Dette gjelder særlig følgende:

- Problemer knyttet til ekteskapspress
- Problemer knyttet til mishandling eller kynisk utnyttelse av kvinner fra fattigere land som gifter seg med menn bosatt i Norge

– Problemer knyttet til omgåelse av de innvandringsregulerende bestemmelsene gjennom inngåelse av proformaekteskap

Utvalget har derfor inndelt både kapittel 8 i de alminnelige motiver og lovteksten i én del om familiegjenforening og én om familieetablering.

Utvalget har også foreslått en langt mer omfattende lovregulering av tillatelsesgrunnlagene enn hva som er gjennomført i gjeldende lov. Dette er i dag sentrale spørsmål i den innvandringspolitiske debatt og spørsmålene angår direkte en stadig større andel av befolkningen i Norge. Utvalget anser derfor at hovedbestemmelsene på feltet bør fastsettes av Stortinget direkte i loven.

2.2.6.2 Familiegjenforening

I utvalgets lovutkast er det foreslått en større detaljregulering av de ulike grunnlag for familiegjenforening enn hva som er gjennomført i gjeldende lov. Utvalgets forslag innebærer likevel ikke noen vesentlige endringer fra det som i dag følger samlet av lov- og forskriftsverk.

Utvalget har drøftet om en innstramning av retten til familiegjenforening gjennom en innføring av et botidskrav (dvs. at referansepersonen må ha bodd i Norge i et visst antall år) kan være rimelig å anvende som et virkemiddel for å dempe asyltilstrømningen, men har kommet til at dette verken vil være rimelig eller hensiktsmessig.

Utvalget foreslår enkelte oppmykinger som ikke kan anses å reise noen vesentlige betenkeligheter i innvandringsregulerende sammenheng:

– Retten til familiegjenforening for samboere som har barn sammen styrkes
– Retten til familiegjenforening for mor eller far med daglig omsorg for norsk barn styrkes
– Retten til familiegjenforening styrkes i forhold til visse tilfeller som gjelder samvær med barn

For å motvirke tvangsekteskap har utvalget foreslått å innføre et krav om 21-års aldersgrense for adgang til familieetablering. Blant annet for å motvirke omgåelse av reglene for familieetablering, har utvalget funnet det nødvendig å operere med et slikt 21-års krav også i gjenforeningstilfellene. Visse unntak er imidlertid foreslått.

Utvalget har foreslått å innta i loven en rimelighetsbestemmelse som retter seg mot familiegjenforeningstilfellene spesielt, og som gir adgang til å gjøre unntak fra de vilkår som ellers følger av de ulike lovbestemmelser. I dag følger en tilsvarende adgang til å vurdere unntak fra lovens vilkår av utlendingsloven § 8 annet ledd og bestemmelser i forskriftsverket.

2.2.6.3 Familieetablering

Utvalget har foreslått flere materielle endringer i forhold til gjeldende rettstilstand:

– Alderskravet for familieetablering heves til 21 år for å motvirke tvang ved ekteskapsinngåelsen.
– Ekteskap inngått ved fullmektig anerkjennes ikke som grunnlag for familieetablering. Tiltaket er dels begrunnet i hensynet til å motvirke at ekteskap inngås mot den representerte partens vilje, og dels i at den faktiske tilknytningen mellom partene må vurderes som svak i en del saker hvor ekteskap er inngått ved fullmektig.
– For å hindre at kvinner eller medfølgende barn blir utsatt for mishandling eller kynisk utnyttelse av en referanseperson bosatt i Norge, gis det hjemmel for å nekte oppholdstillatelse dersom det ville virke støtende å innvilge en tillatelse. Utvalget har også foreslått en ny bestemmelse om at referansepersonens vandel skal kunne kontrolleres.

2.2.6.4 Andre bestemmelser om familieinnvandring

Retten til ny tillatelse ved opphør av det samlivet som dannet grunnlag for tidligere oppholdstillatelse, er foreslått lovregulert. De bestemmelser som er foreslått i utvalgets lovutkast er i hovedsak en videreføring av bestemmelser som i dag finnes i forskriftsverket, men med enkelte endringer i forhold til den tekniske utformingen og det materielle innholdet.

Utvalget foreslår å lovfeste to nye unntak fra retten til familieinnvandring:

– Unntak fra retten til oppholdstillatelse dersom det ville være i strid med forutsetningene for referansepersonens oppholdstillatelse å innvilge oppholdstillatelse til søkeren. Dersom for eksempel en kvinne har fått opphold i Norge fordi vedkommende har flyktet fra et tvangsekteskap i hjemlandet, skal ikke vedkommendes ektefelle senere kunne innvilges familiegjenforening i Norge selv om kvinnen samtykker til dette.
– Unntak fra retten til oppholdstillatelse dersom referansepersonen etter forespørsel ikke samtykker i at søkeren gis tillatelse eller dersom det er grunn til å anta at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje.

Som et tiltak mot tvangsekteskap foreslår utvalget videre at en utlending som har giftet seg i utlandet med en som er bosatt i Norge, ikke skal kunne få innvilget oppholdstillatelse – og heller ikke få innreise i Norge – før ektefellen har returnert til Norge og har vært til intervju hos utlendingsmyndighetene. Bestemmelsen har sin bakgrunn i at mange av de mer ekstreme utslag av tvangsekteskap synes å forekomme i situasjoner der herboende er lokket til foreldrenes hjemland "på ferie", uten kjennskap til ekteskapsplanene. I slike tilfeller kan norske myndigheter gjøre lite for å hindre selve ekteskapsinngåelsen, men den herboende bør da i det minste bringes tilbake til Norge uten ektefellen og gis anledning til å søke hjelp fra myndighetene her. Unntak skal gjelde dersom herboende allerede var til intervju om saken før utreise, eller dersom utlendingen har rett til innreise uten visum. I førstnevnte tilfelle vil herboende forutsetningsvis være orientert om ekteskapsplanene på forhånd og kan gjøre anskrik overfor utlendingsmyndighetene før utreise. I sistnevnte tilfelle vil innreise uansett ikke kunne forhindres og ektefellen vil normalt komme fra land der tvangsekteskap ikke utgjør noe problem. (Det samme gjelder selvsagt mange land som Norge har visumplikt i forhold til, men utvalget har her blitt stående ved en rettsteknisk enkel regel).

2.2.7 Innvandring på annet grunnlag – Kapittel 9

I kapittel 9 drøfter utvalget andre grunnlag for oppholdstillatelse enn de hovedgrunnlagene som er gjennomgått i kapitlene 6-8.

I kapittel 9.2 drøftes oppholdstillatelse til statsborger i et land som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen for annet enn arbeid. I kapittel 9.3 drøftes adgangen til opphold for studenter og praktikanter. I kapittel 9.4 drøftes opphold i forbindelse med ungdomsutvekslingsprogrammer og i kapittel 9.5 drøftes opphold av hensyn til vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling mv. Utvalget foreslår under alle disse punktene å videreføre gjeldende ordning med at det overlates til regjeringen å regulere politikken gjennom forskriftsverket. Det foreslås imidlertid at det i forhold til alle grunnlagene fremkommer tydelige og separate hjemler i loven for den nærmere forskriftsregulering. Dette gjør det mer tydelig gjennom selve lovverket hvilke grunnlag for innvandring som er aktuelle, og skaper tydelige skille mellom de ulike innvandringsgrunnlag slik at man får en lettere tilgjengelig oversikt over hvordan innvandringen fordeler seg i forhold til de ulike grunnlag.

I kapittel 9.6 har utvalget drøftet en generell unntaksbestemmelse som skal kunne gi grunnlag for å innvilge opphold av sterke rimelighetsgrunner. Bestemmelsen svarer til § 8 annet ledd i gjeldende lov.

Bestemmelsen vil kunne ha anvendelse både i forhold til asylsøkere som ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse og i forhold til utlendinger i sin alminnelighet.

Med bakgrunn i de endringer utvalget har foreslått med hensyn til beskyttelsesbestemmelsene (jf. kapittel 6), vil den foreslåtte rimelighetsbestemmelsen likevel ikke ha like stor praktisk betydning i asylssakssammenheng som gjeldende lov § 8 annet ledd.

Det er behov for å utforme en generell rimelighetsbestemmelse slik at den alltid åpner for en skjønnsmessig vurdering. På den annen side er det ønskelig at lovgiver gir tydelige signaler om hvilke grunnprinsipper som skal være avgjørende når terskelen for rimelighetspolitikken skal fastlegges.

Utvalget har med dette som grunnlag, og etter en gjennomgang av lovgivningen i sammenlignbare land, foreslått en rimelighetsbestemmelse som bevarer adgangen til å foreta en konkret skjønnsvurdering, men som samtidig gir en viss veiledning for skjønnsutøvelsen ved å angi hva som vil være typiske hovedhensyn i de tilfeller det er aktuelt å innvilge opphold.

I kapittel 9.7 har utvalget drøftet spørsmålet om midlertidig tillatelse til personer som ikke kan returnere. Utvalget anser på den ene side at det ikke bør etableres ordninger som oppmuntrer søkere som har fått endelig avslag til å unnlate å medvirke til at retur kan gjennomføres. På den annen side forekommer det i enkelttilfeller og i forhold til grupper av søkere som har fått avslag, en fastlåst situasjon som gjør at det vil være uhensiktsmessig dersom det ikke kan gis adgang til å bringe oppholdet inn under regulerte former og til å ta arbeid.

Utvalget har foreslått at det på samme måte som i dag bør overlates til regjeringen å fastsette de nærmere regler i forskrift.

I kapittel 9.8 har utvalget foreslått et nytt tillatelsesgrunnlag: Oppholdstillatelse for korttidsopphold (inntil 9 måneder) i tilfeller hvor forholdet etter sin art faller utenfor lovens øvrige regler og hvor innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot at kortvarig opphold gis. Bakgrunnen for utvalgets forslag er at det i praksis har vist seg at det av og til forekommer tilfeller hvor det kan virke rimelig å innvilge opphold for en kortere periode utenfor de typetilfeller som er regulert i utlendingsloven, uten at det er naturlig

å konstatere tungtveiende menneskelige hensyn som gjør det nærliggende å anvende den generelle rimelighetsbestemmelsen. Under gjeldende lovgivning har utlendingsmyndighetene som oftest vært henvist til å avslå søknaden i slike tilfeller, noe som har ledet til at myndighetenes håndtering har fremstått for mange som unødig firkantet.

2.2.8 Permanent oppholdstillatelse – Kapittel 10

Utvalget har gått inn for at man også i en ny lov bør ha en ordning hvor det på nærmere vilkår skal foreligge en rett til varig opphold i riket etter tre års botid med oppholdstillatelse. Under gjeldende lov er en slik varig rett til opphold betegnet som "bosettingstillatelse". Utvalget foreslår å erstatte denne betegnelsen med "permanent oppholdstillatelse".

Utvalget har drøftet om botidskravet bør heves fra tre til fem år, og har i denne sammenheng vurdert situasjonen i utenlandsk rett og en avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Utvalget har i denne forbindelse delt seg i et flertall og et mindretall. Utvalgets flertall har kommet til at man bør videreføre gjeldende ordning med krav til tre års botid, men har påpekt at det kan være nærliggende å endre botidskravet dersom det skjer en innskjerping på dette feltet i EU-landenes nasjonale regelverk. Mindretallet har gått inn for et krav om fem års botid.

2.2.9 Utlendingskontroll og kontroll med inn- og utreise – Kapittel 11

I innstillingens kapittel 11 behandles reglene om utlendingskontroll og kontrollen med inn- og utreise, herunder reglene som skal legge rammen for visumpolitikken.

Norge er i sin visumpolitikk bundet av de forpliktelser som følger av Schengensamarbeidet. En utlending som gis visum for innreise i Norge, vil som utgangspunkt også få adgang til det øvrige Schengenterritoriet, og vedkommende vil uansett ha fått adgang til å passere den ytre grensekontrollen for Schengenområdet.

Etter utvalgets vurdering vil det være en fordel dersom regelverket bygges opp på en slik måte at den rammen for visumpolitikken som følger av våre internasjonale forpliktelser, tydeliggjøres bedre enn i dag. Utvalgets forslag til nye visumbestemmelser tilsikter ikke noen endring av gjeldende visumpolitikk, men er et forsøk på lovteknisk opprydding for å gjøre regelverket tydeligere og skape en mer forståelig systematikk som gjenspeiler systematikken i Schengenkonvensjonen.

Utvalget har foreslått en ny bestemmelse som gir rett til å nekte visum dersom det ut fra hensynet til søkeren ville virke støtende å innvilge visum. Bestemmelsen retter seg mot tilfeller hvor utlendingsmyndighetene er kjent med at en mannlig referanseperson i Norge driver serieimport av utenlandske kvinner som utsettes for mishandling eller kynisk utnyttelse mens de er på besøk hos mannen i Norge.

Når det gjelder reglene for inn- og utreisekontroll, foreslår utvalget enkelte endringer.

Norge er i dag eneste av de nordiske land som ikke har en eksplisitt hjemmel for rutinemessig kontroll av kjøretøy. Utvalget har gitt en lovhjemmel for slik kontroll.

Utvalget har videre foreslått en hjemmel i loven for at politiet skal kunne kreve passasjerlister fra flyselskapene i elektronisk form.

Utvalget foreslår ingen endringer når det gjelder adgangen til å innføre ekstraordinær inn- og utreisekontroll på de indre grenser.

Tollmyndigheten kommer i praksis over tilfeller av illegal innvandring når de driver kontroll på steder hvor politiet ikke er til stede. Etter utvalgets vurdering bør tollvesenet ha en viss myndighet i utlendingssaker for å kunne håndtere de konkrete situasjoner som avdekkes og for å kunne bidra med forebyggende utlendingskontroll på ytre Schengengrense. Utvalget foreslår derfor å gi tollmyndigheten hjemmel til å foreta utlendingskontroll som bistand til politiet.

Avskaffelsen av grensekontroll på de indre grenser har skapt større mulighet til å ta seg ulovlig inn i landet. Som en følge av dette er politiets adgang til å kunne foreta kontroll av utlendinger i hele riket blitt viktigere enn før. Samtidig er det viktig at kontrollen ikke gjennomføres på en måte som gjør at den oppleves som vilkårlig av dem som blir kontrollert. I motsatt fall vil det kunne oppstå mistanke om at kontrollen er diskriminerende motivert eller at den er motivert ut fra andre krenkende eller usaklige hensyn.

I dag er kriteriene for iverksettelse av annen utlendingskontroll ikke regulert i lov eller forskrift. Selv om nærmere kriterier er fastsatt i rundskriv fra Politidirektoratet anser utvalget det hensiktsmessig å innarbeide en lovbestemmelse i utlendingsloven om annen politikontroll enn inn- og utreisekontroll. Politidirektoratets rundskriv har tjent som utgangspunkt for utformingen av bestemmelsen. Det vil ikke være tilstrekkelig for kontroll at en person antas å være utenlandsk bor-

ger, men det må i tillegg kreves at omstendighetene (tid, sted og situasjon) gir grunn til slik kontroll. Utvalget foreslår videre at utlendingskontrollen bare kan gjennomføres når politimesteren eller hans stedfortreder på forhånd har gitt samtykke til dette, og at det kun foretas i et nærmere angitt område og tidsrom.

Transportøransvaret følger av Schengenkonvensjonen. Norge er forpliktet til å ha regler om dette, og utvalget foreslår derfor en videreføring av gjeldende regler med den justering at transportøransvaret ikke bare bør gjelde ved bortvisning slik som i dag, men også ved utvisning dersom utvisningsgrunnen er knyttet til selve innreisen i riket. Det er i disse tilfeller ikke noen grunn til at transportøransvaret skal være mindre enn ved den mer lempelige reaksjon, bortvisning.

2.2.10 Bortvisning og utvisning - Kapittel 12

2.2.10.1 Innledning

Det er i dagens lovverk to reaksjoner som medfører en direkte plikt til å forlate landet: bortvisning og utvisning. Et vedtak om *bortvisning* innebærer at utlendingen må forlate riket eller blir nektet innreise, men innebærer ikke slik som *utvisning* noe forbud mot fremtidig innreise. Som følge av Norges deltagelse i Schengensamarbeidet innebærer et vedtak om utvisning normalt også et innreiseforbud til andre Schengenland.

2.2.10.2 Bortvisning

Utvalget har vurdert om man bør innføre "avvisning" som en egen reaksjonsform i tillegg til bortvisning for de grunnlag som gjelder brudd på lett konstaterbare og grunnleggende innreisevilkår. Tanken har vært at et avvisningsinstitutt skulle kunne opereres gjennom enklere og mer effektive saksbehandlingsprosedyrer. Utvalget har imidlertid frafalt denne tanken og i stedet foreslått forenklede saksbehandlingsprosedyrer i tilknytning til bortvisning. Utvalget foreslår noen mindre endringer i tilknytning til enkelte bortvisningsgrunnlag.

Under henvisning til at det i praksis er utvisning som er den aktuelle reaksjonen overfor utlending med oppholdstillatelse eller nordisk borger som er bosatt i riket, har utvalget foreslått en presisering i loven av at de ikke skal bortvises.

I dag gir utlendingsloven § 27 første ledd bokstav h en klar hjemmel for å bortvise utlending som ikke har dekket gjeld han har til det offentlige i forbindelse med tidligere uttransport. Utvalget har ansett at det på tilsvarende måte bør innarbeides en særskilt hjemmel i loven for å fatte vedtak om bortvisning overfor utlending som har uoppgjort bot eller gebyr til det offentlige. Når det gjelder bortvisning på grunn av uoppgjort gebyr vises det for øvrig til utvalgets forslag om å innføre en gebyrordning for kortere ulovlig opphold i riket.

I dag gir utlendingsloven hjemmel for å bortvise en utlending som er utvist fra riket og som er ilagt et innreiseforbud som fortsatt gjelder. Utvalget mener at denne bortvisningsgrunnen er overflødig og forvirrende på det formelle plan fordi vedkommende kan nektes innreise med basis i gjeldende utvisningsvedtak. Man har derfor foreslått å fjerne den særskilte bestemmelsen om bortvisning i disse tilfellene.

Under henvisning til kritikk fra ESA har utvalget foreslått at man i en ny lov utelater den bestemmelsen man i dag har i utlendingsloven § 57 første ledd bokstav b om at en person som er utvist i annet nordisk land kan bortvises fra riket på dette grunnlag.

Utvalget har med bakgrunn i særskilt forespørsel fra departementet i brev av 29.04.03, foretatt en vurdering av om det kan tenkes en ordning med bortvisning med innreiseforbud, men har konkludert med at dette ikke bør være noen aktuell ordning.

2.2.10.3 Utvisning

Utvalget har drøftet om utvisning bør klassifiseres som straff, men har blant annet med grunnlag i at utvisning ikke klassifiseres som straff i henhold til EMK, falt ned på at man bør videreføre en ordning hvor utvisning klassifiseres som en administrativ reaksjon. Drøftelsen må sees i sammenheng med utvalgets drøftelse av om ansvaret for å treffe beslutning om utvisning bør flyttes fra forvaltningsapparatet til domstolen. Utvalget har konkludert med at man bør bevare gjeldende ordning med at vedtak om utvisning fattes som administrativ avgjørelse av utlendingsmyndigheten med mulighet for etterfølgende domstolskontroll.

Når det gjelder utvisning med grunnlag i ilagt straff, har utvalget foreslått å videreføre dagens ordning med at grunnvilkåret for utvisning skal være knyttet til strafferammen for det straffbare forhold.

Utvalget har ikke foreslått noen materielle endringer i de grunnvilkårene for utvisning som i dag er fastlagt i utlendingsloven § 29 første ledd.

Utvalget forslår å videreføre gjeldende begrensninger i adgangen til å utvise utlending

som innehar midlertidig oppholdstillatelse. Tilsvarende gjelder også i forhold til utlending som har permanent oppholdstillatelse ("bosettingstillatelse" i gjeldende lov). Mens det i gjeldende lov er tilstrekkelig at utlendingen fyller vilkårene for bosettingstillatelse, kreves det imidlertid etter utvalgets forslag at utlendingen faktisk har fått innvilget permanent oppholdstillatelse for at vedkommende skal kunne påberope et utvidet vern mot utvisning.

Gjeldende utlendingslov har en særskilt bestemmelse om utvisning av utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Denne bestemmelsen gjengir EØS-rettens krav til hvilken ramme EØS-landene må holde seg innenfor ("personlige forhold som innebærer en aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn"), men fastsetter ingen mer konkrete vilkår for utvisning. Dette gir ingen klar ramme for utvisningsadgangen, og utvalget har derfor foreslått at de særskilte reglene for utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen bør organiseres som begrensninger i adgangen til å utvise etter lovens alminnelige utvisningsbestemmelser. På denne måten vil man sikre at heller ikke en utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen vil kunne utvises uten at de alminnelige grunnvilkårene for utvisning er oppfylt. Med bakgrunn i kritikk fra ESA har utvalget foreslått sløyfet passusen i utlendingsloven § 58 annet ledd annet punktum om at utvisning på grunnlag av straffbare forhold "som hovedregel" bare skal besluttes dersom det foreligger gjentakelsesfare. Utvalget har også foreslått å sløyfe bestemmelsen i § 58 fjerde ledd om adgang til å utvise utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen på det grunnlag at vedkommende ikke fyller vilkårene for opphold. Gjeldende rett har også på dette punkt vært gjenstand for kritikk fra ESA.

Vilkåret om at et vedtak om utvisning ikke må fremstå som uforholdsmessig i forhold til utlendingen eller vedkommendes nærmeste familiemedlemmer, foreslås videreført i utvalgets utkast. Utvalget foreslår en tilføyelse ved at det understrekes i lovbestemmelsen at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn.

Utvalget foreslår ingen endring i de absolutte hindre mot utvisning som følger av gjeldende utlendingslov. Det kan heller ikke i fremtiden gjelde noen adgang til å utvise personer som er vernet mot utsendelse i henhold til Norges internasjonale forpliktelser, eller som er født i riket og senere uavbrutt har hatt fast bopel her. Utvalget har vurdert om det skal fastsettes et absolutt vern mot utvisning for utlending som har særlig lang botid i landet eller har kommet til landet i ung alder, men har ikke valgt å foreslå noe absolutt hinder mot utvisning i disse tilfellene. Det vises til at uforholdsmessighetsvurderingen her bør være avgjørende.

Utvalget foreslår ingen vesentlige endringer i dagens regler når det gjelder varigheten av et innreiseforbud. Innreiseforbudet skal fortsatt kunne gjøres varig eller tidsbegrenset. Utvalget anser imidlertid at det ikke bør reageres med utvisning dersom det ikke er aktuelt å fastsette et innreiseforbud for minst to år. Dagens ordning med at innreiseforbud også kan fastsettes for kortere tid, videreføres derfor ikke.

Utvalget har videre drøftet gjennomføringen av direktiv 2001/40/EF om gjensidig anerkjennelse av avgjørelser om utsendelse av tredjelandsborgere.

2.2.11 Saksbehandling, organisering av utlendingsmyndigheten m.m. – Kapittel 13

2.2.11.1 Saksbehandlings- og organisatoriske spørsmål mv.

Spørsmål knyttet til organisering av utlendingsmyndigheten og saksbehandlingen er drøftet i innstillingens kapittel 13.

Utvalget foreslår ingen vesentlige endringer for så vidt gjelder de organisatoriske forhold på området, men som nevnt går utvalget inn for å flytte en rekke regler fra gjeldende utlendingsforskrift til den nye loven. Med utvalgets forslag vil regelverket på feltet i større grad være vedtatt av Stortinget i lovs form.

Når det gjelder saksbehandlingen, tar lovutkastet i første rekke sikte på å klargjøre saksbehandlingsreglene. Men det tas også til orde for en del materielle og ikke bare regeltekniske endringer. Det foreslås blant annet en lovhjemmel for å tilby DNA-testing, og en lovhjemmel for å pålegge alderstesting. Det foreslås videre at utlendingsmyndighetene skal kunne få tilgang til opplysninger om utlendingers personlige forhold uten hinder av andre myndigheters taushetsplikt etter sosialtjenesteloven og barnevernloven, jf. kapittel 13.1.8.5. Dette innebærer en viss utvidelse i forhold til gjeldende regelverk, men er etter utvalgets oppfatning lite betenkelig. Reglene om utlevering av opplysninger til andre lands myndigheter i forbindelse med Schengen- og Dublinsamarbeidet foreslås videreført av hensyn

til våre forpliktelser overfor de øvrige medlemsstater.

Utvalget har foreslått en endring med hensyn til forvaltningens informasjonsplikt, jf. forvaltningsloven § 17, i enkelte utlendingssaker hvor søkeren befinner seg i utlandet. I saker som gjelder visum, famiieetablering, arbeidsinnvandring, eller tillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent opphold, og hvor søkeren befinner seg i utlandet, skal ikke informasjonsplikten i forvaltningsloven § 17 ha anvendelse.

Utlendingsforvaltningens begrunnelsesplikt er gjort til gjenstand for særskilt drøftelse i innstillingen uten at utvalget har funnet grunn til å foreslå endringer på dette punkt.

Plikten for utlendinger til å gi korrekte opplysninger i forbindelse med all kontakt med myndighetene, samt plikten til å opplyse og så langt som mulig dokumentere ens identitet, foreslås videreført. Utvalget foreslår videre å lovfeste at asylsøkere skal ha plikt til å gjøre sitt beste for å fremlegge dokumentasjon som er nødvendig for utlendingsforvaltningen for å kunne komme frem til et korrekt materielt resultat i saken, og for å medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger. Utvalget antar at slike regler vil ha en gunstig signaleffekt, ved at loven klart vil gi uttrykk for at det ikke skal lønne seg å unnlate å opplyse saken så langt man kan.

2.2.11.2 Inngripende tiltak. Tvangsmidler

Utvalget legger opp til en revisjon av bestemmelsene om tvangsmidler for å gjøre reglene lettere tilgjengelig. Systematikken foreslås endret, og det foreslås en ny, eksplisitt bestemmelse i lovutkastet om at et tvangsmiddel ikke kan benyttes dersom det fremstår som et uforholdsmessig inngrep.

Adgangen til å ta fotografi og fingeravtrykk av utlendinger foreslås videreført. Utvalget foreslår en ny hjemmel for politiet til å ta fingeravtrykk med tvang. Med utvalgets forslag kan domstolene avgjøre spørsmål om lagring og tilintetgjøring av fingeravtrykk. Utvalget går videre inn for at fotografi av utlending, og ikke bare fingeravtrykk, skal kunne lagres elektronisk.

Utvalget foreslår videre en ny regel om at politiet kan foreta beslag av penger til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen, og hjemmel for ransaking med sikte på slikt beslag. Det foreslås dessuten at alle dokumenter som kan bidra til effektuering av vedtak skal kunne pålegges utlevert.

Utvalget foreslår å harmonisere reglene om meldeplikt og bestemt oppholdssted som har til hensikt å sikre iverksettingen av vedtak, og foreslår også at meldeplikt skal kunne pålegges i mer enn to uker. Det foreslås dessuten at utlendinger skal kunne holdes fengslet i 12 uker for å sikre iverksetting av vedtak. Vilkårene for fengsling foreslås imidlertid ikke endret.

2.2.11.3 Tiltak for å trygge den offentlige orden og sikkerhet mv.

Utvalget foreslår å videreføre adgangen til å avslå de fleste typer søknader om opphold samt visum dersom utenrikspolitiske hensyn eller grunnleggende nasjonale interesser taler for det. Utvalget går for øvrig inn for å erstatte begrepene "rikets sikkerhet" og "tvingende samfunnsmessige hensyn" med "grunnleggende nasjonale interesser".

Under henvisning til at det er politiets og påtalemyndighetens oppgave å bekjempe kriminalitet, mener utvalget at særskilte regler for dette formålet ikke bør inntas i en ny utlendingslov, men eventuelt bør gis i straffeprosess- eller straffelovgivningen. Med samme begrunnelse har utvalget unnlatt å foreslå regler i lovutkastet til beskyttelse av fornærmede i straffesaker. Heller ikke regler med det formål å forebygge og straffeforfølge utlendingers terrorhandlinger hører etter utvalgets oppfatning hjemme i utlendingslovgivningen.

2.2.12 Bestemmelse om straff mv. og lovens virkeområde – Kapittel 14

2.2.12.1 Straffebestemmelser mv. i utlendingsloven

Utvalget er av den oppfatning at det er nødvendig med straffebestemmelser i utlendingsloven ved siden av forvaltningsmessige reaksjoner. Både de retningslinjer som gis påtalemyndigheten fra Riksadvokaten og prioriteringer ved det enkelte politidistrikt vil være av betydning for når det er aktuelt å anvende straffereaksjoner.

Det følger også av våre internasjonale forpliktelser, for eksempel gjennom Schengensamarbeidet, at vi må ha straffebestemmelser for brudd på regler om innreise og opphold.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende straffebestemmelser i utlendingsloven uten endringer. Man foreslår imidlertid å oppheve straffebestemmelsen i straffeloven § 342 første ledd bokstav a som retter som mot overtredelse av et innreiseforbud. Bestemmelsen dekker ikke noe annet tilfelle enn det som allerede vil være dekket av utlendingslovens egne straffebestemmelser (som utvalget altså har foreslått å videreføre).

Utvalget foreslår å innføre en gebyrordning ved overtredelse av visumtiden. Det foreslås at gebyr

kan ilegges for ulovlig opphold inntil en uke, og må tillegges etter standardiserte satser, for eksempel kr. 500 per dag. En slik gebyrordning vil etter utvalgets vurdering ikke være å anse som straff i henhold til straffeloven eller den europeiske menneskerettskonvensjon.

2.2.12.2 Lovens virkeområde

Utvalget har uten vesentlige endringer gått inn for å videreføre gjeldende bestemmelser om lovens saklige og geografiske område og om hvilken personkrets loven gjelder for.

2.2.13 Økonomiske og administrative konsekvenser mv. – Kapittel 15

Utvalget har kun fremmet ett lovforslag, og forslaget baserer seg på gjeldende organisering av utlendingsmyndigheten. Verken lovforslaget eller andre forslag i utvalgets innstilling gjelder tiltak som i seg selv vil medføre noen vesentlige endringer i det totale innvandringsbildet, og vil ikke innebære noen vesentlige konsekvenser når det gjelder økonomiske eller administrative forhold.

Kapittel 3
Utviklingen av norsk innvandringspolitikk

3.1 Innledning

Kapittelet er ment å gi en oversikt over de trekk ved samfunnsutviklingen som utvalget mener har betydning for utformingen av innvandringspolitikken. For å få et totalbilde av hva som har vært styrende for utviklingen vises også til kapittel 4 om den internasjonale rettsutviklingen.

Innvandringspolitikken er et av de mest omtalte temaer i samfunnsdebatten i dag. Problemstillinger knyttet til innvandringspolitikken i vid forstand, det være seg familieinnvandring, flyktninginnvandring eller arbeidsinnvandring, er gjenstand for stor politisk oppmerksomhet og omfattende fokus i media. Utlendingsforvaltningen har økt betydelig i omfang de siste tiårene. Det er satt av omlag 5,8 milliarder kroner i statsbudsjettet for 2004 for å håndtere innvandringsfeltet.

3.2 Status ved inngangen til det 21. århundre

3.2.1 Slutten på den kalde krigen

Siden gjeldende utlendingslov ble vedtatt i 1988, har det skjedd mye i Norge på innvandringsfeltet. Omfanget av nettoinnvandringen har blitt større enn noensinne før i historien. Antallet innvandrere til Norge har blitt fordoblet de siste ti årene, og sammensetningen etnisk og nasjonalt er vesentlig mer mangfoldig enn før. Norges internasjonale omland har også gjennomgått store endringer i samme periode.

Begynnelsen av 1990-tallet var en brytningstid i Europa. Den kalde krigen var over: Blokkene var oppløst, maktkonstellasjoner ble omdefinert, og nye spenninger så dagens lys. Det europeiske fellesskapet gikk inn i en ny og intensiv fase. Mens økonomisk og politisk integrasjon, med nedbygging av nasjonalstatenes kontroll og virkefelt pågikk i vest, var man vitne til et imperiefall og nasjonalistisk mobilisering i øst. Slumrende etniske konflikter ble vekket til live og satte spørsmål om grensers legitimitet på dagsordenen. Disse omfattende endringene hadde også følger for holdninger og politikk i forhold til innvandring. Internasjonal migrasjon var både en av flere utløsende årsaker til jernteppets fall, og en omfattende konsekvens av omveltningene. Sammenbruddet i øst skjedde da myndighetene ikke lenger kunne holde igjen for presset om å legalisere utvandring, symbolsk og fysisk uttrykt ved nedrivingen av Berlinmuren i november 1989. Samtidig betydde gjennombruddet muligheter til etterlengtet utvandring fra øst til vest, i hvert fall en stakket stund. Åpningen i relasjonene øst-vest kom på toppen av flere års bekymring i Vest-Europa over stigende innvandringstall, særlig av asylsøkere, fra land i sør. Ved Berlinmurens fall ble det skapt et bilde av at en ny æra av folkevandringer var under oppseiling, og en krisestemning utviklet seg. Denne stemningen ble ytterligere forsterket gjennom den opprivende konflikten i Jugoslavia kort tid etter. Slutten på den kalde krigen førte med seg etniske konflikter i Vest-Europas nærområder, med omfattende flyktningbevegelser og intern flukt. Inntrykket av krise skapte også nye betingelser for innvandrere fra fattige land i sør, både dem som allerede hadde etablert seg innen Vest-Europa, og dem som sto ved dørstokken.

Samtidig gikk integrasjonsprosessen i Vest-Europa inn i en avgjørende fase gjennom etableringen av det indre marked og utviklingen av Den europeiske union. Integrasjonsprosessen i Vest-Europa – som på flere måter utfordret spørsmål om suverenitet og nasjonale reguleringer i det hele tatt – har også hatt viktige følger for migrasjon, innvandringskontroll og utlendingers rettigheter i de respektive medlemslandene. Med Schengensamarbeidet, med oppheving av indre grensekontroll, felles ytre grensekontroll, politi- og visumsamarbeid m.m. kom innvandrings- og asylspørsmål høyt opp på den politiske dagsorden – høyere enn mange politikere hadde forventet noen år tidligere. Likevel var dette samarbeidet basert på mellomstatlig samarbeid og holdt utenfor fellesskapsretten inntil Amsterdamtraktaten trådte i kraft i 1999. Fra å ha vært et ganske ubetydelig politisk tema, utviklet migrasjon seg til å bli et av de mest sentrale og kompliserte spørsmålene innen det europeiske samarbeidet. På ulike måter erfarte

de vesteuropeiske landene en turbulent periode, der forholdet mellom stat, marked og samfunn skulle tenkes igjennom på nye måter. Innvandring ble en del av denne turbulensen, og samtidig ble innvandrere mange steder ofre for en tid med brytninger og uro. Det oppsto politiske bevegelser på 1980- og 1990-tallet som spilte på nasjonale identitetsspørsmål, og som hadde innvandring som ett av sine viktigste temaer. I Tyskland og ikke minst i Frankrike så vi allerede på 1980-tallet framveksten av ekstreme høyrebevegelser med det uttalte formål å bekjempe innvandring, blant annet fordi innvandrere etter deres oppfatning underminerte den nasjonale identitetsfølelsen.

3.2.2 Et etisk dilemma

Bak mye av migrasjonsdebatten i Europa ligger en vesentlig etisk spenning mellom retten til emigrasjon og retten til immigrasjon. Utvandring blir betraktet som en menneskerett, mens innvandring har vært et nasjonalt suverenitetsanliggende, det vil si at den enkelte stat bestemmer hvem som skal gis adgang til riket. Den ujevne utviklingen i verden med enorme forskjeller i makt, rikdom og velferd for befolkningene, har gjort at de på den heldige siden ikke kan dele godene uten å miste noe av sitt materielle fortrinn. Statsborgerskap i et vestlig liberalt samfunn kan ses som det moderne motstykket til et føydalt privilegium – et arvet fortrinn som i høy grad øker sjansene for et godt liv. Og den gjennomgripende tilfeldigheten i hvor man er født, avgjør om man kan reise fritt andre steder i verden eller ikke.

Men hvor bringer dette grunnleggende dilemmaet oss? De færreste kan ta disse store spørsmålene inn over seg i dagliglivet, og det er umulig å føre diskusjoner om innvandringspolitikk med referanse til absolutt rettferdighet. Det finnes ikke noe slikt rettferdighetsprinsipp som kan hjelpe til å bestemme hvor mange innvandrere som bør slippes inn i landet, hvorvidt man skal gi fortrinn for folk med utdannelse eller uten, hvor grensen skal settes for hvilke familiemedlemmer som skal inkluderes osv. Det ligger her en etisk motsetning i selve idégrunnlaget for liberal-demokratiske nasjonalstater. Statsborgerskap eller medlemskap i nasjonalstatene *skal* innebære særbehandling for dem som hører til. Man har demokratiske rettigheter som medlem, og kan gjøre krav på privilegier som borger. Samtidig har de humanistiske idealene vært sentrale i oppbyggingen av den moderne statstradisjon: Man skal også ha rettigheter som medlem av menneskeheten, og ethvert individ har krav på respekt og likebehandling uavhengig av fødested. Begge disse rettferdighetskravene hører hjemme i liberal-demokratisk tankegang.

3.2.3 Innvandring – et felles europeisk anliggende

Et lands kontrollpolitikk i forhold til innvandring må forklares og forstås ut fra en hel rekke faktorer. Hvilke virkemidler som er tilgjengelige for en regjering, er avhengig av en sammensatt vev av forskjellige forhold: økonomiske, juridiske, sikkerhetsmessige, politiske, kulturelle, sosiale, humanitære og demografiske. Den konkrete innretningen på politikken vil være påvirket av administrative og styringsmessige systemer, tradisjoner i forhold til innvandring og generelle historiske utviklingstrekk – spesielt når det gjelder samfunnsmessig og politisk kultur og forhold knyttet til identitet og nasjonalfølelse. Denne veven av faktorer er igjen påvirket av den internasjonale sammenhengen landet befinner seg i til enhver tid. Andre staters nasjonale politikk, internasjonale avtaler, konvensjoner og organisasjoner, i tillegg til migrasjonsstrømmenes størrelse og karakter, bidrar til å forme en stats politikk. I Europa har også folks virkelighetsoppfatning når det gjelder potensiell innvandring, eller det som gjerne blir kalt innvandringspresset, innvirkning på politikkutviklingen. Dette metanivået har sin egen dynamikk.

Historisk har innvandringspolitikk i all hovedsak vært et nasjonalt anliggende. Samarbeidet som har utviklet seg innen EU og med samarbeidende land som Island og Norge er derfor spesielt, men basert på gjensidig nytte. Grensekontroll rettet mot andre lands borgere har vært en sentral side ved staters suverenitetsutøvelse. Gjennom etableringen av EUs indre marked i 1993 endret dette bildet seg på mange måter. Nedbygging av grensekontroll og økt bevegelighet av personer, varer og tjenester var viktige pilarer i EU-filosofien. Gjennom større mobilitet og friere flyt av varer og tjenester skulle den europeiske integrasjonen utvikles videre. Men det europeiske fellesskapet og det nye bevegelsesrommet var bare ment å gjelde statsborgere av medlemslandene. Eller i det minste hadde man ikke tenkt godt nok gjennom hva det indre marked og Den europeiske union ville bety for innvandrere og innvandring. En bivirkning av integrasjonsprosessen i Europa var nemlig en svekkelse av de nasjonale mulighetene til å kontrollere innvandring fra såkalte "tredjeland" – land utenfor fellesskapet. De åpne grensene internt i EU innebærer at innvandrere fra tredjeland som kommer inn i ett medlemsland, får friere tilgang til hele området. Det "svakeste leddet i kjeden" når

det gjelder ekstern kontroll, ville derfor kunne bety mye for kontrollen med innflyten til EU som sådan.

Men det er ikke bare den fysiske grensekontrollen som har blitt berørt gjennom EU-utviklingen, selv om det er denne som har blitt viet størst oppmerksomhet. Også innvandringspolitikken i bred forstand – asylpolitikken, velferdspolitikken, mulighetene for statsborgerskap og politikken når det gjelder legalisering (mulige "amnestier" for illegale innvandrere) – kan indirekte bli påvirket av den europeiske integrasjonen. Variasjon i innvandringspolitikk mellom landene i Europa kan gjøre enkelte stater mer attraktive for innvandrere enn andre. Innvandringspolitikken i hele sin bredde knyttes derfor til viktige områder i de enkelte landenes velferdsstatsordninger og arbeidsmarkedspolitikk. Hvis Italia eller Spania for eksempel legaliserte store antall ulovlige innvandrere etter en tid i landet, kunne dette øke motivasjonen for å prøve å komme seg nettopp dit. Det samme kan man si om land som har et mer omfattende uoffisielt arbeidsmarked enn andre. Hvis det er etterspørsel etter "svart arbeidskraft", er sannsynligheten for illegal innvandring større. Og hvis Sverige eller Tyskland har spesielt gode velferdsordninger for asylsøkere mens de venter på en avgjørelse, øker sjansene for at folk prøver seg i disse landene. Slik samspiller innvandringsspørsmål stadig sterkere med nasjonalstatenes indre forhold. Dette var viktige hensyn bak etableringen av Schengen-, og Dublinsamarbeidet, og senere for hele arbeidet med et felles europeisk asylssystem, se kapittel 4. Så selv om mange sider av innvandringspolitikken stadig skal være styrt nasjonalt, betyr den internasjonale situasjonen gradvis færre muligheter til å bevare den nasjonale kontrollen i praksis. Globalisering av markeder, internasjonalisering av beslutningsprosesser og regionalisering av migrasjonsruter reduserer hver enkelt stats autonomi.

Fra slutten av 1980-tallet var det i økende grad klart for medlemslandene at en større samordning eller harmonisering av innvandringspolitikken presset seg fram. En slik harmonisering har imidlertid vist seg å være et svært komplisert prosjekt. Dels er innvandringskontroll nært forbundet med spørsmålet om nasjonal suverenitet, med sterke symbolske overtoner, dels har denne kontrollen økonomiske og politiske følger på viktige samfunnsområder. Dette har gjort innvandringskontrollen til ett av de mer gjenstridige temaene i integrasjonsprosessen, selv om man i 2004 har kommet lenger enn mange hadde forventet tidligere på 1990-tallet. Når man tar i betraktning hvor langt EU har kommet i arbeidet med å etablere et felles europeisk asylsystem, må man likevel innrømme at utviklingen har gått fort i de senere år.

Innvandringspolitikken belyser et generelt dilemma EU-landene står overfor i berøringsflaten mellom det nasjonale og det overnasjonale: Nye strukturer formes på et område som er sensitivt på de nasjonale arenaer. Ikke desto mindre har asylpolitikken blitt en del av fellesskapsretten. Det samme gjelder visumpolitikken. På den ene siden ønsker EU-landene altså å etablere felles regler på innvandringssiden og for det indre marked ved blant annet å fjerne indre grenser for å bedre betingelsene for konkurranse og vekst. Samtidig ønsker nasjonalstatene å beholde mest mulig suverenitet når det gjelder kontroll med hvem som skal gis adgang til territoriet - og dermed også arbeidsmarkedet og velferdsordningene. I den senere tid har også sikkerhetsaspektene og bekjempelse av organisert internasjonal kriminalitet blitt en vesentlig del av kontrollutøvelsen.

3.2.4 Norge – et spesielt tilfelle?

Hvor står Norge i dette landskapet? Hvor forskjellig er Norges situasjon som ikke-medlem av EU sammenliknet med medlemslandene?

Norge plasserte seg mer seriøst på innvandrerkartet i Europa ved slutten av 1980-tallet. Det var på denne tiden asyltilstrømingen til Norge begynte å tilta. Ved midten av 1990-tallet var innvandrerbefolkningens andel av den totale norske befolkningen på samme nivå som for eksempel i Danmark og Storbritannia. Den sterke økningen i tallet på asylsøkere i 1987 og 1988 vitnet om at Norge ikke lenger befant seg i en beskyttet periferi, i ly av de store innvandrerlandene i Vest-Europa; i første rekke Tyskland og Frankrike, men også nabolandet Sverige. Norge ble i 1987 havn for asylsøkere fra hele 60 forskjellige land. De fleste kom fra Iran, Chile, Sri Lanka og Jugoslavia, stort sett de samme landene som ga opphav til flyktninger til de andre vesteuropeiske landene.

Fra slutten av 1980-tallet ble det tydelig, også i Norge, i hvor stor grad de europeiske landene var påvirket av hverandres politiske handlinger når det gjaldt innvandring. Uansett posisjon i forhold til det europeiske fellesskapet, påvirket den sterkere internasjonaliseringen og integreringen i Europa det nasjonale politiske spillerom.

Gjensidige forventninger ble i en viss grad selvoppfyllende profetier: Eksistensen av EF gjorde at sentrale aktører antok at EF-landene samlet ville ende opp på en svært restriktiv linje, også før innvandringsspørsmål var brakt inn under EF-apparatets myndighet. Følgelig kunne EF brukes

som en faktor overfor den nasjonale opinion: Regjeringene kunne referere til skadelige virkninger for Det europeiske fellesskapet hvis man ikke fulgte en mest mulig restriktiv linje nasjonalt, og man kunne trappe opp reformtakten med henvisning til en sannsynlig framtidig EF-politikk. Denne "euro-opportunismen", som den ofte kalles, gjør at den mest restriktive statens politikk ofte blir toneangivende for den samlede utviklingen. Alle er redde for den såkalte "magneteffekten", som betyr at land med en relativt sett mer liberal politikk blir utsatt for et sterkere innvandringspress enn andre. Denne dynamikken inkluderer også land i Vest-Europa som ennå ikke har sluttet seg til fellesskapet.

På begynnelsen av 1990-tallet var harmoniseringen av EFs innvandringspolitikk kommet kort. Toppmøtet i Maastricht i 1991 signaliserte tydelig at de nasjonale regjeringene stadig ønsket å beholde den reelle kontrollen med innvandringspolitikken, både med inntakspolitikken og tildelingen av rettigheter i vertslandene, men det juridiske grunnlaget for utviklingen av et felles regelverk ble lagt, blant annet gjennom erkjennelsen av at asyl- og flyktningpolitikken var et område av "felles interesse". Det gikk like fullt et prinsipielt skille ved medlemskap når det gjaldt mulighet til å velge ulike typer kontroll- og integreringstiltak i forhold til innvandrere. EØS-avtalen, som ble Norges alternativ til medlemskap i EU i 1994, innebar ingen forpliktelser fra norsk side når det gjaldt grensekontroll i forhold til tredjelandsborgere, selv om avtalen innebar et fritt arbeidsmarked for statsborgere i hele EØS-området. EØS har i det hele tatt ikke noe samlet regelverk for innvandring fra tredjeland. Dette betydde i praksis at Norge som en del av EØS-samarbeidet ville kunne opprettholde adgangsbegrensninger i forhold til tredjelandsinnvandrere. Schengensamarbeidet, derimot, grep rett inn i spørsmålet om grensekontroll og la viktige premisser for mulighetene til kontroll, og faktisk håndtering av adgangsbegrensninger i forhold til tredjelandsborgere. Fra og med Amsterdamtraktatens ikrafttredelse ble Schengensamarbeidet en del av EU-samarbeidet, og Norge og Island sluttet seg til ved å opprette særavtale med EU i 1999, implementert fra og med mars 2001. Og fra og med 2001 sluttet Norge seg også til Dublin-samarbeidet.

Det europeiske kontrollregimet er definitivt styrket ved gjennomføringen av EUs Schengensamarbeid, samtidig som det paradoksalt nok har blitt vanskeligere å kontrollere innvandring for de respektive medlemslandene. Særlig gjelder det for land som stort sett mottar innvandrere gjennom andre Schengenland, ikke ved direkte innreise fra land utenfor Schengen.

3.2.5 Den norske konteksten

Mot slutten av 1980-tallet gikk norsk innvandringspolitikk inn i en mer intensiv fase. Norge ble, etter om lag 20 år med innvandring fra land i sør, oppfattet som et mer heterogent samfunn – av politikere og av offentligheten. Det norske samfunn og innvandrere hadde hatt en periode til å venne seg til nye forhold, og norske myndigheter hadde, lag på lag, gjort erfaringer når det gjaldt styrt integrasjon. Slutten av 1980-tallet markerer også et skifte med hensyn til opinion og det partipolitiske skisma i Norge. Forskerne Bernt Aardal og Henry Valen oppsummerte forholdene slik: "I 1985 diskuterte man om innvandrere skulle få offentlige tilskudd for å bevare sin kulturelle egenart. To år senere kom det til uttrykk en mer direkte uvilje mot innvandring, og den var tydeligvis koblet sammen med økonomiske og sosiale spørsmål."

Fra slutten av 1980 tallet begynte Norge langsomt å stå fram som et *flerkulturelt* samfunn, og nå i en annen betydning enn tidligere: samfunnet hadde fått et mye mer omfattende innslag av ulike folkeslag. Fra og med 1993 startet Statistisk sentralbyrå (SSB) en årlig kartlegging av nordmenns holdning til innvandring og innvandrere. Gjennom intervjuundersøkelser skulle folk ta stilling til fire forskjellige påstander: om antall flyktninger og asylsøkere som burde tas imot i Norge, om tilgangen på sosialhjelp sammenliknet med nordmenn, om tilgang på arbeid, og om kriminalitet. Etter en periode med lite endring fra 1993 til 1995 viste disse undersøkelsene en økt velvilje fra og med 1996. Andelen som ønsket å være liberale i forhold til flyktninger og asylsøkere, økte med hele 14 prosent fra 1995 til 1996, og lå siden på omtrent samme nivå. Dette har blitt forklart med at befolkningen trolig hadde blitt klar over at Norge førte en svært restriktiv flyktning- og asylpolitikk, samtidig som nedgangen i arbeidsledigheten og den bedrede samfunnsøkonomien ga større mentalt rom for sjenerøsitet. Holdninger til innvandrere og kriminalitet var ellers i utakt med den generelle, positive utviklingen fra midten av 1990-tallet. Det var i 1995 en markert dreining i negativ retning når det gjaldt folks antakelse om kriminalitet blant innvandrere.

Ved århundreskiftet viste SSBs undersøkelse et tvetydig bilde. På den ene siden mente stadig flere – i 1999 nesten halvparten av befolkningen – at "innvandrere er mer kriminelle enn nordmenn". Med unntak av kriminalitetsfeltet så det imidlertid

ut til at nordmenns holdninger til innvandrere og innvandring endret seg i positiv retning med de økonomiske oppgangstidene fra midten av 1990-tallet.

3.2.6 Likestillingspolitikkens begrensninger

Norsk innvandringspolitikk ble på 1990-tallet befestet rundt "grunnverdiene frihet, likhet og solidaritet".[1] Regjeringen slo fast at alle, uansett bakgrunn, skulle ha like muligheter, rettigheter og plikter til å delta i samfunnet og bruke sine ressurser. En nærliggende konsekvens av dette ble en erklært innsats mot rasisme og diskriminering. Reell likestilling forutsatte reell likebehandling. Diskriminering og trakassering hadde konsekvenser for integrasjon og deltakelse i samfunnet, og kunne hindre innvandrere i å ha like muligheter som resten av befolkningen til å leve et godt liv i Norge. Likebehandling når det gjaldt arbeid, bolig og utdanning, ble sett som en vesentlig forutsetning for utvikling av størst mulig selvhjulpenhet blant innvandrere, noe som var i hele samfunnets interesse. Økt innsats mot diskriminering og rasisme ble også en av kjernesakene i St.meld. nr. 17 (1996-97), *Om innvandring og det flerkulturelle Norge.*

Bakgrunnen for denne satsingen var ikke bare de mer synlige, aggressive utslagene av trakassering og sjikane i samfunnet. Vel så viktig var erkjennelsen av at likestillingspolitikken så langt hadde kommet til kort. Levekårsundersøkelser viste at arbeidsløsheten blant innvandrere var tre ganger så høy som blant nordmenn; at innvandrere hadde større risiko for å miste arbeidet; at de hadde lavere disponibel inntekt; at de var mer avhengige av sosialhjelp; at tre av ti befant seg under den EU-definerte grensen for lavinntekt; at én av fem hadde opplevd å bli utestengt på boligmarkedet; at en av sju hadde vært trakassert på arbeidsplassen; at en av fjorten hadde vært utsatt for vold eller trusler – og at andelen blant innvandrere som følte seg ensomme, var større enn blant nordmenn.[2]

Et nærliggende poeng når det gjelder utlendingers møter med det norske samfunn, er at det er vanskelig – på den ene eller andre måten – nesten uansett. Tilpasningen til et nytt samfunn er en smertefull prosess – nesten alltid. Like fullt er det stor variasjon i tilpasningsformer og -grader mellom ulike grupper og individer. Etnisk bakgrunn, kjønn, bosted og klasse er vesentlige kjennetegn når det gjelder denne variasjonen. Man er ulikt skodd i forhold til møtet med det norske. Og man møter forskjellige versjoner av Norge. Dels møter ulike personer ulike utsnitt av samfunnet, og dels var det et annet Norge innvandrere møtte på 1970-tallet da de første nye innvandrerne kom, enn det Norge nykommere møtte på 1990- og 2000-tallet.

3.2.7 Kulturmøter og menneskerettigheter

Noe av det som har endret seg fra 1970-tallet til i dag, er fokuset på *kultur* – først gjennom mulighetene til å ivareta såkalt "egen kultur", og etter hvert en understrekning av at tilpasningen skal være gjensidig. Det skal stilles strengere krav til innvandrere og deres barn, og man har blitt mer forsiktig med særtiltak for å lette tilpasningen. Vektleggingen av *kultur som problem* mot slutten av 1990-tallet reflekterer trolig erfaring i integrasjonsfeltet i tillegg til generelle politiske trender. En rekke dilemmaer knyttet til tilpasning av kulturer har blitt tydeligere med lengre fartstid. I tillegg har det skjedd en generell nedtoning av klasse og sosial ulikhet som forklaringsfaktorer i samfunnsdebatten, noe som har gitt kulturforklaringer friere spillerom. Samtidig har menneskerettigheter kommet sterkere inn i bildet, ikke minst gjennom internasjonal regelutvikling, og nasjonalt gjennom vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999. Den motsetningen som kan eksistere mellom individuelle menneskerettigheter og beskyttelse av "kultur" gjennom grupper, har dermed framstått tydeligere i den flerkulturelle virkeligheten.

Rettighetsutviklingen internasjonalt har åpnet for en dreining i maktfeltet: Individuelle aktører har fått styrket sin rettighetsposisjon på bekostning av de tradisjonelle nasjonalstater, og man har fått inn en transnasjonal dimensjon ved at individer i mindre grad er avhengig av nasjonale territorier for å få ivaretatt sine grunnleggende rettigheter. Dette har skapt en serie handlingsmuligheter for minoritetsgrupper og individer som det ikke var rom for i de tradisjonelle ideene om innvandreres uunngåelige integrasjon i nasjonen. Med andre ord, individenes rettigheter er ikke avhengig av at de aksepterer og anammer verdier og identiteter i mottakerlandet. Man kan, beskyttet av menneskerettigheter, finne bosted i et mottakerland uten å ha ambisjoner om å tilpasse seg kulturelt. Enkelte hevder det har skjedd en *frakopling* av rettigheter fra identitet i det som ofte kalles *diaspora*'en – nasjonale eller etniske nettverk og lojaliteter på tvers av statsgrenser. Dette styrkes av *minoritets*-rettigheter for eksempel knyttet til religionsfrihet. Rettighetsfloraen gir således beskyttelse til både

1. St.meld. nr. 17 (1996–97) s. 8.
2. Blom, Svein og Agnes Aall Ritland "Levekår blant ikke-vestlige innvandrere" i Vassenden (red.) Innvandrere i Norge. Hvem er de, hva gjør de og hovedan lever de? 1997.

individer og grupper uavhengig av statsborgerskap.

Samtidig fortsetter nasjonalstaten i praksis å danne rammen for individers virkefelt.

Selv om det transnasjonale eller postnasjonale perspektivet utfordrer tradisjonell tenkning, finnes det knapt alternative appellinstanser til nasjonalstaten i dagliglivet. Den multikulturelle forståelsen utfordrer forbindelsen mellom staten og nasjonen, men har et splittet forhold til nasjonalstaten: Staten er nødvendig for å ivareta rettigheter og fordele sosiale goder, samtidig som ideen om nasjonen som en felles basis for samhold og identitet er nedtonet eller forkastet.

3.2.8 Nytt innvandringsparadigme?

Ved begynnelsen av det 21. århundret berører migrasjon livet til flere mennesker enn noensinne tidligere i historien, og betyr mer økonomisk og politisk for flere land enn tidligere i moderne tid. I følge overslag fra FN bor nå omlag 180 millioner mennesker utenfor det landet de ble født i. Knapt noe land er uberørt av migrasjon eller følger av migrasjon i vår tid.

Internasjonalisering – eller globalisering om man vil – har gjort nasjonalstater mer åpne og sårbare for krefter utenfor eget territorium. I Europa har Den europeiske union bidratt til økonomisk integrasjon og forpliktet medlemslandene til felles opptreden på en rekke områder. Teknologiutviklingen, transportrevolusjonen og kommunikasjonsmangfoldet har endret betingelsene for internasjonal migrasjon, samtidig som det såkalte velferdsgapet mellom nord og sør knapt har blitt mindre.

I Norge har innvandring og minoritetsdannelse blitt en del av en pågående differensieringsprosess i samfunn, der velferdsstatens legitimitet må gjenskapes kanskje på et nytt og bredere fundament. Innvandring er på ingen måte den eneste utfordringen for velferdsstatens legitimitet. Snarere er det slik at en del av velferdsstatens problemer, stilt overfor internasjonalisering og privatisering, blir aksentuert og synliggjort gjennom innvandring. Sjenerøsitet overfor nye grupper har vært et sentralt tema i diskusjoner om innvandring – både i økonomisk og sosial forstand. Solidaritet og fordelingsvilje settes på prøve når nye grupper gjør krav gjeldende. I tråd med denne forståelsen er innvandring en økonomisk *byrde* for samfunnet. Hvis de som kommer ikke tas opp i produktivt arbeid, belastes velferdsbudsjettene. På slutten av 1990-tallet ble imidlertid dette perspektivet snudd på hodet: "Uten innvandring stopper velferdsstaten" var plutselig parolen. Arbeidsmarkedet satte dagsorden på en ny måte i forhold til velferdsstaten og norsk økonomi generelt. Knapphet på arbeidskraft fremsto som en bremsekloss på vekst og utvikling. Helsevesenet for eksempel, som i fremtiden skal ta seg av en aldrende befolkning, vil både være avhengig av personer som faktisk utfører omsorgsarbeid, og et tilstrekkelig antall skattebetalende personer til å finansiere systemet.

De to omvendte problemstillingene knytter seg til ulike grupper innvandrere; byrde-perspektivet til asylsøkere og flyktninger (før de kan klare seg på egenhånd), og ressursperspektivet til etterspurt arbeidskraft. Også i fortsettelsen vil Norge ta i mot begge grupper mennesker. Spørsmålet er om åpningen for arbeidsinnvandring også vil endre *forståelsen* av innvandring i majoritetsbefolkningen. Med andre ord om fremmedskepsis nedtones når brorparten av dem som kommer utvilsomt er ønsket ut fra økonomiske betraktninger. Uansett, dette er langsomt virkende prosesser som er påvirket av en hel serie faktorer. 30 år har gått siden den nye innvandringen startet, det man vanligvis regner som én generasjon. Historisk sett er det en kort periode. Studier fra typiske innvandringsland som for eksempel USA – men også fra Norge[3] - gir innsikt i at selv om det tidligere har eksistert både etnisk definerte klassemotsetninger, kulturkonflikter og angst for fremmede, så er disse spenningene blitt tonet ned og har oftest forsvunnet på lengre sikt. Det store spørsmål nå er hvorvidt historien vil gjenta seg, og hvor lang tid som i tilfellet er lang sikt.

3.3 Innvandring og integrering

3.3.1 Innvandringspolitikkens grunnstruktur

Innvandringspolitikken deles gjerne inn i to hovedsfærer – en ytre og en indre: I den ytre sfæren handler det om *adgang* - hvem som skal ha muligheten til innreise, og i den indre sfæren dreier det seg om *rettigheter* og eventuelt *integrasjon* – hvilke vilkår de som kommer bys. Politisk og juridisk behandles vanligvis disse sfærene hver for seg. Regulering av adgang til riket er nært knyttet til nasjonalstatens historisk befestede rett til territoriell kontroll. Sivile, sosiale og politiske rettigheter for utlendinger som etablerer seg i riket har vært nært knyttet til den generelle rettsstatsutvikling i landet over tid. I tillegg har moderne velferdsstater utviklet politikk for å fremme *integrasjon* –

3. Jf. Kjeldstadli, Knut (red.) Norsk innvandringshistorie (2003).

en reell innlemming av utlendinger i samfunnet ut over det rent rettighetsmessige.

Utviklingen i kjølvannet av den såkalte "nye innvandringen" (innvandring fra land utenfor OECD fra slutten av 1960-tallet og framover) har i stigende grad synliggjort et omfattende og komplisert samspill mellom de to innvandringspolitiske hovedsfærene. Det politiske feltet mellom det ytre og det indre har representert et landskap av uforutsette konsekvenser, som myndighetene i hele Vest-Europa har hatt problemer med å håndtere. Selv om ytre og indre sfære stadig i all hovedsak håndteres separat lovgivningsmessig, og selv om grenseflatene er vanskelig å regulere, kan det være behov for en bevisstgjøring om - og tydeliggjøring av - mekanismene som opererer mellom dem.

I St.meld. nr. 39 (1987-88) slo den daværende norske regjeringen fast:

> "Norge kan ikke løse verdens flyktning- og utvandringsproblemer ved å la alle som ønsker det få bosette seg her"

Denne retoriske selvfølgelighet reflekterer de mest sentrale forutsetninger for norsk innvandringspolitikk etter 1970-tallet: Norge er et attraktivt land i verden som mange mennesker ønsker å slå seg ned i, men Norge er et lite land, som ikke alene kan tette det globale velferdsgapet. Implisitt i utsagnet ligger forståelsen av at "norske løsninger" for innvandrere er så gode at hvis pågangen blir for stor, undermineres systemet og hele nasjonen blir skadelidende. Denne grunnleggende forståelsen har dannet grunnlaget for norsk innvandringspolitikk i nyere tid: Det eksisterer en sammenheng mellom antallet som kan få komme og de vilkår som tilbys. Og når man i Norge skal følge likebehandlingsprinsippet, det vil si langt på vei gi samme rettigheter til lovlig etablerte innvandrere som statsborgere, har en nødvendig konsekvens vært streng regulering av adgangen til riket, ut over gruppen utlendinger som søker beskyttelse (asylsøkere).

På begynnelsen av 1970-tallet fikk spørsmål om integrasjon av innvandrere stigende oppmerksomhet i Vest-Europa. De innvandrerne som ikke kunne oppmuntres til å reise tilbake til det opprinnelige hjemlandet, og som man kunne forvente ville forbli i mottakerlandet, måtte på en eller annen måte innlemmes i samfunnet. Da "innvandringsstopp" ble introdusert i mange av mottakerlandene tidlig på 1970-tallet, skjedde det i form av en slags "dobbeltstrategi": Myndighetene skulle gjennom stoppen hindre eller begrense ny innvandring, samtidig som tiltak skulle settes i verk for å bedre tilpasningen av de innvandrerne som hadde kommet for å bli. Denne "dobbeltstrategien" ble i første runde annonsert i Frankrike, men ble raskt toneangivende også for andre vest-europeiske land. Begrunnelsen for "dobbeltstrategien" var den antatte årsakssammenhengen mellom ekstern kontroll og vilkår for integrasjon: En vellykket integrasjonspolitikk ble sagt å være avhengig av en streng innreisekontroll. Motsatt ble fri innvandring ansett som en trussel mot fredelig sameksistens mellom ulike nasjonalitetsgrupper. "Dobbeltstrategien" reflekterer både *realpolitikk* og *retorikk*. Fri innvandring *kan*, under visse forhold, utgjøre en trussel for samfunnet ved at statlig regulering av arbeids- og boligmarkedet kan bli underminert og samfunnsmessig planlegging generelt bli vanskeliggjort. Fri innvandring kan også på lengre sikt endre forutsetningene for den type velferdsstater som har blitt bygd opp i Vest-Europa etter andre verdenskrig: Mer permanent segregering i befolkningen langs etniske linjer kan true fremtidig sosial og politisk stabilitet i samfunnet.

Det retoriske elementet ved strategien refererer til det "moralske kompromiss" som ligger innbakt i den: Intensjonserklæringer om å stimulere integrasjon av etablerte innvandrere kan fungere som en legitimering av en strengere innvandringspolitikk. Etter hvert har mange flere og mer komplekse sammenhenger blitt tydelig – i kjølvannet av endrete migrasjonsmønstre, og ikke minst som resultat av europeisk integrasjon.

Økonomiske og sosiale rettigheter tilhører grunnpilarene i moderne velferdsstater, og har en viktig funksjon for at rettsstatsidealene skal kunne virkeliggjøres – for alle medlemmer i denne typen stater. Samtidig øker velferdsstatens behov for å kontrollere sine geografiske grenser i takt med at nykommere utenfra tilkjennes flere rettigheter. Heri ligger det grunnleggende spenningsforholdet mellom adgangskontroll og levevilkår for innvandrere i velferdsstater. I tillegg spiller to andre – og relativt selvstendig virkende - forhold inn, og legger premisser for politikkutvikling: For det første, *arbeidsmarkedet* og for det andre *holdningsdannelse* i befolkningen når det gjelder innvandring og flerkulturelle samfunn. Moderne rettsstater er forpliktet gjennom internasjonale avtaler til å likebehandle lovlig etablerte innvandrere med hensyn til mange sivile og sosiale rettigheter.

Ut over dette har mange velferdsstater utarbeidet en *integrasjons*politikk, som refererer til tiltak rettet mot lovlig etablerte innvandrere, for å støtte opp under en innlemmingsprosess i samfunnet, og for å bidra til å bedre forutsetningene for å kunne

realisere rettigheter. Politikken dekker gjerne en hel rekke områder som påvirker innvandreres situasjon i et mottakerland, som arbeidsmarked, boligforhold, sosialomsorg og velferd generelt, utdanning, språkopplæring, støtte til organisasjonsarbeid osv.

Vanligvis rettes denne politikken mot innvandrere med varig opphold. I norsk sammenheng har imidlertid også flyktninger med *midlertidig opphold* blitt gjenstand for integrasjonstiltak i nyere tid: De bosniske krigsflyktningene fikk midlertidig beskyttelse på kollektivt grunnlag, men ble samtidig prøvekluter for en flyktningpolitisk nyskapning, nemlig *integrasjon i et tilbakevendingsperspektiv.*[4] Bestrebelser på innlemming av nykommere i økonomien har blitt en konsekvens av velferdsstatsmodellen. Gode velferdsstater tåler ikke vesentlige innslag av mennesker eller grupper som faller utenfor og forstyrrer det regulerte arbeidslivet og belaster sosialbudsjettene. De forskjellige vest-europeiske velferdsstatene gjør alle med litt varierende virkemidler, forsøk på å innlemme innvandrere i arbeidslivet og i samfunnet. Etter 1975 har norske myndigheter i prinsippet bare *ønsket* spesielt etterspurt arbeidskraft, men også andre grupper har kommet, gjennom for eksempel familiegjenforening eller som asylsøkere. Og når nye innvandrere først oppholder seg lovlig i riket, bør de integreres til beste for seg selv og samfunnet, i tråd med velferdsstatsmodellen. Følgelig ligger det viktige samfunnsmessige betraktninger bak landets integrasjonspolitikk overfor nye medlemmer, i tillegg til humanistiske prinsipper og internasjonale forpliktelser til å ta imot flyktninger. På den annen side kan den integrasjonspolitikken et land føre,r både direkte og indirekte ha betydning for antallet og typen innvandrere som kommer. Det ligger en dobbelthet eller et dilemma i statenes rettighetstildeling og velferdstiltak overfor nykommere: Godene representerer en ønskelig og nødvendig del av prinsippene i moderne velferdsstater, dessuten er de i mange sammenhenger en forutsetning for at integrasjonspolitikken skal lykkes. Samtidig kan sjenerøse integrasjonsbetingelser utgjøre en *pull*-faktor for potensielle innvandrere: Å gjøre integrasjon vanskelig er kontraproduktivt for politisk stabilitet og innvandreres funksjonsdyktighet i samfunnet på lang sikt, samtidig som det kan fremstå som nødvendig på kort sikt for å unngå den såkalte magnet-effekten. Relative forhold – ulikheter i betingelser land i mellom - har her i stigende grad fått betydning. Innenfor en region som EU, der det generelt råder en restriktiv innvandringspolitikk, vil tildels marginale forskjeller i rettigheter/goder kunne få store utslag i forhold til tilstrømning.

Denne dobbeltheten – det antatte eller reelle samspillet mellom kontroll og rettigheter - har de senere årene i sterk grad preget politikkutviklingen i hele Vest-Europa på innvandringsfeltet.

Familieinnvandringspolitikken er det mest opplagte eksemplet på dette samspillet, og på myndighetenes problemer med å navigere både etter realpolitiske og humanitære prinsipper samtidig: Etablerte innvandrere kan vanskelig forventes å bli tilpasset det norske samfunnet hvis deres nære familie ikke tillates opphold. Det allmennmenneskelige behovet for å kunne leve med sine nærmeste rundt seg er også ivaretatt gjennom internasjonale konvensjoner. Det er således både realpolitiske, juridiske og humanitære grunner til å tillate familieinnvandring. Samtidig mener vest-europeiske myndigheter at ordningen i stigende grad utnyttes og uthules, og konstaterer at familieinnvandring har blitt en av de viktigste migrasjonsportene til Vest-Europa. Siden regelverket kan formuleres på ulike måter, og det finnes mange grader av sjenerøsitet, har familieinnvandring blitt politisert, og blitt gjenstand for sammenlikning landene i mellom. Mye tyder på at liberalitet når det gjelder familieinnvandring er en viktig tiltrekningskraft innen internasjonal migrasjon. EU har etablert et felles regelverk med minste standarder. Men inntil EU lykkes i å harmonisere familieinnvandringspolitikken i praksis, vil høyst sannsynlig utviklingen innen EU tilsi en fortsatt *race to the bottom*-dynamikk: En selvforsterkende prosess der ulike stater tilsynelatende underbyr hverandre for ikke å fremstå som mer liberale enn andre.

Visumpolitikken har liknende trekk: Man kan se mulighet til å få besøk av nære familiemedlemmer eller venner som et viktig mål på livskvalitet og derav tilpasningsevne, selv om sammenhengen trolig vil være svakere enn i familieinnvandringsforhold. Samtidig vurderes "avhoppingspotensialet" som høyt i mange tilfeller, noe som har ført til en restriktiv praksis. På dette området har dessuten EU, gjennom Schengensamarbeidet, allerede etablert en felles politikk, noe som begrenser det nasjonale spillerommet for skjønn. Den omfattende innvandringen til EU-området fra land som plasseres i "risiko-gruppen" for avhopp,

4. Denne tvetydige politikken ble ikke ført frem til sin logiske konsekvens - retur, frivillig eller med tvang, ved gjenopprettting av fredelige forhold. 7.november 1996 fikk de bosniske krigsflyktningene, med midlertid beskyttelse på kollektivt grunnlag, bosettingstillatelse, ca. ett år før fire-års-fristen ville ha utløpt for store deler av gruppen. Den kosovo-albanske gruppen som kom senere, har mer reelt blitt gjenstand for denne politikken, selv om gjennomføringen også i dette tilfellet har vært begrenset.

gjør situasjonen problematisk: Det er et tankekors at innskrenkningen i muligheter til kontakt gjennom besøk etter hvert gjelder betydelige deler av befolkningen. Innvandringspotensialet øker samtidig proporsjonalt med økt innvandring i tråd med samme logikken.

Et tredje eksempel, som så langt ikke har vært (direkte) relevant i Norge, er tildeling av *amnestier* for personer uten lovlig opphold. I Sør-Europa derimot (særlig i Italia og Spania), har det vært gjennomført en serie, tildels omfattende *regulariseringer*, som de også kalles. Flere ganger har tiltaket omfattet flere hundre tusen personer. Amnestiene tar litt ulike former, men oftest inviteres personer som kan dokumentere et arbeidsforhold, og som har oppholdt seg ulovlig i riket innenfor et anslått tidsrom, til å registrere seg, og derav få legalisert oppholdet og arbeidsforholdet. Varigheten av oppholdstillatelsen kan variere. Regulariseringene, som på mange måter er en offentlig fallitterklæring, både i forhold til grensekontrollen og i forhold til arbeidsmarkedet, har sitt eget rasjonale: Arbeidsmarkedet i de sør-europeiske landene har store innslag av uregistrert arbeid, der ulovlige innvandrere etter hvert utgjør en betydelig andel av arbeidskraften. Omfattende virksomhet unndrar seg beskatning, og arbeidere står uten rettigheter og beskyttelse av noe slag. For at ikke det ulovlige markedet skal ta overhånd, forsøker myndighetene å "lovliggjøre" svart arbeid – for å få oversikt, for å få arbeidsforholdene inn i ordnede former, og for å bedre forutsetningene for integrasjon av innvandrerne. Samtidig innebærer de gjentatte amnestiene en utvetydig melding til potensielle nye innvandrere fra sør: De som klarer å komme seg inn, har gode sjanser til å få bli. Amnestiene har vært *nasjonal* politikk i de landene det gjelder. EU-integrasjonen gjør imidlertid at amnestiene indirekte har relevans også for andre medlemsland, i den grad innvandringsmengden øker til EU som region.

Integrasjonspolitikken mer generelt kan også ha en liknende dobbelthet som beskrevet i de andre eksemplene: Graden av liberalitet når det gjelder naturalisering, tilrettelegging og toleranse for kulturelt/etniskt mangfold vil innvirke på hvordan individer eller grupper av utlendinger blir mottatt i innvandringslandet, og dermed også på hvilke muligheter de har til å tilpasse seg nye omgivelser. Disse faktorene vil med andre ord utgjøre viktige premisser for innvandreres tilpasning til mottakersamfunnene og *vice versa*: Vil innvandrere utgjøre etniske nærmiljøer innenfor et flerkulturelt samfunn; vil mottakersamfunnet innlemme dem på måter som gjør at etniske/kulturelle særtrekk forsvinner over tid; eller vil de utgjøre relativt varige etniske minoriteter mer eller mindre marginalisert og eller diskriminert i storsamfunnet? Resultatet av disse ulike politiske sporene, kombinert med befolkningens "fortolkning" av dem, vil igjen spille tilbake på myndighetenes formulering av den eksterne kontrollpolitikken, og vil også kunne påvirke innvandringspotensialet.

I andre innvandringsland har man også anlagt et motsatt perspektiv, og vurderer "integrasjonspotensialet" når man eventuelt gir personer varig opphold. I Canada, Australia og New Zealand satser man på et poengsystem, der utdannelse, språkkunnskaper m.m. vektlegges ut fra et mål på *utsikter til integrasjon*. Man kan også få poeng for andre forhold, særlig familietilknytning. Poengene skal måle "sannsynlig økonomisk suksess". Liknende forhold har man i USA, og her spiller arbeidsgiver en vesentlig rolle i vurderingen: Når en person er rekruttert til en jobb, er det arbeidsgiver som eventuelt anbefaler at vedkommende får permanent oppholdstillatelse ut fra en antakelse om at det er denne som best vet om personen finner seg til rette og er produktiv. Vurderinger av *integrasjonspotensial* har så langt vært praktisert i Norge bare i forhold til overføringsflyktninger, og da på en annen måte enn i de nevnte innvandringslandene. De som tar ut overføringsflyktninger blir anmodet om å velge personer som det ikke vil være alt for vanskelig å tilpasse en norsk kontekst. Men integrasjonspotensial *kan* også komme til å spille inn i diskusjoner om en eventuelt ny og mer liberalisert arbeidsinnvandringspolitikk.

3.3.2 Kontroll, integrasjon og arbeidsmarked

Arbeidsmarkedet er en av de mest sentrale mekanismene som påvirker både innreisekontroll og integrasjon av innvandrere i samfunnet. Effektiviteten i innvandringskontrollen er i høy grad et spørsmål om evne til å kontrollere det strategiske arbeidsmarkedet, med andre ord evne til å forhindre arbeidsgivere fra å bruke uregistrert arbeidskraft fra utlandet, og betingelser i arbeidslivet generelt for å opprettholde høye standarder og gode arbeidsforhold. Arbeidsmarkedet spiller en nøkkelrolle i forhold til særlig illegal innvandring. En ureglementert arbeider tilsier oftest en ureglementert arbeidsgiver. Størrelsen på tilstrømningen av illegale innvandrere avhenger i høy grad av betingelsene for å bruke ulovlig arbeidskraft. Så lenge det finnes etterspørsel etter såkalt billig arbeidskraft, vil motoren i systemet bli holdt i gang. En viktig lærdom fra innvandreramnestiene

i Sør-Europa er at man ikke kan få kontroll med den irregulære innvandringen uten å angripe strukturelle aspekter ved arbeidsmarkedet. I tillegg til innreisekontroll og internasjonalt politisamarbeid, er bøtelegging av arbeidsgivere og eventuelle mellomledd deler av en politikk for å få bukt med illegal innvandring.

Økningen i illegal innvandring har vært en av de uforutsette konsekvensene av innvandringsstoppen på 1970-tallet. Jo vanskeligere det er å reise inn i Vest-Europa *legalt*, jo flere forsøker seg illegalt. Og tilsvarende; jo større risiko forbundet med illegal innvandring, desto større blir profittene for dem som fungerer som mellomledd. Irregulær innvandring fører vanligvis til usikkerhet og uro på arbeidsmarkedet, som igjen kan innebære større problemer for de lovlig etablerte innvandrerne med å skaffe registrert arbeid, og bli anerkjent som lovlige borgere. Bildet av at innvandrere "oftest har kommet på ulovlig vis" kan også ramme dem. Selv om de vest-europeiske landene har hatt en restriktiv arbeidsmigrasjonspolitikk siden 1970-tallet, har *de facto* etterspørsel etter lavkvalifisert arbeidskraft fungert som en *pull*-faktor overfor innvandrere. Veksten i asylstrømmene kan også flere steder ses i sammenheng med etterspørselen etter lavt kvalifisert arbeidskraft og informasjonsstrømmer om denne. De bulgarske asylsøkerne som kom til Norge sommeren 2001, var for eksempel åpne om at utsikter til arbeid var viktigste motivasjon for utreisen. Sammenblanding av asylsøkere og annen migrasjon har ført til store problemer for asylinstituttets troverdighet. Europeiske lands befolkninger oppfatter fenomenet dithen at asylsøkere som får innvilget opphold, ikke trenger beskyttelse, men snarere er ute etter arbeid og et bedre liv for seg og sine. Dette er en av samtidens store utfordringer, som også har inspirert EU-kommisjonen til å legge frem forslag om regulert inntak til EU-landene av arbeidskraft på den ene side og asylsøkere på den annen.

Arbeidsmarkedet har også en sentral stilling når det gjelder integrasjon av innvandrere. Innlemming av nye samfunnsmedlemmer i det regulære arbeidsmarkedet avlaster offentlige budsjetter og kan skape økonomisk vekst. Både for innvandrere og andre borgere kan arbeidsmarkedet fungere som et springbrett også for *sosial* integrasjon i samfunnet. Motsatt vil arbeidsløshet lett føre til marginalisering også på andre områder. Dette er velkjente mekanismer for befolkningen generelt, men effekten er trolig enda større for innvandrere som ofte har utviklet færre alternative ståsteder i samfunnet.

Spørsmålet om integrasjon i forbindelse med *illegale* innvandrere har en formell og en substansiell side. Mangelen på rettigheter i form av ulike typer sosialstøtte, servicetilbud og andre velferdsgoder i samfunnet, representerer begrensninger på disse innvandrernes integrasjon i mottakerlandet. På den andre siden kan irregulære innvandrere *de facto* være relativt godt integrert i sin egen nisje i samfunnet, gjennom arbeid og bomiljø - ofte bedre enn flyktninger og asylsøkere, som ofte oppholder seg i mottakssentre i lengre tid uten å arbeide. Det er således et komplisert samspill mellom innreisekontroll, arbeidsmarkedets struktur, etterspørselen etter utenlandsk arbeidskraft, potensielle rettigheter og muligheter til integrasjon. I den nasjonale konteksten vil strukturen på arbeidsmarkedet i form av type etterspørsel, omfang av arbeidsløshet og størrelse på det illegale markedet, innvirke på innvandringens omfang og komposisjon, og motsatt vil den faktiske innvandringen påvirke arbeidsmarkedet. Følgelig vil innreisekontroll og intern kontroll både direkte og indirekte påvirke arbeidsmarkedet, samtidig som arbeidsmarkedets struktur utgjør en viktig betingelse for effektiv kontroll. Restriksjoner i lovlig adgang har på den andre siden, i konsekvens, ført til illegal innvandring. I tillegg medfører en restriktiv politikk ofte at personer som ellers ville ha reist hjem, velger å bli, dvs. man kan få et integrasjonsproblem som en indirekte konsekvens av restriktiv kontrollpolitikk. Og over det hele troner spørsmålet om holdningsdannelse: Befolkningens fortolkning av situasjonen og regelverket, den politiske oppslutning om de tiltak som iverksettes, samt befolkningens faktiske åpenhet og toleranse overfor nykommere som ønsker å integreres.

3.3.3 Holdningsdannelse

En velfungerende rettsstat forutsetter en høy grad av legitimitet. Det ble aldri vedtatt at Norge skulle bli et innvandringsland, men da den nye innvandringen hadde begynt, var de politiske partiene langt på vei samstemte i at regulering var nødvendig. Det har i stor grad vært politisk konsensus i Stortinget om en "begrenset og kontrollert" innvandring siden 1970-tallet. Samtidig har innvandringspolitikkens utforming, og særlig temaene i krysningen mellom kontroll og integrasjon, i stigende grad blitt kontroversielle i befolkningen.

Man kan skille ut to (delvis) motstridende hypoteser som i ulike former ligger under diskusjonen om sammenhengen mellom grensekontroll og folks holdninger til innvandrere: Dels antas det at grensekontroll er en nødvendig (men ikke tilstrekkelig) forutsetning for at innvandrere skal kunne integreres i samfunnet. Faktisk kontroll, og

ikke minst befolkningens *tiltro* til at myndighetene har kontroll, skal i følge denne hypotesen bidra til et åpent og tolerant klima overfor innvandrere. Filosofen Michael Walzer hevder at samfunn har en tendens til å lukke seg hvis statsgrensene er åpne, eller omvendt at lokalsamfunn bare kan være åpne hvis man i det minst potensielt kan stenge statsgrensene. Eller som den amerikanske dikteren Robert Frost uttrykker det *"..Good fences make good neighbours..."*. Dette er en hypotese som de fleste regjeringer i Vest-Europa har støttet seg på siden 1970-tallet.

Motsatt kan man hevde at en sterkt restriktiv innvandringskontroll bidrar til å stigmatisere "fremmede" som noe uønsket, og dermed vanskeliggjøre integrasjon. Den tunge konsentrasjonen om kontroll siden 1970-tallet, med den etterfølgende vekst i asylsøkertallet og den illegale migrasjonen har gjort det vanskelig å unngå et sterkere stigma for innvandrere i de europeiske samfunnene. Etter at "stoppen" ble introdusert, var "synlige" innvandrere knapt ment å skulle komme i det hele tatt, med unntak av tradisjonelle FN-flyktninger, og enkelte familiemedlemmer av allerede etablerte innvandrere. Innvandrer ble synonymt med "uønsket", et faktum som igjen kan ha påvirket de allerede legitimt etablerte innvandrerne. Befolkningen kan ha blitt forvirret med hensyn til hvem som er hvem.

Begge hypoteser befinner seg på et høyt abstraksjonsnivå, og er følgelig vanskelig å håndtere i en konkret sammenheng. Begge kan være riktige på delområder og i forhold til ulike deler av befolkningen på samme tid, avhengig av personlige biografier og hvor ulike individer plasserer seg i det sosio-økonomiske landskapet.

Også når det gjelder *integrasjon*, kan opinionen spille en motsetningsfylt rolle. Det kan utvikles intoleranse og xenofobi i opinionen *både* når velferdsvilkår er så (relativt) sjenerøse at de fungerer som en *pull*-faktor, men også hvis forskjellsbehandling og utestengning skaper store marginale grupper i samfunnet.

3.3.4 Ulike kategorier – ulike motiveringer og hensyn

Innvandringspolitikkens grunnstruktur fungerer også forskjellig for ulike kategorier blant innvandrerne. For *arbeidsmigranter*, både lovlige og ulovlige, vil forhold på arbeidsmarkedet være de viktigste hensyn, men for legale innvandrere vil også rettighetspolitikken være av betydning, samt eventuelt utsiktene til å bli innlemmet i samfunnet. I perioder der myndighetene i mottakerland ønsker å rekruttere utenlandsk arbeidskraft, vil rettighetspolitikken kunne støtte opp under bestrebelser på å fremstå som attraktive på det internasjonale arbeidsmarkedet. Lovlige arbeidsmigranter, som utgjorde flertallet av innvandrerne til Vest-Europa inntil begynnelsen av 1970-tallet, representerer i dag en sammensatt gruppe. Etter "innvandringsstoppen" skulle denne gruppen intensjonelt bare bestå av arbeidskraft som var direkte etterspurt i arbeidsmarkedet, ofte ensbetydende med kvalifisert arbeidskraft fra andre OECD-land. Denne gruppen har i liten grad vært i fokus når det gjelder tiltak for å lette integrasjon. Dels har denne gruppens integrasjon blitt ansett som uproblematisk, dels har oppholdet ofte vært av reell midlertidig karakter. Da integrasjonspolitikken ble introdusert, var den i første rekke rettet mot arbeidsmigranter fra *ikke*-OECD-land; "gjestearbeidere" som viste seg å ha kommet for å bli. Dette er også en sammensatt kategori, men i det store og hele er tidligere arbeidsinnvandrere varig etablert i Vest-Europa, og mange steder har også et stort antall blitt naturalisert.

Siden 1980-tallet har flere EU-land gått inn på bilaterale arbeidskraft-avtaler med land i Vest-Europas omland, for å bøte på manglende fleksibilitet i kjølvannet av den generelle "innvandringsstoppen". Grensependlere, sesongarbeidskraft og såkalte kontraktarbeidere har kommet inn og forstyrrer det bildet EU-landene har prøvd å skape av en region som ikke lenger ønsket utenlandsk arbeidskraft fra land utenfor den vestlige sfære. Åpningen for de nye kategoriene arbeidere var imidlertid et direkte resultat av erfaringene fra arbeidsinnvandringen i tidligere faser. Myndighetene har ønsket arbeidskraft, men ikke innvandring. Kontraktene har vært midlertidige, uten rettigheter knyttet til bosetting. Følgelig har disse gruppene ikke blitt berørt av integrasjonspolitiske tiltak. Ordningene ble tvert i mot konstruert for å unngå innlemming av nye grupper innvandrere. Siden slutten av 1990-tallet har også de fleste vesteuropeiske land liberalisert arbeidsinnvandringspolitikken ytterligere for å tiltrekke seg særlig høyt kvalifisert arbeidskraft, også fra land utenfor OECD. Det har vært varierende i hvilken grad dette betraktes som *varig* innvandring og i hvilken grad man åpner for likebehandling med statsborgere på rettighetssiden. Gjennom EU-utvidelsen østover revurderes mye av denne politikken, ved at tidligere "tredjeland" blir medlemmer av unionen, noe som for øvrig vil være av betydning for hele EØS-området og, etter utløpet av overgangsordninger, gi lik tilgang på andre medlemslands og EØS-landenes markeder.

For *illegale* innvandrere vil forhold på det uregulerte arbeidsmarkedet være viktigst: lønns- og arbeidsforhold, graden av risiko for kontroller og utsendelse, muligheter til å kunne operere noenlunde fritt, samt basale rettigheter i forhold til medisinsk assistanse hvis noe skulle gå galt. Mulighetene for amnesti vil også kunne være av betydning i de landene der det er aktuelt. I utgangspunktet har personer uten oppholdstillatelse ingen rettigheter i de vest-europeiske velferdsstatene. I virkeligheten er imidlertid dette bildet mer nyansert. Det foregår flere steder i Europa en diskusjon om hvilke grunnleggende menneskerettigheter som eventuelt bør gjelde også personer som ikke har lovlig opphold. Hvilke rettigheter skal for eksempel illegale innvandrere ha hvis de trenger legebehandling; skal de hjelpes i andre typer nødsituasjoner; skal barna deres gis skolegang osv. Praksisen på disse områdene varierer i Vest-Europa. Flere steder har myndighetenefor eksempel ikke koplet barns registrering i skolevesenet med foreldrenes oppholdstillatelse. Helsepersonell er også ofte unntatt fra rapporteringsplikt om uregistrerte innvandrere. Illegale innvandrere representerer en stor og tilsynelatende voksende gruppe, i det minste i enkelte EU-land.

For *asylsøkere* vil rettigheter og velferdsgoder ha en helt sentral betydning. Asylsøkere og flyktninger vil oftest være avhengig av støtte i en overgangsperiode. Velferdsmessige vilkår i mottakerland kan derfor være viktig for asylsøkeres valg av asylland. Samtidig kan arbeidsmarkedet – muligheter til å bli selvhjulpen på lenge sikt – være en faktor som påvirker hvor personer med beskyttelsesbehov prøver ut sin søknad. Gunstige forhold på arbeidsmarkedet kan i noen tilfeller *kompensere* for dårlige vilkår på velferdssiden, slik tilfellet har vært i for eksempel USA. Ellers er det en tendens til at land med gode vilkår mottar forholdsmessig langt flere asylsøknader enn land med svakere utbygd rettighets- og velferdspolitikk. I Europa ser man en klar nord-sør-akse i denne sammenheng.

Etter at asylsøkere begynte å bli en vesentlig og økende del av de internasjonale migrasjonsstrømmene, har regjeringene i de ulike mottakerlandene strammet gradvis inn på velferdstiltakene som tilbys dem som får oppholdstillatelse. Enkelte land gir ikke arbeidstillatelse mens søknadene behandles, de økonomiske tilskuddene har blitt redusert og leveres i økende grad i naturalier, standarden i mottakene har mange steder blitt enklere og internering har blitt tatt i bruk som virkemiddel. Hensikten med disse innstramningene er åpenbart å gjøre det mindre attraktivt å prøve seg som asylsøker i Vest-Europa.

I Norge har man også begynt å stramme inn på rettighetssiden, samtidig som det skal gjøres et krafttak når det gjelder integrasjon av de som faktisk får bli, noe blant annet "Lov om introduksjonsordning for nyankomne innvandrere" reflekterer. Også familiegjenforente av nyankomne flyktninger skal være gjenstand for denne integrasjonspolitikken, noe som må sies å utgjøre en vesentlig bedring av vilkårene til denne gruppen.

3.3.5 Samspill på flere nivå

I innvandringspolitikken er EU-landene presset fra to kanter. På den ene siden av det *nasjonale* kontrollkomplekset der adgangsregulering, integrasjonsbestrebelser, arbeidsmarkedsforhold og opinion spiller sammen og legger premissene for hva slags politikk det er mulig å føre; og på den andre siden gjennom de internasjonale føringene med press mot sterkere integrasjon og overnasjonal styring. Den kompliserte dynamikken mellom integrasjon og kontroll, som her er skissert i stilisert form, setter rammer for nasjonalstatenes planlegging og politikkutvikling. Samtidig er statene konfrontert med krefter utenfor denne dynamikken. Den internasjonale konteksten representerer de ytre rammene for politisk handling. Nasjonalstatene er i stigende grad bundet av disse ytre rammene. På den andre siden vil de respektive nasjonalstatenes handlinger få konsekvenser for andre staters manøvreringsmuligheter, og for en eventuell felles inter/overnasjonal politisk utvikling. EU innebærer at markedskreftene i større grad enn før skal bestemme migrasjonsstrømmene på kryss og tvers av EU regionen: EU har besluttet at nasjonalstaten ikke lenger kan styre bestemte typer arbeidskraftsmobilitet innen unionen. Dette er et radikalt brudd med den tenkning og praksis som har dominert migrasjonsfeltet i nyere tid: statlig suverenitet i forhold til territorium og befolkning.

Foreløpig har EU i større grad lyktes i å vedta harmonisering av innvandringspolitikken på kontrollsiden enn på integrasjons-, og velferdssiden. Et felles og helhetlig europeisk asylsystem som også omhandler kvalifikasjonsbestemmelser, prosedyreregler og regler for opphold under søknadsprosessen, er imidlertid under sluttbehandling i unionen (se kapittel 4). På grunn av samspillet og dynamikken mellom disse to sfærene vil samordning og harmonisering på integrasjonssiden presse seg fram. Foreløpig er det etablert reguleringer og reguleringsforslag i form av minstestandarder som blant annet vil hindre videreutvikling av underbudspolitikken når det gjelder vilkår og rettigheter. Uansett, hele kontroll- og rettighetskomplekset vil

danne hovedaksen i den innvandringspolitiske utviklingen i årene som kommer – både på nasjonalt og overnasjonalt plan.

3.4 Innvandringen til Norge og Europa

3.4.1 Innvandring i perspektiv

De siste 25 årene har verdenshandelen økt mer enn dobbelt så raskt som bruttonasjonalproduktet på verdensbasis. Kapitalmarkedet internasjonaliseres i enda større grad enn vare- og tjenestemarkedet. Globaliseringen har også andre uttrykksformer. Informasjons- og kommunikasjonsteknologi har skapt en åpnere verden i den forstand at vi får nye globale referanser som målestokk for kultur, livsstil, levestandard og lønn.

Statistikk om arbeidsmigrasjon på verdensbasis er dårlig utbygd, men ILO har estimert at antallet arbeidsinnvandrere og deres familier utgjør omtrent 120 millioner mennesker verden over. Videre antar man at antallet personer som lever utenfor hjemlandet ble fordoblet fra 1972 til 2000, fra om lag 75 millioner til omtrent 150 millioner.[5]

Det er grunner til å tro at denne trenden vil fortsette. Mange utviklingsland opplever store og økende økonomiske og sosiale problemer som blant annet gir seg utslag i massiv arbeidsledighet og fattigdom. Samtidig er det økende etterspørsel etter utenlandsk arbeidskraft i den industrialiserte verden samt i en del andre land i Afrika, Asia, Latin-Amerika og Midt-Østen. I den industrialiserte verden har myndighetene i første rekke innrettet politikken på å tiltrekke seg høyt utdannet arbeidskraft, men i mange land er det helt klart også stor etterspørsel etter ufaglærte og en stor de facto arbeidsinnvandring av ufaglærte, blant annet i form av illegal immigrasjon.[6]

3.4.2 Brutto- og nettostrømmer til og fra Europa og Norge

Når vi snakker om innvandring som en aggregert størrelse, og ikke en enkelt handling, brukes uttrykk som bruttoinnvandring og nettoinnvandring. Bruttoinnvandring er en betegnelse på det samlede antall mennesker som har innvandret til et land. Flyttestrømmen vil imidlertid ikke bare gå en vei. Høy bruttoinnvandring alene gir for eksempel ikke nok informasjon til å se effektene av flyttingene på folketilveksten. Innvandrere eller landets egne borgere kan utvandre, og det vil redusere effekten av innvandring på folketilveksten. For å fange opp dette opererer forskerne gjerne med begrepet nettoinnvandring som en betegnelse på differansen mellom innvandring og utvandring.

Lav nettoinnvandring kan godt være forenlig med høy brutto innvandring, hvis flyttestrømmen er stor også den andre veien. Rundt 1900 var det stor utvandring fra Norge og landet hadde dermed en negativ nettoinnvandring. Men samtidig var det en stor innvandring av hjemvendte norskamerikanere og av svensker.[7] Brutto- og nettotallene sier ikke noe om utskiftingen av befolkningen eller vridning av befolkningsstrukturen. Hvis de som innvandrer er vesentlig forskjellig fra dem som utvandrer når det gjelder nasjonalitet, utdanningsnivå, alder m.v., kan dette lede til en vesentlig endring av befolkningens sammensetning.

3.4.2.1 Europa

Europa var tidligere et utvandringskontinent. Utvandring til Amerika og Oseania i det 19. og på begynnelsen av det 20. århundre hadde vidtrekkende befolkningsmessige konsekvenser i mange europeiske land.

Mens det 19. århundre først og fremst var preget av utvandring til andre kontinenter, var det 20. århundret også kjennetegnet av omfattende folkevandringer mellom de europeiske landene. Mye av årsakene til disse vandringen lå i kriger og konflikter. Det er beregnet at omtrent 7,7 millioner personer flyttet i kjølvannet av den 1. verdenskrig. Også den 2. verdenskrig førte til store folkeforflytninger. Omfanget av disse forflytningene er ikke klart, men som eksempel på størrelsesordenen kan det nevnes at mellom 1946 og 1949 ble tre millioner tyskere flyttet fra tidligere tyske deler av Polen til Tyskland. Også flere andre folkegrupper opplevde store forflyttninger som følge av krigen, blant annet tsjekkere, ungarere, hviterussere og ukrainere. Også avkoloniseringen etter krigen førte til migrasjon ved at kolonimaktenes borgere flyttet tilbake til hjemlandet. Det mest dramatiske eksemplet er de over en million franskmenn som flyttet fra Algerie til Frankrike etter 1962.[8]

På 1950- og 60-tallet reiste mange fra Italia, Spania, Portugal og Hellas for å finne arbeid i andre

5. Peter Stalker (2000) Workers without Frontiers. The Impact of Globalization on International Migration, Lynne Rienner. s. 1.
6. Taran, Patrick A. & Eduardo Geronomi, Globalization, Labour and Migration. Protection is Paramount. ILO. Perspectives om Labour Migration. 2002.
7. Vassenden, Kåre (2001) Hvor stor er innvandringen til Norge. SSB Samfunnspeilet nr.2 2001.
8. Council of Europe (2002) The Demographic Characteristics of Immigrant Populations

europeiske land. Mange nord-europeiske land har betydelige antall innvandrere med bakgrunn fra disse landene. I de senere tiårene har volumet på migrasjon internt i EU/EØS-området vært betydelig lavere, til tross for fremveksten av et felles arbeidsmarked og til tross for at EU har iverksatt ulike tiltak for å oppmuntre til mobilitet mellom medlemslandene.

Berlinmurens fall og krisen i Jugoslavia bidro til en betydelig økning i netto innvandring til Vest-Europa på slutten av 80-tallet og begynnelsen av 90-tallet.[9] Konflikter i Midt-Østen, Lilleasia og Afrika sør for Sahara bidro også til at antall asylsøkere økte.

I årene 1989 til 1993 lå brutto innvandring til EU-landene på mellom 1 og 1,5 millioner personer per år. Senere har denne innvandringsstrømmen blitt gradvis redusert til et betydelig lavere nivå, hovedsaklig som følge av strengere kontroll og en mer restriktiv innvandringspolitikk. Slutten på kamphandlingene i det tidligere Jugoslavia bidro dessuten til at flyktninger fra dette området reiste hjem.[10]

En direkte sammenlikning av innvandringsstatistikken i ulike land, vanskeliggjøres av at registreringsrutinene er noe forskjellige. Statistikken fanger heller ikke opp den illegale innvandring, som er betydelig i enkelte land. Med disse forbeholdene viser OECDs statistikk at Tyskland, Storbritannia, Italia og Frankrike var de land som tok imot flest innvandrere i 2001. Av disse landene var innvandringen klart høyest i Tyskland. I 2000 hadde Tyskland en brutto innvandring på 649 000 personer. Det må legges til at den høye bruttoinnvandringen til Tyskland reflekteres i en nesten tilsvarende høy brutto utvandring, slik at nettoinnvandringen ikke er så dramatisk som en kan få inntrykk av når man ser bruttotallene isolert. 562 000 personer forlot Tyskland i 2000, slik at den samlede netto innvandringen var på 87 000.

Bruttoinnvandringen til Frankrike, Italia og Storbritannia ligger på et atskillig lavere nivå enn innvandringen til Tyskland, men også disse landene har en betydelig innvandring med henholdsvis 119 000, 271 000 og 288 000 innvandrere i 2000. Innvandringen til Storbritannia har vist en jevn økning på 1990-tallet, mens nivået på innvandringen til Frankrike ser ut til å svinge mer. Utvandringen fra Storbritannia var på 137 000, noe som ga en netto innvandring på 151 000. Til tross for en vesentlig lavere brutto innvandring, var netto innvandring til Storbritannia altså betraktelig høyere enn nettoinnvandringen til Tyskland.

I et nordisk perspektiv er innvandringen til Norge omtrent på samme nivå som den i Danmark, betydelig mindre enn i Sverige og betydelig høyere enn innvandringen til Finland. Hvis vi ser på trenden på 90-tallet ser vi at Norge har hatt en jevn vekst i brutto innvandring, slik denne er beregnet av OECD. Innvandringen til Danmark økte sterk i 1995 og 1996, men stabiliserte seg deretter på en nivå noe over nivået på begynnelsen av 1990-tallet. Brutto innvandringen til Sverige viser en svakt nedadgående trend, men denne trenden er brutt av et kraftig hopp i innvandringen i årene 1993 og 1994. Den finske utviklingen har vært jevn på et, i nordiske sammenheng, lavt nivå.

Tabell 3.1 viser gjennomsnittstall for innvandring og utvandring i de nordiske landene på 1990-tallet. Tallene er hentet fra OECDs statistikk. OECD har kun regnet med innvandrere eller utvandrere som har vært i et land i mer enn ett år. Kortere opphold er ikke tatt med. I utgangspunktet har en heller ikke tatt med asylsøkere, men en del asylsøkere er likevel med i tallene for Norge.

Både i et nordisk og i et bredere europeisk perspektiv er det vanskelig å se noen entydig trend. Innvandringen øker i noen land og er redusert i andre.

Storbritannia ser for eksempel ut til å ha opplevd en moderat økning i perioden. I Frankrike har nivået ligget relativt flatt, perioden sett under ett, mens Tyskland opplevde en nedadgående trend på 90-tallet

9. Council of Europe (2002) The Demographic Characteristics of Immigrant Populations.
10. De forente nasjoner, World Migration Report 2000.

Tabell 3.1 Nordiske land: Innvandring og utvandring i perioden 1991 – 2000. Gjennomsnitt i tusen.

	Norge	Sverige	Finland	Danmark
Innvandring	21 600	41 600	9 000	20 600
Utvandring	10 500	14 400	2 000	6 000
Netto	11 100	27 200	7 000	14 600

Kilde: OECD, Trends in International Migration 2002. OECD, Trends in International Migration 2002. OECD regner bare med personer som har vært i landet i minst ett år. Tall for Danmark er beregnet for perioden 1991-1999.

Familieinnvandring

Selv om det er en viss variasjon mellom OECD-landene, utgjør familieinnvandring generelt det tallmessig viktigste innvandringsgrunnlaget. De siste årene har familieinnvandring vært særlig viktig i Frankrike, USA, og Canada. I Frankrike utgjorde familieinnvandring 78 prosent av innvandringen i 2000. Familieinnvandring har også hatt økende betydning i de nordiske landene og utgjør i dag det tallmessig viktigste innvandringsgrunnlaget. OECD peker på at familieinnvandring har en tendens til å bli den viktigste form for innvandring i land der man legger sterkere restriksjoner på andre kanaler for innvandring. Familieinnvandring domineres av grupper som allerede er etablert i de aktuelle innvandringslandene. I Tyskland og Sveits gjelder dette for eksempel innvandrere fra Tyrkia og det tidligere Jugoslavia. I Frankrike innvandrere fra Nord-Afrika (Maghreb-området) og i Storbritannia innvandrere fra India, Bangladesh og Pakistan.[11]

Arbeidsinnvandring

En av de viktigste trendene fra slutten av 90-tallet og fram til i dag har vært en økning i arbeidsinnvandringen. Det har vært en økning i arbeidsinnvandring med sikte på permanent bosetting, men veksten har vært særlig sterk når det gjelder midlertidig arbeidsinnvandring. Denne trenden kommer til tross for lavkonjunktur i Europa og de fleste andre land i OECD-området. Som eksempel økte antallet arbeidstillatelser i Storbritannia fra 58 200 i 1999 til 115 700 i 2001. Økningen var klart sterkest innen sektorene utdanning, helse og informasjonsteknologi. I Irland ble antallet tillatelser doblet fra 2000 til 2001 (36 400). Veksten kom hovedsaklig i servicesektoren. I Sveits økte myndighetene kvoten for faglært utenlandsk arbeidskraft med 30 prosent, på grunn av etterspørselen etter arbeidskraft. I USA ble antallet tillatelser for høyt kvalifiserte arbeidstakere økt med 40 prosent fra 2000 til 2001 noe som innebar at det ble utstedt mer enn 163 000 arbeidstillatelser.

OECD peker på at tradisjonelle innvandringsland som for eksempel USA og Australia i stor grad satser på å oppmuntre arbeidsinnvandrerne til permanent bosetting. De europeiske landene legger i større grad opp til at arbeidsinnvandringen skal være midlertidig.

De fleste land i OECD-området har gjennomført tiltak for å tiltrekke høyt kvalifisert arbeidskraft. Dette skjer fordi det er mangel på visse typer arbeidskraft, men også for å tiltrekke viktig kompetanse og oppmuntre til nyskapning. Dette innebærer et økt fokus på kompetansekriterier når landene utformer innvandringspolitikken. Det vanligste er at faglærte arbeidsmigranter kommer fra andre land i OECD-området. Ofte vil det være snakk om forflyttninger mellom ulike filialer i samme selskap. Men mange kommer også fra utviklingsland og fra land i den tidligere øst-blokken.

Bruk av utenlandsk arbeidskraft omfatter også ufaglærte. OECD trekker fram Italia, Spania, Portugal, Hellas og USA som eksempler på medlemsland som i særlig grad rekrutterer ufaglærte fra utlandet. Også Tyskland, Sveits og Frankrike har rekruttert mange ufaglærte arbeidere. I noen av landene er mange av disse innvandret ulovlig. Sektorer som bruker ufaglært arbeidskraft fra utlandet er blant annet landbruk, bygg- og anlegg og servicesektoren.[12]

Bruk av sesongarbeidere er også svært vanlig, og fenomenet ser ut til å være økende. Tyskland ga for eksempel 260 000 tillatelser til polske sesongarbeidere i 2001, noe som var en foreløpig rekord. Andre land som har opplevd betydelig økning i antallet sesongarbeidere er Østerrike, Italia, Frankrike, Sveits og Storbritannia. I mange land er adgangen til sesongarbeid regulert gjennom bilaterale avtaler. Sveits har avtaler med Italia, Spania og Portugal. Frankrike har avtaler med Marokko, Polen, Senegal og Tunisia. Sesongarbeidstillatelser varer vanligvis ikke mer enn 6 måneder. Det gis ikke adgang til å ta med familiemedlemmer og tillatelsene er vanligvis begrenset til visse typer arbeid (ofte i landbruket), til arbeid i et bestemt geografisk område eller hos en bestemt arbeidsgiver.

Asylsøkere

På 80-tallet og begynnelsen av 90-tallet var det en sterk vekst i antall personer som søkte om asyl i land i OECD-området. Som en reaksjon på dette innførte mange land en mer restriktiv politikk. Ifølge OECDs statistikk var det 695 000 søknader om asyl i EU/EØS-området i 1991. I 1996 var dette redusert til godt og vel 250 000 søknader. Etter 1996 har antallet asylsøkere på nytt begynte å øke. I Nord-Amerika var det en liknende trend, med en reduksjon av antallet søknader i perioden 1991 til 1998, fra 183 000 til 75 000, men en ny økning fra 2000.

11. OECD (2002) Trends in International Migration., Forente nasjoner, World Migration Report 2000.

12. OECD (2002) Trends in International Migration.

Tabell 3.2 Asylsøkere. Vest-Europa. Absolutte tall og per 1000 innbyggere.

		Per 1000 innbyggere		
	Totalt 2002	2000	2001	2002
Østerrike	37 074	2,3	3,7	4,6
Norge	17 480	2,4	3,3	3,9
Sverige	33 016	1,8	2,7	3,7
Sveits	26 217	2,5	2,9	3,7
Irland	11 634	2,9	2,7	3,1
Liechtenstein	91	0,3	3,4	2,8
Luxembourg	1 043	1,4	1,6	2,4
Storbritannia	110 700	1,7	1,5	1,9
Nederland	18 667	2,8	2,1	1,2
Danmark	5 947	2,3	2,4	1,1
Tyskland	71 127	1,0	1,1	0,9
Frankrike	50 798	0,7	0,8	0,9
Finland	3 443	0,6	0,3	0,7
Hellas	5 664	0,3	0,5	0,5
Island	117	0,1	0,2	0,4
Spania	6 179	0,2	0,2	0,2
Portugal	224	0,0	0,0	0,0
Vest-Europa	425 528	1,1	1,1	1,1

Kilde: UNHCR

Aggregerte tall for EU/EØS og OECD-området er bare en del av bildet og dekker over til dels store forskjeller mellom de ulike landene. En kan vanskelig snakke om en felles trend. Enkelte land opplevde en stadig vekst i antall søkere (for eksempel Storbritannia, Tsjekkia og Irland). Andre land har sett sterk tilstrømming i enkelte perioder (Belgia, Sveits, Italia, og i mindre grad, Frankrike, Canada og Østerrike). På den annen side var antallet søknader langt lavere i Tyskland, USA og Sverige i 2001 enn på begynnelsen av 90-tallet.[13]

I 2002 var Storbritannia det land i den industrialiserte verden som mottok flest søknader om asyl, fulgt av Tyskland og USA.

Bildet blir noe annerledes dersom man ser på antallet søkere i forhold til folketallet i det enkelte land. I 2002 var Østerrike, Norge, Sverige og Sveits de land som mottok flest søknader om asyl per 1000 innbyggere. Det er typisk relativt små land som mottar mange søknader sett i forhold til innbyggertallet. Ingen av de fem landene som mottok flest asylsøkere i absolutte tall, var blant de ti land som mottok flest søknader om asyl i forhold til landets innbyggertall.

I den grad et lands størrelse kan sees som et uttrykk for evnen til å behandle søknader og ta imot flyktninger, er det klart at de byrdene som flyktningene representerer, er skjevt fordelt. Mens Østerrike mottok 4,6 asylsøkere per 1000 innbyggere i 2002, mottok for eksempel Spania 0,2, Italia 0,1 og Portugal 0,02 asylsøkere per tusen innbyggere. Gjennomsnittet i Vest-Europa var omtrent én asylsøknad per tusen innbyggere.[14]

Illegal innvandring

I mange OECD-land er det en betydelig illegal innvandring til tross for at man har gjort mye for å forsterke grensekontroll gjennom blant annet Schengensamarbeidet i Europa. Italienske myndigheter antar for eksempel at mellom 230 000 og 290 000 utlendinger uten gyldig innreisetillatelse tar seg inn i Italia hvert år. De kan deretter bevege seg fritt innenfor hele Schengen-området og for eksempel ende opp i Norge. Liknende forhold finner man også i andre sør-europeiske land, hvor ulovlige innvandrere etter hvert utgjør en betydelig andel av

13. OECD, Trends in International Migration, 2002.

14. UNHCR. Asylum Applications Lodged in Industrialized Countries. Levels and Trends 2000-2002. Geneve 2003.

befolkningen. I Norden har ulovlig innvandring hittil ikke vært et stort problem, men det er tegn til en økning også her.

3.4.2.2 Norge

En vurdering av nivået på norsk innvandring, sammenliknet med andre land, er avhengig om man ser på innvandringen i et kort, middels eller langt historisk perspektiv. I et kort perspektiv, dvs. siden midten av 1990-tallet, har Norge vært et av de europeiske land som har hatt størst netto innvandring. Bare Luxembourg og Irland har en større netto innvandring i samme periode. I et middels langt perspektiv, dvs siden begynnelsen av 80-tallet, blir bildet noe annerledes, og Norge ligger da omtrent på samme nivå som gjennomsnittet for EU-landene. Innvandringen til Norge kan derfor ikke betegnes som lav, men ligger likevel betydelig under nivået til tradisjonelle innvandringsland som USA, Canada og Australia.

Bildet så slik ut når det gjaldt innvandringen til Norge i 2003[15]:

1. Tillatelser som kan gi varig opphold
   - 1 100 fikk opphold gjennom regelverket om arbeidsinnvandring
   - 10 500 fikk opphold gjennom regelverket om familieinnvandring
   - 3 550 fikk opphold gjennom regelverket om asyl og opphold av humanitære grunner
   - 1 600 ble hentet til landet gjennom ordningen som gjelder overføringsflyktninger
   - 100 fikk opphold av andre grunner
2. Tillatelser som ikke kan gi varig opphold
   - 24 500 fikk opphold gjennom regelverket om arbeidsinnvandring[16]
   - 5 500 fikk opphold gjennom regelverket om opphold for utdanning

Det vises ellers til de videre kapitler i innstillingen hvor tallmateriale knyttet til de ulike innvandringsgrunnlag er nærmere presentert.

3.4.3 Innvandrerbefolkningen

3.4.3.1 Innledning

Det kan være vanskelig å sammenlikne innvandrerbefolkningen i ulike land, siden definisjonen av innvandrer varierer fra land til land.

I Norge har man data som gjør det mulig å definere innvandrere ut fra landbakgrunn. I mange andre land er dette ikke mulig, og man er derfor henvist til å definere innvandrere ut fra statsborgerskap eller eventuelt bruke enkeltstående spørreundersøkelser. Innvandrere som har ervervet statsborgerskap i det aktuelle landet, blir dermed ikke tatt med i statistikken. Tallene blir dermed ikke direkte sammenliknbare med norske tall basert på landbakgrunn. I tillegg kommer at vilkårene for å få statsborgerskap og andelen innvandrere som blir naturalisert, varierer fra land til land.

Tabell 3.3 Utenlandske statsborgere som andel av hele befolkningen. Utvalgte land. Prosent.

Land	1993	1995	1997	1999	2001
Norge	3,8	3,7	3,6	4,0	4,1
Sverige	5,8	5,2	6,0	5,5	5,3
Danmark	3,6	4,2	4,7	4,9	5,0
Finland	1,1	1,3	1,6	1,7	1,9
Nederland	5,1	4,7	4,3	4,1	4,3
Tyskland	8,5	8,8	9,0	8,9	8,9
Frankrike	-	-	-	5,6	-
Storbritannia	3,5	3,4	3,6	3,8	4,4

Kilde: OECD, Trends in International Migration 2003. Data refererer til befolkningen ved utgangen av året.

3.4.3.2 Innvandrerbefolkningen i Europa

De fleste land har data for antall utenlandske statsborgere som har lovlig opphold i landet. Tabell 3.3 bringer en oversikt over andelen utlendinger i befolkningen i ulike land.

Siden andelen utenlandske statsborgere har begrensninger som mål på innvandrerandelen er det ønskelig å bruke alternative mål. En annen mulig sammenlikning er andelen personer som er født i utlandet. Problemet med dette tallet er at en del av landets etniske befolkning kan være født i utlandet. Spesielt i land med en fortid som kolonimakt kan dette få utslag av betydning. Dette tallet fanger videre bare opp førstegenerasjons innvandrere.

Hvilke definisjoner av innvandrer som er mest hensiktsmessig, avhenger av problemstillingene. I mange sammenhenger kan det være ønskelig å ikke bare kjenne antallet utlendinger eller utenlandsfødte, men også antallet annen- eller tredjegenerasjon innvandrere eller sammensetningen av innvandrerne etter opprinnelsesland. Det er vanskelig eller umulig å finne gode sammenliknbare data av denne typen. Nedenfor behandles derfor noen uvalgte land, enkeltvis.

15. Kilde: Utlendingsdirektoratet, Tall og fakta 2003
16. I første rekke sesongarbeidere (17 886) og EØS-arbeidere (3 237)

Tabell 3.4 Personer født i utlandet som andel av hele befolkningen. Prosent.

Land	1995	1997	1999	2001
Norge	5,5	5,8	6,5	6,9
Sverige	10,5	11,0	11,8	11,5
Danmark	4,7	5,2	5,6	6,0
Finland	2,0	2,3	2,5	2,8
Nederland	9,1	9,4	9,8	10,4
U.S.A	8,8	9,7	10,3	11,1
Canada	-	17,4	-	18,2
Australia	23,0	23,3	23,3	23,1

Kilde: OECD, Trends in International Migration 2003. Canada: Tall for 1997=1996.

Danmark

I 2003 bodde det omtrent 431 000 innvandrere i Danmark. Det utgjør 8 prosent av den samlede befolkningen. Av disse var 77 prosent førstegenerasjons- og 23 prosent annengenerasjons innvandrere.

Noe i underkant av 75 000 kommer fra andre EU-land og cirka 151 000 fra andre europeiske land. Tyrkere, som i denne statistikken regnes som europeiske, er den største europeiske enkeltnasjonaliteten med noe over 53 000 personer. Foruten tyrkerne er innvandrere fra Bosnia-Hercegovina og Jugoslavia viktige grupper med henholdsvis 20 200 og 18 000 bosatte.

Asia er det nest største innvandringskontinentet etter Europa. I alt 143 000 innvandrere kommer fra eller har sin opprinnelse fra Asia. De viktigste nasjonalitetene er fra Irak, Iran, Libanon, Pakistan og Vietnam.

Det er relativt få innvandrere fra Afrika (42 000). Her er Somalia det klart viktigste enkeltlandet. Omtrent 16 000 innvandrere kommer fra de amerikanske kontinentene.

På begynnelsen av 80-tallet var det en klar, men ikke ekstrem, overvekt av menn i den danske innvandrerbefolkningen. I siste halvdel av 80-tallet ble denne ubalansen utjevnet. Etter 1998 har antallet kvinner i den danske innvandrerbefolkningen vokst noe raskere enn antallet menn.[17]

Ekteskapsmønsteret for innvandrere i Danmark er det samme som i mange andre land, dvs. at innvandrere som hovedregel gifter seg innen samme etniske gruppe. Over 70 prosent av de ikke-vestlige innvandrerne som var gift, var gift med en fra opprinnelseslandet. Til sammenlikning gjaldt dette rundt 13 prosent av de vestlige innvandrerne. For mange nasjonaliteter er ekteskapspartner fra opprinnelseslandet så godt som enerådende. Det er også et mønster at mange grupper i hovedsak henter ektefelle fra opprinnelseslandet. Mønsteret er det samme for første- og annengenerasjons innvandrere. Disse trekkene ved innvandrernes ekteskapsmønster har skapt sterk debatt i Danmark og er en viktig årsak til de senere innstrammingene i dansk utlendingslov, blant annet når det gjelder familieinnvandring.

Innvandrerbefolkningen er geografisk skjevt fordelt. Av 275 kommuner i Danmark har kun 34 kommuner en innvandrerandel av befolkningen som overstiger landsgjennomsnittet. Per 1. januar 2002 var det følgende kommuner som hadde den høyste andel innvandrere (første og annengenerasjon); Ishøj (25,2 %), Brøndby (21,7 %), Albertslund (20,5 %), København (17,9 %) og Karlebo (16,6 %).

Danske undersøkelser viser at det er sammenheng mellom tilknytningen til arbeidsmarkedet og om man har en utdannelse fra Danmark. Utdannelse fra hjemlandet gir ikke i samme grad utelling på arbeidsmarkedet. Det er relativt få førstegenerasjons innvandrere som har en utdannelse fra Danmark. Det er også forholdsvis mange av innvandrerne som heller ikke har noen kompetansegivende utdannelse fra hjemlandet. Annengenerasjons innvandrere klarer seg bedre på arbeidsmarkedet enn foreldrene, men også blant disse er det en klart lavere andel som har videregående eller høyere utdanning, enn det er blant etnisk danske.[18]

Tabell 3.5 Innvandrerbefolkningen i Danmark per 1. januar 2003.

	I alt	1. generasjon	2. generasjon
I alt	430 686	331 506	99 183
EU15	74 773	66 562	8 211
Øvrige Europa	150 906	112 892	38 014
Afrika	42 386	30 1112	12 274
Nord-Amerika	8 205	7 168	1 037
Latin-Amerika	7 567	6869	698
Asia	142 552	104 267	38 285
Oseania	1 583	1 452	131
Statsløse	441	333	108
Uopplyst	2 276	1 851	425

Kilde: SCB - Sverige

17. www.statistikbanken.dk

18. Årbok om Udlændinge i Danmark 2002.

Sverige

Antallet førstegenerasjons innvandrere i Sverige utgjør omtrent en million personer eller 11,5 prosent av befolkningen. Til sammenlikning utgjør førstegenerasjons innvandrerne i Norge 6,9 prosent. Noen fullgod statistikk over annengenerasjons innvandrere foreligger ikke, men antallet er estimert til noe under 300 000 personer.[19]

Den klart største gruppen innvandrere er de 200 000 finner som bor i Sverige. Det er også en del innvandrere fra Norge, Danmark og Tyskland. De øvrige store innvandrernasjonalitetene er fra land som viser betydningen av tilstrømningen av asylsøkere og flyktninger; det tidligere Jugoslavia, Irak, Iran, Tyrkia, Chile og Libanon.

Når det gjelder balansen mellom kjønnene, er det klart flere menn enn kvinner blant de innvandrere som kommer fra andre EU-land. Det reflekterer antakelig at mange av disse oppholder seg i Sverige i forbindelse med midlertidig arbeidsoppdrag, samt at yrkesdeltakelsen for kvinner ofte er betydelig lavere i mange land på kontinentet, enn det vi er vant med i Norden. Når det gjelder innvandrere fra europeiske land utenom EU så er forholdet motsatt, dvs det er en viss overvekt av kvinner.[20]

Andelen menn og kvinner er relativt balansert for innvandrere fra andre kontinenter. Det er en liten overvekt menn blant innvandere fra Nord-Amerika og Afrika og en liten overvekt kvinner fra Latin-Amerika og Asia.

Tabell 3.6 Førstegenerasjons innvandrere i Sverige. 1. januar 2002.

I alt		*1 027 974*
Norden		*279 361*
Herav:	Finland	193 465
	Norge	*43 414*
EU15 (ekskl: DK/F)		92 820
Herav:	Tyskland	38 857
	Storbritannia	15 458
Øvrige Europa		*238 286*
Herav:	Jugoslavia	73 274
	Bosnia-Hercegovina	52 198
	Polen	40 506
	Ungarn	14 027
Afrika		*57 316*
Herav	Somalia	13 489
	Etiopia	11 722
Nord-Amerika		*24 936*
Sør-Amerika		*52 140*
Herav	Chile	27 153
Asia		266 199
Herav	Irak	55 696
	Iran	41 844
	Tyrkia	32 453
	Libanon	20 228
	Syria	14 646
Oseania		*3 183*
Sovjetunionen		*7 426*
Ukjent		*307*

Kilde: SCB - Sverige

Nederland

Nederland har tradisjonelt definert innvandrere etter statsborgerskapet, men med et økende antall innvandrere med nederlandsk statsborgerskap har man begynt på bruke landbakgrunn etter eget og foreldrenes fødested som definisjon. Den siste typen data går imidlertid ikke lenger tilbake enn til 1995. Befolkningsstatistikken opererer nå med en vid og en snevrere definisjon av innvandrere. Den vide definisjonen omfatter alle som er født i utlandet eller har minst en utenlandsfødt far eller mor. Den snevrere definisjonen krever at de aktuelle personene enten er født i utlandet eller har to utenlandsfødte foreldre. Begge definisjoner er med andre ord noe videre enn den som brukes i norsk befolkningsstatistikk.

Innvandrerbefolkningen i Nederland utgjør omtrent 12 prosent av hele befolkningen, hvis man bruker den snevreste definisjonen som likner mest på den norske, og 18 prosent hvis man bruker den brede definisjonen. De fleste av disse er ikke-vestlige innvandrere. Etter den snevre definisjonen var det 1,2 millioner ikke-vestlige innvandrere i Nederland og 670 000 med vestlig bakgrunn. Omtrent to tredjedeler av innvandrerne er nederlandske statsborgere.[21]

Tyrkia, Marokko, Surinam og Antillene er de klart viktigste opprinnelseslandene hva gjelder ikke-vestlige innvandrere. De viktigste opprinnelseslandene når det gjelder vestlige innvandrere er Tyskland og Indonesia. At indonesisk bakgrunn i denne sammenheng regnes som vestlig bakgrunn, skyldes at innvandringen fra dette landet i hovedsak har bestått av personer med nederlandsk bak-

19. OECD, Trends in International Migration 2003.
20. Refererer til landene i EU før 1. mai 2004.
21. Tall fra 1999

grunn som flyttet til Europa etter at Indonesia opphørte å være en nederlandsk koloni. De fleste av disse kom mellom 1945 og 1962.

På 1960- og 70-tallet rekrutterte Nederland mange gjestearbeidere. De fleste av disse var relativt unge menn. Innvandrerbefolkningen ble dermed kraftig skjevfordelt i forhold til kjønn og alder. Senere har familieinnvandring bidratt til å redusere denne skjevfordelingen, og fra 90-tallet har kjønnsfordelingen vært rimelig balansert. Statistikk over aldersfordelingen blant innvandrere fra en del utvalgte ikke-vestlige land viser at ikke-vestlige innvandrere har en større andel unge og en langt mindre andel personer over 45 år enn det som forekommer i den nederlandske befolkningen som helhet.

En høy andel av innvandrerne bor i de største byene, Amsterdam, Rotterdam og Hague og Utrecht. Det gjelder særlig de innvandrerne som kom tidlig. Innvandrere som har kommet senere, bor mer spredt. Dette skyldes at mange av disse har fått opphold på bakgrunn av beskyttelsesbehov, og at mange av disse har fått tildelt bolig av nederlandske myndigheter. Tretti prosent av befolkningen i Amsterdam har ikke-vestlig innvandrerbakgrunn. Tilsvarende tall for Rotterdam, Hague og Utrecht er henholdsvis 29, 27 og 19 prosent.

Ekteskap mellom innvandrere og etniske nederlendere forekommer sjelden. Forskningen tyder på at ikke-vestlige innvandrere oftest har en partner fra samme etniske gruppe, det gjelder for eksempel ni av ti personer født i Tyrkia eller Marokko. Unntakene er innvandrerkvinner fra Polen og det tidligere Sovjetunionen.[22]

Tyskland

Tyskland er ett av de europeiske land som har mottatt flest innvandrere de siste femti årene. Et særtrekk ved innvandring til Tyskland er en stor innvandring av etniske tyskere, noe som har sammenheng med Tysklands og Østerrikes territorielle tap ved kriger og konflikter i første halvdel av det 20. århundre. Det er anslått at i årene fra avslutningen av Den annen verdenskrig og opp mot 1950 innvandret 11,6 millioner etniske tyskere; 7,1 millioner fra de østlige delene av det tidligere tyske riket, og 4,5 millioner fra andre sentral- og østeuropeiske land. Ytterligere 4 millioner etniske tyskere ankom i årene etter 1950.

Til tross for denne innvandringen av etniske tyskere skapte gjenoppbyggingen av Tyskland og det økonomiske oppsvinget som følge av denne, behov for ytterligere arbeidskraft i Den tyske forbundsrepublikken. På 1950-tallet ble dette behovet i første rekke dekket av gjestearbeidere fra DDR. Fra 1961 ble det imidlertid nødvendig å rekruttere et betydelig antall gjestearbeidere fra andre land. Som en følge av dette økte antallet utlendinger i Tyskland med nesten to millioner, fra 686 000 til 2,6 millioner, i årene mellom 1961 og 1971. På begynnelsen av 1970-tallet ble det stopp på rekrutteringen av gjestearbeidere, noe som innledet en fase i innvandringen der familieinnvandring var det viktigste innvandringsgrunnlaget. Som følge av dette, økte antallet utlendinger til 4,7 millioner i 1982. Den neste fasen i innvandringen til Tyskland begynte etter 1985. Den er primært preget av ankomsten av et stort antall asylsøkere og flyktninger. På slutten av 1999 var antallet utlendinger oppe i 7,3 millioner eller 8,9 prosent av befolkningen totalt.

Tabell 3.7 viser antallet utlandske borgere i Tyskland i tre år (1980, 1990 og 1999). Den tallmessig største delen av innvandrerne kommer fra Europa. Antallet europeiske utlendinger økte med litt under femti prosent i årene 1990 til 1999. Det meste av denne økningen skyldtes innvandring fra land utenfor EU. Den økte innvandringen kommer dels fra land i den tidligere østblokken, dels fra fortsatt tyrkisk innvandring. Tyrkere utgjør den største enkeltnasjonen når det gjelder europeiske utlendinger i Tyskland, med omtrent to millioner personer i 1999.[23] Deretter følger personer fra det tidligere Jugoslavia. Andre store grupper er utlendinger fra søreuropeiske land, særlig Italia og Hellas. De siste gruppene har ikke oppvist noen vesentlig økning i perioden.

Foruten den europeiske innvandringen er Asia den viktigste kilden til innvandring på 80- og 90-tallet. Andre kontinenter har spilt en mindre rolle. Innvandringen fra Asia er spredt på mange ulike land, der de største gruppene er innvandrere fra Vietnam, Afghanistan og Iran.

I tillegg har et betydelig antall utlendinger blitt tyske borgere. Antallet naturaliseringer var begrenset fram til slutten av 80-tallet, men har økt kraftig på 90-tallet. I 1989 fikk omtrent 15 000 utlendinger tysk statsborgerskap, mens dette økte til 143 000 i 1999. Noe av årsaken til økningen har vært at vilkårene for å få tysk statsborgerskap gradvis har blitt lettere. Fra 2000 kreves det minst

22. Council of Europe, the Demographic Characteristics of Immigrant Populations, Population Studies no. 38. Desember 2002.

23. Tilgjengelig statistikk varierer med hensyn til om Tyrkia regnes til Europa eller Asia.

Tabell 3.7 Utenlandske borgere i Tyskland 1980 – 1999. I tusen.

	1980	1990	1999	Endring 1980-99
Europa inkl. Tyrkia	3 956	4 455	5 930	50%
Afrika	103	198	300	191%
Amerika	113	144	205	81%
Asia	219	472	823	276%
Oseania	7	7	10	51%
Totalt	4 453	5 342	7 343	65%

Kilde: Council of Europe. The Demographic Characteristics of Immigrant Populations

8 års opphold mot tidligere 10 år, tilstrekkelige kunnskaper i tysk samt rent rulleblad.

Som i de fleste andre land, er gjennomsnittsalderen til dem som innvandrer til Tyskland, noe lavere enn for befolkningen for øvrig. Det er flere mannlige innvandrere enn kvinnelige. Forholdet er omtrent 100 til 70.

Utlendingene i Tyskland bor hovedsaklig i de vestlige delstatene, og i likhet med mønsteret i andre europeiske land, er de vesentlig mer konsentrert i de store byene enn befolkningen for øvrig. I områder som er definert som rurale, ligger andelen utlendinger under fire prosent, mens den ligger på omtrent ni prosent for landet som helhet. I byene ligger andelen på over ti prosent. I Frankfurt a. M ligger den på 28 prosent.

Storbritannia

Storbritannia har lange tradisjoner som innvandringsland og var allerede fra 1600-tallet av et fristed for grupper og enkeltpersoner som var forfulgt i andre europeiske land på grunn av politisk eller religiøs overbevisning. Disse gruppene har blitt assimilert og har opphørt å eksistere som egne sosiale grupper. Det samme gjelder fargede personer som kom til Storbritannia som tjenestefolk eller sjøfolk på 1700-tallet.

Statistikken på området er dårligere utbygd enn den er i Norge og mange andre europeiske land. Grunnlaget for statistikken er ulike folketellinger foretatt ulike år samt enkeltstående undersøkelser. Disse tellingene bruker noe ulike definisjoner og ikke alle er av like stor verdi når det gjelder å vurdere befolkningssammensetningen i forhold til etnisk tilhørighet. Mye av årsaken til dette er at det i har vært kontroversielt å stille spørsmål om etnisk tilhørighet i folketellingene.

Folketellingen i 1991 viste at antallet personer født utenfor Storbritannia var 3,7 millioner personer. Dette tallet inkluderer mange briter født i India eller andre tidligere britiske kolonier. Antallet "ikke-hvite" bosatt i Storbritannia var omtrent 3 millioner, eller 5,5 prosent av befolkningen. 1,6 millioner av disse var født utenfor Storbritannia. Et betydelig antall var altså født i Storbritannia, men på dette punktet var det forskjeller avhengig av landbakgrunn. To tredjedeler av asiatene var født utenfor Storbritannia. For en annen gruppe, dem fra Vest-India, gjaldt dette om lag femti prosent.[24]

Antallet som tilhørte "etniske minoriteter" var omkring 4,1 millioner i 2000. Minoritetsbefolkningen økte jevnt fra midten av 1960-tallet fra midten av 80-tallet. Deretter fulgte en kort periode med svakere vekst fulgt av en ny og meget kraftig vekst på 90-tallet. Ifølge estimater økte minoritetsbefolkningen med 500 000 personer, eller 15 prosent, i perioden 1991-1994 til 1997-1999.[25]

Tradisjonelt har personer fra de karibiske øyer vært den største minoritetsgruppen i Storbritannia. men denne plassen er nå overtatt av indere. Den nest største gruppen er pakistanere. Innvandrere fra Bangladesh utgjør også et betydelig antall og er den gruppen som vokser raskest grunnet en kombinasjon av mange familiegjenforeninger. Den afrikanske minoriteten består dels av personer som har bosatt seg i Storbritannia etter å ha studert i landet. I senere år har det imidlertid kommet mange asylsøkere fra Afrika. Asylsøkere har også forsterket tilstedeværelsen av andre grupper så som irakere, albanere og rumenere.

I likhet med det mønsteret man også ser i andre land, er minoritetsbefolkningen bosatt i storbyene i større grad enn befolkningen som helhet. Ifølge folketellingen i 1991 bodde 45 prosent av minoritetsbefolkningen i Stor-London, sammenliknet med 10 prosent av den hvite befolkningen. Konsentrasjonen i London er sterkest blant afrikanere, vest-indere og bengalere. Inderne og pakistanere viser langt større spredning i bosettingen.

Minoritetsbefolkningen er ung. Ifølge utvalgsundersøkelser utført på begynnelsen av 1990-tallet var femti prosent den ikke-hvite befolkningen under 25 år. Bengalerne var særlig unge. Halvparten av disse var under 16 år. Minoritetsbefolkningen gifter seg tidligere enn befolkningen for øvrig. Gjennomsnittlig giftealder for bengalske og pakis-

24. Council of Europe, the Demographic Characteristics of Immigrant Populations, Population Studies no. 38. Desember 2002.
25. Council of Europe, the Demographic Characteristics of Immigrant Populations, Population Studies no. 38. Desember 2002.

Tabell 3.8 Minoritetsbefolkningen i Storbritannia i 2000. Største minoriteter.

	Antall i 1000	Prosent av minoritets-befolkningen
Etniske minoriteter		
Vest-Indere	529	13
Afrikanere	440	11
Indere	984	24
Pakistanere	675	17
Bengalere	257	6
Kinesere	149	4
Andre Asia	242	6
Andre	763	18
Totalt	4039	99

Kilde: Council of Europe, The Demographic Characteristics of Immigrant Populations, Population Studies no. 38.

Tabell 3.9 Innvandrerbefolkningens landbakgrunn. 2003.

Landbakgrunn	Antall	Prosent av innvand-rerne
Befolkningen totalt	4 552 252	
Antall innvandrere[a]	332 793	
Fra:		
Europa	142 769	42,9
Asia	131 468	39,5
Afrika	36 593	11,0
Nord-Amerika	8 425	2,5
Latin-Amerika	12 550	3,7
Oseania	988	0,3

a. 1. og 2. generasjon

Kilde: SSB

tanske kvinner var henholdsvis 21 og 22 år i 1991. I den hvite befolkningen var gjennomsnittlig giftealder 26 år. Ikke alle minoriteter har samme mønster. Kvinner av vest-afrikansk bakgrunn giftet seg betydelig senere enn majoritetsbefolkningen (33 år). Ekteskap på tvers av etniske skiller er uvanlig. Slike blandingsekteskap er mest vanlig for afrikanere og vest-indere. Blandingsekteskap er langt mer uvanlig for asiater.[26]

3.4.3.3 Innvandrerbefolkningen i Norge

En innvandrer er definert av Statistisk sentralbyrå som en person som enten har innvandret selv eller som er barn av to utenlandskfødte foreldre. En slik person kan være utenlandsk statsborger eller norsk borger. Vedkommende kan selv være født i utlandet, men kan også være født i Norge. Førstegenerasjonsinnvandrere er født i utlandet, mens annengenerasjons innvandrere er født i Norge. Personer med bare en av foreldrene født i utlandet regnes ikke som innvandrer. Det gjør heller ikke personer som er født i utlandet av norskfødte foreldre.

Ved inngangen til 2003 var innvandrerbefolkningen i Norge på 332 800 personer eller 7,3 prosent av befolkningen totalt.

Per 1. januar 2000 var det registrert 282 500 personer med innvandringsbakgrunn i Norge eller 6,3 prosent av befolkningen. Veksten fram til 2003 skyldes en kombinasjon av høy innvandring, at mange innvandrere har fått barn og at antallet annengenerasjons innvandrere har økt. Antallet førstegenerasjons innvandrere økte fra 238 500 til 277 262 Antallet annengenerasjons innvandrere økte fra 44 000 til 55 000. Antallet utlendinger, dvs personer med utenlandsk statsborgerskap, var 180 000.

Landbakgrunn

Over tid har innvandrerbefolkningen skiftet sammensetning. Andelen av innvandrerbefolkningen med bakgrunn fra Afrika, Asia, Sør- og Mellom-Amerika økte fra 6 prosent til 50 prosent i årene fra 1970 til 1993. I samme periode ble andelen fra Norden redusert fra 45 prosent til 20 prosent. Fra 1993 til 1999 har fordelingen av innvandrerbefolkningen fra ulike verdensdeler vært relativt stabil. Ved starten av 2003 hadde snaut 43 prosent europeisk bakgrunn, 2,7 prosent hadde bakgrunn fra Nord-Amerika eller Oseania og drøyt 54 prosent hadde bakgrunn fra Afrika, Latin-Amerika og Asia. Innvandrere fra vestlige land utgjør om lag 30 prosent av alle innvandrere.

Tabell 3.10 viser hvilke land innvandrerne har bakgrunn fra og antallet første- og annnengenerasjons innvandrere. De fire største nasjonalitetsgruppene i innvandrerbefolkningen er (per 1.januar 2003) fra Sverige, Danmark, Pakistan og Vietnam. Mange av dem med pakistansk bakgrunn er annengenerasjon, noe som både er uttrykk for at denne gruppen har vært lenge i landet og for at det er svært få ekteskap mellom pakistanere og

26. Council of Europe, the Demographic Characteristics of Immigrant Populations, Population Studies no. 38. Desember 2002.

Tabell 3.10 De største nasjonalitetene blant innvandrerne. Ordnet etter totalt antall personer. 2003.

Landbakgrunn	Totalt	1. generasjon	2. generasjon
Pakistan	25546	14570	10976
Sverige	22870	21945	925
Danmark	19401	18019	1382
Vietnam	16944	11698	5246
Irak	16437	14578	1859
Bosnia-Hercegovina	15498	13572	1926
Somalia	13689	10753	2936
Iran	12733	11058	1675
Tyrkia	12343	8336	4007
Sri Lanka	11475	7785	3690
Storbritannia	11087	10461	626
Tyskland	10670	10227	443
Jugoslavia	9941	8161	1780
Polen	7303	6536	496
De forente stater	7237	6991	246
Finland	7032	6627	405
Filippinene	6838	5976	830
Chile	6806	5511	1295
India	6712	4479	2233
Marokko	6328	4184	2144
Russland	5888	5703	185
Thailand	5145	4962	183

Kilde: SSB

etnisk norske personer. Blant innvandrere med vestlig bakgrunn er andelen annengenerasjons innvandrer liten. Dette kommer av at innvandrere fra vestlige land som oftest er i Norge midlertidig. I den grad de bosetter seg i Norge, gifter de seg som regel med etnisk norske personer og følgelig blir barna deres ikke regnet som annengenerasjons innvandrere.[27]

Førstegenerasjons innvandrere kan deles inn i tre grupper når det gjelder oppholdstid. En tredjedel har bodd i Norge i mindre enn fem år, en tredjedel har bodd i Norge mellom 5 og 14 år og den siste tredjedelen har bodd i Norge i over 15 år. Blant dem som har bodd lengst i Norge er det mange europeere, fremfor alt personer fra våre naboland Danmark og Sverige. Blant svenske og danske innvandrere er det imidlertid også mange med kort botid, noe som skyldes at mange av disse bor i Norge midlertidig. Pakistanere ligger på tredjeplass i det 5 500 av disse eller 38 prosent av førstegenerasjonen har bodd i Norge i over 15 år. I den andre enden av skalaen finner en personer fra Afghanistan og Sudan. Svært få av disse har bodd lenge i Norge.

Alder og kjønn

Den typiske innvandrer er mellom 19 og 30 år på innvandringstidspunktet. Det er likevel store forskjeller i aldersammensetningen mellom innvandrere fra vestlige og ikke-vestlige land. De ikke-vestlige er i gjennomsnitt yngre enn befolkningen ellers. Av alle innvandrere under 30 år, er 84 prosent ikke-vestlige. En forklaring på at det ikke forekommer så mange vestlige innvandrere i de unge aldersgruppene, kan være at mange av de vestlige innvandrerne er gift med personer som ikke er innvandrere. Barna deres blir dermed ikke regnet som innvandrere.

Flyktningers alderssammensetning varierer en del mellom ulike nasjonalitetsgrupper. Flyktninger fra Bosnia-Hercegovina er en gruppe som skiller seg ut ved at de i gjennomsnitt er eldre enn andre grupper. Lavest gjennomsnittsalder har flyktninger fra Somalia. Også personer fra Irak, Jugoslavia og Iran er relativt unge.

Noen av flyktningstrømmene har hatt stort innslag av hele familier (som det tidligere Jugoslavia), eller familiegjenforening i ettertid (for eksempel Vietnam), mens andre strømmer har bestått av unge enslige menn (for eksempel Iran).

Innvandrerbefolkningen består av omtrent like mange fra hvert av kjønnene - 165 300 menn og 167 500 kvinner. Det er store forskjeller i kjønnsfordelingen mellom ulike nasjonaliteter. Det er et stort flertall menn fra landene Irak, Storbritannia og Marokko, med henholdsvis 62, 58 og 57 prosent. Blant innvandrere fra Thailand, Filippinene og Russland er kvinnene i stort flertall med respektive 84, 75 og 71 prosent kvinner.

Blant dem som kommer som flyktninger, har det vært et flertall av menn. Dette er imidlertid et bilde som er i ferd med å snu. Av nyankomne flyktninger i perioden 1990-1999 var det noe flere kvinner (51 prosent) enn menn.

Bosted

Innvandrere bor mer sentralt enn norskfødte. En tredjedel av alle som hører til innvandrerbefolkningen, bor i Oslo. Konsentrasjonen er særlig sterk for ikke-vestlige innvandrere, og flertallet av disse er lokalisert i Østlandsområdet. Graden av konsen-

27. Som annengenerasjons innvandrer regnes en som har to foreldre født i utlandet.

trasjon av innvandrere har holdt seg relativt stabil med en svak tendens til mindre konsentrasjon i løpet av de siste ti årene.

Bokonsentrasjon av innvandrere ser ut til å være et vanlig fenomen internasjonalt. I store tradisjonelle innvandringsland kan en ofte se byområder dominert av bestemte etniske grupper. Denne formen for bokonsentrasjon av en etnisk gruppe ser vi mindre av i Norge. Mønsteret i Oslo, som har flest innvandrere, er snarere en blanding av forskjellige nasjonaliteter som samler seg i noen områder i hovedstaden, spesielt i indre øst og de nye drabantbyene.

Relativt ferske norske undersøkelser tyder på at økonomiske faktorer forklarer en stor del av segregasjonen i Oslo. Den gjennomsnittlige inntekten og formuen er lavere i de innvandrertette områdene, og dette styrker teorien om at det er begrensede økonomiske ressurser som styrer innvandrere (og mindre velstående nordmenn) til bestemte områder av hovedstaden. Undersøkelsen tyder imidlertid også på at andre faktorer enn økonomi, for eksempel kultur, sosiale nettverk, diskriminering på boligmarkedet og den kommunale flyktningpolitikken, spiller en viss rolle.

Den største gruppen ikke-vestlige innvandrere i Norge kommer fra Pakistan, og en meget stor andel av alle pakistanere, bor i Oslo-området. Denne gruppen kom opprinnelig til Norge som arbeidsinnvandrere og bosatte seg hovedsaklig i Oslo-regionen hvor det var størst etterspørsel etter deres arbeidskraft. Følgelig har storbyregionene utenfor Oslo færre innvandrere fra Pakistan, men flere fra blant annet Bosnia-Hercegovina, Jugoslavia og Vietnam. Dette henger også sammen med at mange er kommet til Norge som flyktninger og asylsøkere og blitt plassert rundt i landet på flyktningmottak og deretter bosatt i et mangfold av kommuner.

Til tross for dette er nesten en tredjedel av flyktningene konsentrert i hovedstaden. Årsaken ligger til en viss grad i sekundærflyttinger, dvs at mange flytter etter en tid i landet.[28]

En undersøkelse utførte av forskningsstiftelsen FAFO viser at av flyktningene som ble bosatt i årene 1994, 1995 og 1996, bodde 64 prosent fortsatt i den første bosettingskommunen i 1999. Undersøkelsen viste at langt fra all sekundærflytting går til Oslo. En god del av flyttingen skjer innen samme landsdel. Flyktningene som ble bosatt på Østlandet, ble i større grad enn andre boende i første bosettingskommune og nesten ingen hadde flyttet ut av landsdelen. Jo lengre vekk fra Østlandet flyktningene er bosatt, jo større andel er det av flyktningen som har flyttet. I Nord-Norge er bare 32 prosent blitt boende i bosettingskommunen, og over halvparten har forlatt landsdelen.[29]

Tabell 3.11 Andelen av forskjellige nasjonalitetsgrupper i Norge som er registrert i Oslo per 1.1 1998, etter landbakgrunn. Prosent.

Landbakgrunn	Andel
Hele befolkningen	11,3
Sammensatte grupper	
Vestlige land	23,4
Øst-Europa	22,8
Asia, Afrika, Sør- og Mellom-Amerika	46,9
Enkeltland	
Norge	9,9
Storbritannia	19,2
Det tidligere Jugoslavia	20,0
Danmark	20,3
USA	21,5
Tyskland	21,6
Finland	22,4
Chile	25,0
Vietnam	25,1
Sverige	28,7
Iran	34,6
Irak	37,4
Tyrkia	43,1
Kina	43,3
Sri Lanka	43,5
India	48,1
Somalia	55,5
Etiopia	56,2
Pakistan	77,1
Marokko	80,7

Kilde: SSB, SØS 107

Utdanning

Utdanningsstatistikken for innvandrere er mangelfull fordi vi mangler opplysninger om høyeste fullførte utdanning for en stor andel av innvandrerne, spesielt de som har kommet til landet relativt nylig. For enkelte land, f.eks Irak og Somalia, ligger andelen med ukjent utdanning så høyt som mellom

28. Pettersen, Silje Vatne (2003) Bosettingsmønster og segregasjon i storbyregionene. Statistisk sentralbyrå. Notat 2003/33.

29. Djuve, Anne Britt og Hane Cecilie Kavli (2000) Styring over eget liv. FAFO-rapport 344.

40 og 50 prosent. Utdanningsstatistikken må derfor leses med forsiktighet.

Utdanningsnivået til innvandrerne kan ha betydning for integrasjon og sjanser på arbeidsmarkedet, og mangel på relevant utdanning har vært brukt som del-forklaring på den høye arbeidsledigheten blant innvandrere. Mange innvandrere har lite utdanning, men dette er bare en del av bildet. Blant innvandrerne er det også mange som har høy utdanning. Generelt kan en si at utdanningsnivået er mer polarisert blant innvandrere enn blant nordmenn, siden det både er en større andel med høy utdanning og en større andel med lite utdanning.

Blant personer fra Vest-Europa, Nord-Amerika og Oseania har relativt flere utdanning på universitets- og høgskolenivå enn dem man finner i grupper med annen landbakgrunn. Andelen med registrert utdanning på universitets- og høgskolenivå fra Afrika, Asia og Sør-Amerika avviker ikke nevneverdig fra den vi finner blant etniske nordmenn. Utdanningsmønsteret varierer imidlertid mye mellom personer fra ulike land innen disse verdensdelene.

Mens kvinner fra vestlige land i gjennomsnitt har høyere utdanning enn menn, er det omvendt blant innvandere fra ikke-vestlige land. Forskjellen i utdanningsnivå er størst blant innvandrere fra Asia og Afrika. Det er også store forskjeller ikke-vestlige kvinner imellom. Et eksempel på dette er at mens 42 prosent av kvinnelige innvandrere fra Filippinene har høyere utdanning, gjelder dette kun 9,5 prosent av kvinnene fra Thailand. Mange av kvinnene fra Filippinene har sykepleierutdanning.

Integrasjon på arbeidsmarkedet

Sammenliknet med befolkningen som helhet, deltar ikke-vestlige innvandrere i mindre grad i arbeidstyrken, har høyere sannsynlighet for å bli arbeidsledige og har større sjanse for å havne i en situasjon der man over lang tid har en marginal posisjon. Ikke-vestlige innvandrere[30] er dessuten overrepresentert i jobber med relativ lav lønn, begrensede karrieremuligheter og belastende fysisk arbeidsmiljø.

Andelen sysselsatte (personer i arbeid eller registrert som arbeidssøker) i 2002 var 70,1 prosent. Blant førstegenerasjons innvandrere var den 57,5 prosent. Forskjellen skyldes ikke i første rekke forskjeller i yrkesdeltakelsen for kvinner, begge kjønn har betydelig lavere yrkesdeltaking enn norske.[31]

Arbeidsledigheten blant innvandrere har vanligvis ligget to til tre ganger høyere enn i befolkningen totalt sett. Innvandrerne er mer sårbare overfor konjunkturendringer. Arbeidsledigheten for innvandrere var 9,8 prosent i mai 2004, mens den var 3,7 prosent for befolkningen som helhet. Forskjellen gjelder i første rekke ikke-vestlige innvandrere. I tillegg til den åpne ledigheten var mange innvandrere på arbeidsmarkedstiltak. Det ser ut til at innvandrere er mer sårbare overfor endringer i konjunkturene, det vil si at de mister arbeidet lettere i nedgangstider.

I 2001 var gjennomsnittsinntekten for en familie i 485 500 kroner. Tilsvarende tall for første- og annengenerasjons innvandrere fra Asia, Afrika og Latin-Amerika var 341 000. De større inntektsforskjellene har delvis sammenheng med at ikke-vestlige innvandrere oftere er arbeidsledige og i mindre grad deltar på arbeidsmarkedet. Men ikke-vestlige innvandrere er også sterkt overrepresentert i næringer der mange har forholdsvis lav lønn, så som rengjørings- og hotell- og restaurantbransjen. Dette er arbeidsintensive næringer som i større grad enn andre sysselsetter ufaglært arbeidskraft.

Det finnes både individuelle og strukturelle forklaringer på hvorfor innvandrere kommer dårligere ut på arbeidsmarkedet enn nordmenn. I tillegg er diskriminering en viktig forklaringsfaktor. De landsdekkende organisasjonene på innvandrerområdet peker generelt på diskriminering på arbeidsmarkedet som et problem. Senter mot etnisk diskriminering behandler årlig en rekke henvendelser som gjelder diskriminering i arbeidslivet, og omfanget ser ut til å være økende.

Individuelle årsaker henspeiler på egenskaper og forhold hos den enkelte innvandrer. Mulige individuelle årsaker er at en del innvandrere har lite utdanning eller utdanning som er vanskelig omsettelig på det norske arbeidsmarkedet. Dårlige norskkunnskaper er en annen individuell forklaring som ofte har vært trukket frem.

Strukturelle årsaker har å gjøre med innvandrernes plass i og forhold til samfunnet i stort.

30. Med ikke-vestlig menes i denne sammenheng personer fra Asia, Afrika, Latin-Amerika og Øst-Europa.

31. Barth. Bratsberg og Raaum (2002) Local Unemployment and the Earnings Assimilation of Immigrants in Norway, Universitetet i Oslo, Institutt for samfunnsøknonomi, Memo nr. 19/2002. Det ser ut til at det har stor betydning for den langsiktige tilknytning til arbeidsmarkedet, at innvandrere kan komme relativt raskt i jobb etter bosetting i landet. Flyktninger som ble bosatt i lavkonjunkturen på slutten av 80- og begynnelsen av 90-tallet, har hatt større problemer enn de som har kommet senere.

Mange innvandrere har et svakt sosialt nettverk. Samtidig vil et godt nettverk ofte være en stor fordel i jakten på og konkurransen om jobber blant annet fordi mange stillinger aldri bli offentlig utlyst.

3.5 Den nasjonale rettsutviklingen

3.5.1 Kort historisk overblikk

Ved lov av 21. mars 1860 ble to århundrers mangfoldige bestemmelser om inn- og utreisekontroll sanert. I lovkommisjonens forberedelsesarbeid heter det:

> "Idet vi med Hensyn til Paavirkning i politisk og religiøs Henseende Intet befrygte, maa vi ønske det Bidrag til vor Utvikling, som Fremmedes Ophold i Landet og herved opstaaende Forbindelser, kan medføre og derefter hellere legge an paa at opmuntre deres Ankomst end vanskeliggjøre Samme."[32]

Bortsett fra grunnlovsforbudet mot jesuitter og munkeordener (forbudet om adgang for jøder ble opphevet i 1851), og at Kongen fikk fullmakt i lovens § 3 til å pålegge passtvang i krigstid, eksisterte det etter dette i praksis svært få begrensninger med hensyn til å innvandre til Norge. Pendelen snudde i løpet av noen tiår, og rundt århundreskiftet ble det vedtatt tre lover som alle hadde betydning for utlendingers adgang til landet. I 1888 ble Norges første statsborgerskapslov vedtatt, i 1897 en ny lov om tolltariff, og i 1901 den første fremmedloven.

Loven av 1901 var ikke spesielt inngripende sett med dagens øyne, men den medførte en omfattende debatt i Stortinget blant annet fordi den brøt med tidligere prinsipper om fri tilgang til Norge av utenlandsk kapital og arbeidskraft. Under debatten i Stortinget ble proteksjonistiske argumenter skjøvet i bakgrunnen, og det var den felles enighet om behovet for å beskytte landet mot uønskede elementer, og kampen mot "forbryderiskheden" som sikret flertall for loven. Loven innførte blant annet at enhver som drev overnattingssteder skulle føre gjestebok, at enhver utlending som kom til landet for å søke erverv eller ta fast opphold, måtte skaffe seg oppholdsbok hos politiet, og at enhver som ikke hadde gyldig oppholdsbok kunne utvises.

Hensynet til rikets sikkerhet og ønsket om å utvise kriminelle utlendinger var dominerende begrunnelser for de innstramminger som ble gjort i loven de neste tiårene. I 1914 ble det vedtatt en provisorisk anordning som bestemte at alle reisende skulle registreres hos politiet. Anordningen ble i 1915 avløst av en lovendring i loven av 1901 som utvidet adgangen til å utvise kriminelle utlendinger, og som skulle hindre innvandring av uønskede folkegrupper, der sigøynere og tatere ble nevnt spesielt. I 1917 ble loven strammet inn ytterligere ved to anledninger. Blant annet ble utlendingers meldeplikt innskjerpet, adgangen til å oppholde seg i bestemte kommuner ble nærmere regulert, og pass- og visumtvang ble innført for alle unntatt svenske og danske borgere.

Den første samlede fremmedlov ble vedtatt i 1927. Lovens nye hovedbestemmelse var at enhver som ville søke eller motta arbeid i landet, måtte ha fått innvilget arbeidstillatelse før innreisen. Det ble innført regler om oppholdstillatelse, og det ble gitt regler om avvisning, som supplement til utvisning. Loven ga videre anvisning på noen rettssikkerhetsprinsipper som saksbehandlingsregler ved utvisning, adgangen til å gi uttalelse til saksbehandlende myndighet og klage på avslag. Forbudet om adgang til landet for sigøynere og "andre omstreifere" ble absolutt.

Adgangen til landet ble ytterligere skjerpet mot slutten av 1930-tallen, særlig begrunnet i sikkerhetshensyn. I 1939 ble visumplikten gjeninnført med unntak for nordiske borgere. Den hadde vært delvis opphevet gjennom bilaterale visumfrihetsavtaler. I begynnelsen av 1950-årene ble loven imidlertid myket noe opp igjen som en følge av nye inngåelser av visumfrihetsavtaler og multilaterale konvensjoner.

Fremmedloven av 1927 ble stort sett ansett for å fungere tilfredsstillende, men i praktiseringen oppsto enkelte uklarheter. Justisdepartementet tok derfor på midten av 1950-tallet initiativ til en lovrevisjon. Det ble tatt sikte på å beholde flest mulig av prinsippene i gjeldende rett, samt å unngå endringer i regelverket som kunne medføre uønskede endringer i praksis. Av betydning for revisjonsarbeidet var også etableringen av det felles nordiske arbeidsmarkedet i 1954.

3.5.2 Fremmedloven av 1956

Revisjonsarbeidet resulterte i lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket mv. I kortversjon ble også denne loven kalt "Fremmedloven". Ved siden av en omredigering og endring av enkelte betegnelser i tidligere lov var det særlig to betydningsfulle endringer.

Norges ratifikasjon av Flyktningkonvensjonen av 1951 medførte ingen endring i fremmedloven av

[32] Stortingsforhandlinger 1859-60, bd. 4, O. No. 17, Regjeringens innstilling 2.10.1858, s. 10.

1927, men ved revisjonen i 1956 ble det foreslått en ny bestemmelse om asyl for "politiske flyktninger". At ordet "politisk" er føyd til hadde neppe noen betydning da alle konvensjonsgrunnene i artikkel 1 A ble nevnt i lovens § 2. Non refoulement-bestemmelsen i konvensjonens art 33 ble også innarbeidet i den nye lovens § 17.

For det andre ble forbudet mot sigøyneres adgang til riket opphevet og erstattet med en bestemmelse om avvisning av "omstreifere o.l.". Selv om sigøynere som etnisk gruppe ikke lenger ble nektet adgang til landet, tyder mye på at den nye bestemmelsen ikke endret praksis i særlig grad. De fleste sigøynere ble ansett for å være "omstreifere o.l.".

Loven var i stor grad en fullmaktslov med vid adgang til å gi utfyllende bestemmelser i forskrift.

3.5.3 Innvandringsstoppen i 1975

Fra innføringen av fremmedloven av 1927 og frem til fremmedloven av 1956 var det vanlig at det ved alle søknader om arbeidstillatelse ble foretatt en arbeidsmarkedsmessig vurdering. Etter ikrafttreden av fremmedloven ble praksis endret. Bakgrunnen var et stramt arbeidsmarked. Arbeidsdirektoratet antok, etter behandlingen av St.meld. nr. 45 (1968-69), at det ikke engang var hjemmel for en slik vurdering. Arbeidstillatelser ble derfor nærmest rutinemessig innvilget så fremt det ikke var politimessige hindre for det. Fra begynnelsen av 1970-årene økte antallet søknader om arbeidstillatelser betydelig. Ved behandlingen av St.meld. nr. 39 (1973-74) ble det innført en midlertidig innvandringsstopp (stopp i adgangen til å gi nye arbeidstillatelser), med visse dispensasjonsmuligheter. Innvandringsstoppen skulle i første omgang gjelde fra 1. februar 1975 til 1. august 1976, men ble senere forlenget "inntil videre". Det ble i tillegg innført nye og skjerpede vilkår for arbeidstillatelse.

Dispensasjonsmulighetene dannet grunnlaget for gjeldende regelverk om arbeidsinnvandring, hovedsaklig fastsatt i utlendingsforskriften. Det ble blant annet gjort unntak for ektefeller og barn til norske statsborgere og utlendinger som har arbeidstillatelse, norskfødte utlendinger, flyktninger og andre utlendinger med en langvarig og særlig tilknytning til landet. Det ble videre gjort unntak for vitenskapelig personale, artister, kunstnere, musikere, praktikanter og au-pairer. Det ble også gjort unntak for "spesialister, fagutdannet personell og nøkkelpersonell som anses som absolutt nødvendig for en virksomhet."

3.5.4 Utlendingsloven av 1988

3.5.4.1 Fremmedlovutvalgets utredning

Arbeidet med å revidere fremmedloven av 1956 ble startet i 1977. Et offentlig utvalg (Fremmedlovutvalget) ble oppnevnt 3. juni med professor Torkel Opsahl som formann. I utvalgets mandat heter det blant annet:

> "Utvalget bør få som mandat å gjennomgå fremmedloven for etter foretatt revisjon av bestemmelsene å fremlegge forslag til ny fremmedlov, som systematisk formelt og materielt kan danne det best mulige instrument til gjennomføringen av den utlendingskontroll og den innvandringspolitikk som myndighetene til enhver tid finner det hensiktsmessig å føre.[ ]
>
> I sin utredning bør utvalget spesielt drøfte og vurdere transformasjonen av de folkerettslige regler om politisk asyl til intern norsk lov og videre ha sin oppmerksomhet særlig rettet mot rettssikkerhetsspørsmålene i forbindelse med fremmedkontrollmyndighetenes utøvelse av myndighet i henhold til loven, herunder spørsmålet om rettshjelp på det offentliges bekostning i visse typer fremmedsaker."

Fremmedlovutvalget avga sin utredning til Justisdepartementet i november 1983, NOU 1983: 47 Ny fremmedlov. Forslaget fra Fremmedlovutvalget var i stor grad en videreføring av hovedlinjene fra fremmedloven av 1956 med tilhørende forskrifter, og en oppdatering i henhold til praksisutviklingen. Forslaget flyttet enkelte bestemmelser fra forskriften til loven og styrket utlendingers rettsstilling på enkelte områder, blant annet ved å innføre rettighetsbestemmelser. Utvalget formulerte dette slik:

> "Fremmedloven bør utformes slik at den mest mulig direkte uttrykker de sentrale vilkår for rettigheter og plikter, kontrollordninger med mer og ikke lar disse bare gå indirekte frem f eks av fullmaktsbestemmelser. Loven bør gi en ramme for et forenklet system og sikre at viktige spørsmål i praksis godkjennes av de politiske myndigheter, i siste instans Stortinget."[33]

Utvalget foreslo en formålsbestemmelse som "vil ha betydning for tolkingen av dens enkelte bestemmelser". Fremmedloven av 1956 hadde ingen formålsbestemmelse.

Utvalget ønsket å redusere fremmedlovens karakter av fullmaktslov. Dette ble blant annet gjort ved å presisere forskriftshjemlene til den enkelte paragraf. Man anså likevel at det var et behov for en "restfullmakt" til å gi forskrift for gjennomføring av loven. Utvalget drøfte bredt dilem-

33. NOU 1983:47 s 10.

maet med vide skjønnsfullmakter for forvaltningen i motsetning til regelbundne bestemmelser. Utvalget uttrykker det slik:

> "Utvalget har søkt å redusere spillerommet for skjønn. De skjønnspregede avgjørelsene gir imidlertid også mulighet for å oppnå rimelige resultater i konkrete saker hvor det foreligger spesielle omstendigheter. Utvalgets syn er derfor at det ikke er mulig og heller ikke ønskelig å utforme loven og forskriftene slik at det knapt blir rom for skjønn."[34]

Utvalget foreslo videre at internasjonale forpliktelser skulle gis forrang i forhold til den foreslåtte loven. Internasjonale forpliktelser var ment å være bindende både for lovtolking og de mer skjønnspregede sider av en avgjørelse etter loven, og gis gjennomslagskraft i forhold til lovbestemmelser i motsatt retning.

Utvalget foreslo også å forenkle det tidligere tillatelsessystem med både oppholds- og arbeidstillatelse. Det ble foreslått én tillatelsestype, oppholdstillatelse, som kunne gis med og uten begrensninger. Regelen ble utformet slik at den, på nærmere vilkår, ga søkeren et *rettskrav* på oppholdstillatelse. Regelen om at tillatelsen som hovedregel måtte foreligge før innreise, ble opprettholdt. Ved fornyelse skulle de samme vilkårene gjelde, men fornyelse skulle ikke kunne avslås bare på grunn av en endret arbeidsmarkedsmessig eller arbeidskraftmessig situasjon.

Utvalget foreslo videre å endre den tidligere ordningen med en "generell arbeidstillatelse på ubestemt tid" til en ny tillatelse kalt "bosettingstillatelse", og foreslo samtidig utvidet botid fra 2 til 3 år for å få tillatelse uten behov for fornyelse.

Fremmedlovutvalget ønsket å forenkle systemet med negative særreaksjoner og foreslo et system med utvisning med eller uten innreiseforbud ved siden av avvisning ved grensen. "Bortvisning" ble foreslått droppet. Avvisningskriteriene ble presisert og innsnevret noe.

I fremmedloven av 1956 var det en viss språklig forskjell mellom definisjonen av flyktning i lovens § 2 og flyktningkonvensjonens flyktningdefinisjon. Dette ble rettet på av utvalget gjennom å henvise direkte til konvensjonen og dens ordlyd. Utvalget drøftet og forkastet både en mulig utvidelse av flyktningbegrepet og innføring av en egen B-kategori for personer i flyktningliknende situasjoner[35]. Utvalget foreslo i stedet (lovutkastet § 12) å gi forvaltningen en hjemmel til å innvilge tillatelser på grunn av tilknytning eller særlig sterke menneskelige hensyn. Hjemmelen var ikke kun forbeholdt asylsøkere. Vernet mot tilbakesendelse (non refoulement) ble foreslått lovfestet i utkastets § 41. Det ble videre foreslått en rekke prosessuelle regler som hovedsaklig styrket utlendingens rettsstilling under saksbehandlingen.

Av administrative endringer foreslo utvalget å omdanne Statens utlendingskontor til et nytt Utlendingsdirektorat med betydelig utvidede oppgaver. Direktoratet skulle tillegges førsteinstanskompetanse i de fleste saker. Vedtak i direktoratet skulle påklages til Justisdepartementet. For visse typer vedtak foreslo utvalget en utvidet domstolsprøving. Dette skulle gjelde utvisning med innreiseforbud og avslag på visse typer oppholdstillatelser. Asylsaker skulle førsteinstansbehandles av en foreslått nyopprettet flyktningnemnd, med Justisdepartementet som klageorgan. Utvalget var imidlertid delt i synet på spørsmålene om klageorgan og Flyktningnemnd.

3.5.4.2 Ot. prp. nr. 46 (1986-87)

Justisdepartementets arbeid med utredningen resulterte i Ot.prp. nr. 46 (1986-87) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Lovforslaget fikk kortnavnet utlendingsloven. Proposisjonen avvek på en del punkter fra Fremmedlovutvalgets utredning, og loven fikk en helt annen redigering enn utvalgets forslag:

> "Departementet har foretatt en del endringer i utvalgets utkast, men en deler de fleste av de synspunkter utvalget gir uttrykk for når det gjelder de hensyn en ny lov bør ivareta."[36]

Under behandlingen i Justiskomiteen i Stortinget, Innst.O. nr. 92 (1987-88), ble det foretatt svært få endringer, selv om debatten var omfattende.

Komiteen senket strafferammen i lovens § 30 som verner utlending med bosettingstillatelse mot utvisning. Mens forslaget fra departementet var at en utlending med bosettingstillatelse kun kunne utvises for kriminelle handlinger med en strafferamme på 10 år eller mer, senket komiteen strafferammen til 3 år og åpnet for utvisning ved brudd på straffelovens bestemmelser om narkotikaforbrytelser (strl. § 162 og § 162a) uansett strafferamme. Det ble også foretatt noen mindre endringer i reglene om fri rettshjelp (§ 42), meldeplikt (§ 45) og transportøransvar (§ 46).

I kapittel 1 ble formålsbestemmelsen noe endret og inkluderte at "Loven skal gi grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger og andre utlen-

34. NOU 1983:47 s 11.
35. NOU 1983:47 s. 291-294.
36. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 27.

dinger som er forfulgt" (§ 2 tredje ledd). Utvalgets forslag om internasjonale reglers forrang ble videreført. Stortinget ble gitt en særlig rolle i forvaltningen av loven, jf. § 5 første ledd:

> "Stortinget godkjenner hovedprinsippene for reguleringen av innvandringen."

Kapittel 2 omhandler arbeid, opphold og bosetting m.m. Stortinget sluttet seg til at vilkårene for utlendingers opphold og arbeid i hovedsak bør framgå av forskrifter for at loven skulle være

> "et fleksibelt instrument for den innvandringspolitikk som til enhver tid ønskes ført [ ]".[37]

Hjemmelen for å gi innvandringsregulerende vilkår ble fastsatt i loven § 5 annet ledd. Loven videreførte utvalgets forslag om en lovfestet rett til arbeids- eller oppholdstillatelse dersom de innvandringsregulerende vilkårene er oppfylt, underhold og bolig er sikret, og det ikke foreligger omstendigheter som gir grunn til å nekte utlendingen opphold. Utvalgets forslag om et ytterligere vilkår om at det er gitt riktige opplysninger om forhold som har betydning for avgjørelsen av søknaden, ble droppet[38]. Departementet gikk bort fra den foreslåtte forenklingen med én tillatelsestype, og opprettholdt tidligere praksis med både en arbeidstillatelse og en oppholdstillatelse. Loven inneholder videre en rett til familiegjenforening for de nærmeste familiemedlemmer, men presiseringen av begrepet ble overlatt til forskriftregulering (§ 9). Loven gir en lovfestet rett til bosettingstillatelse etter 3 års sammenhengende oppholdstillatelse (§ 12).

Kapittel 3 gjelder vernet mot forfølgelse. Anbefalingen fra Fremmedlovutvalget om en direkte henvisning til flyktningkonvensjonen artikkel 1 A som definisjon på flyktning etter loven ble opprettholdt. Man fulgte også opp utvalgets anbefaling om ikke å utvide flyktningdefinisjonen, eller innføre en ny kategori "flyktninger", men innførte i stedet en oppholdstillatelse av "humanitære grunner". Siden denne bestemmelsen skulle gjelde i alle saker, ble den plassert i kapittel 2 (§ 8 annet ledd). Vernet mot utsendelse (non refoulement) ble lovfestet i § 15. Personer som var vernet mot utsendelse, men ikke oppfylte kriteriene i flyktningkonvensjonen, skulle få oppholdstillatelse av humanitære grunner. Anerkjennelse som flyktning ble foreslått å innebære et rettskrav på asyl, med nærmere presiserte unntak (§ 17). Retten til reisebevis for flyktninger, samt regler om overføring av flyktninger ble foreslått lovfestet.

Kapittel 4 omhandler regler om inn- og utreise, grensepassering, pass og passkontroll. Det ble innført en forskriftshjemmel til å pålegge fører av skip eller luftfartøy å kontrollere at reisende har gyldig reisedokument (§ 23 tredje ledd). Det ble *ikke* innført materielle vilkår for innvilgelse av innreisetillatelse (visum), men gitt hjemmel til å fastsette dette i forskrift (§ 25 tredje ledd). Departementet antydet fire hovedhensyn som kan ligge til grunn for å avslå en visumsøknad: det foreligger en bort- eller utvisningsgrunn, utenrikspolitiske hensyn, sikkerhetsmessige grunner eller innvandringspolitiske hensyn.[39]

Kapittel 5 omhandler reglene om bortvisning og utvisning. Som nevnt over, foreslo Fremmedlovutvalget en forenkling av tidligere regler, gjennon å operere med avvisning på nærmere vilkår, og utvisning med eller uten innreiseforbud. Bortvisning ble deretter sløyfet. Departementet fastholdt det gamle systemet med bortvisning og utvisning, og sløyfet i stedet "avvisning". Hjemmel for bortvisning ble forholdsvis detaljert regulert (§ 27). Kompetanse til å fatte bortvisningsvedtak ble lagt til politimesteren (unntatt i saker om "rikets sikkerhet" eller "tvingende samfunnsmessige hensyn", § 27 g) hvis sak var reist innen 7 dager etter innreisen. Ellers skulle saken avgjøres av Utlendingsdirektoratet. Hvis utlendingen påberopte seg et beskyttelsesbehov, skulle saken alltid forelegges Utlendingsdirektoratet. Utlending som har arbeidstillatelse, oppholdstillatelse eller bosettingstillatelse skulle ikke kunne bortvises. Hjemmel for utvisning (med innreiseforbud) ble innført ved grovt eller gjentatte brudd på utlendingsloven, ved straff for forhold med en strafferamme på over 3 måneder, eller av hensyn til rikets sikkerhet eller tvingende samfunnsmessige hensyn. Utvisning av utlending som er straffet for et forhold med en strafferamme på over 3 måneder, skulle ikke skje "dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene" (§ 29 annet ledd). Det ble innført et absolutt vern mot utvisning for utlending som er født i landet og senere har bodd her, og et utvidet vern mot utvisning for utlendinger som fyller kravene til å få bosettingstillatelse (§ 30). Fremmedlovutvalgets forslag om at en utlending kunne *vedta* utvisning, for dermed å slippe videre straffeforfølging, ble ikke fulgt opp.

I kapittel 6 omtales regler om saksbehandling og rettshjelp. Forvaltningslovens alminnelige gyldighet i utlendingssaker ble lovfestet. Selv om

37. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 52.
38. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 56.
39. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 114-118.

dette også var gjeldende rett etter fremmedloven av 1956, ble det ansett som en viktig synliggjøring. Noen forslag fra utvalget som ga utlendingen større partsrettigheter enn forvaltningsloven, ble droppet. I asylsaker, bortvisnings-, og utvisningssaker ble det vedtatt at utlendingsmyndighetene skulle sørge for at utlendingen får mulighet til å framlegge sin sak på et språk han/hun kan kommuniserer forsvarlig på (§ 33 annet ledd). Det ble videre innført regler om politiets identifiseringsarbeid, rettslig avhør, overprøving av vedtak og iverksetting av vedtak. Det ble vedtatt regler om fri rettshjelp ved bruk av tvangsmidler overfor en utlending. Det samme ble gjort gjeldende i sak om bortvisning, utvisning, tilbakekall av tillatelse og ved søknad om asyl.

I siste kapittel, kapittel 7, innføres en rekke forskjellige bestemmelser. Det ble foreslått en egen bestemmelse om rett til å nekte tillatelse av hensyn til rikets sikkerhet, utenrikspolitiske hensyn eller tvingende samfunnsmessige hensyn. Departementet begrunnet forslaget til bestemmelse slik:

> "Særlig fordi en innfører en lovfestet rett til opphold og arbeid i § 8 er det nødvendig å lovfeste unntaksbestemmelser som gjøre det mulig å ta slike hensyn."[40]

Det ble videre innført regler om legitimasjonsplikt, møteplikt og opplysningsplikt for utlendinger, samt hvem som kan pålegges å gi melding om utlending som er gjest, kunde, passasjer osv. (§ 45). Det ble også vedtatt regler om ansvar for utgifter ved uttransportering av utlending uten tillatelse og straff for brudd på loven. Straffebestemmelsen skulle også ramme

> "organisert virksomhet som drives i vinnings hensikt og som går ut på mot betaling å hjelpe utlendinger til Norge [ ]."[41]

Fremmedlovutvalgets forslag om ulike klageveier avhengig av sakstype, oppretting av en Flyktningnemnd mv. ble ikke fulgt opp. Loven la førsteinstanskompetanse i hovedsak til Utlendingsdirektoratet, også i asylsaker, og la klagemyndigheten til Justisdepartementet.

3.5.4.3 Viktige lovendringer etter 1988

Utlendingsloven har blitt endret en rekke ganger. Dels har dette vært endringer av selve loven, og dels har det vært endringer som følge av endringer i andre lover. Lovendringene er av varierende viktighet med hensyn til materielt innhold. Nedenfor gjennomgås de viktigste materielle endringene siden loven ble vedtatt.

Lovens § 37 om identifisering ble endret ved *lov av 3. juli 1992 nr. 94*. Bakgrunnen for lovendringen var en økende bekymring for at flere utledninger som kom til landet som asylsøkere, ikke hadde identitetsdokumenter eller framla falske eller forfalskede dokumenter. Det ble vedtatt en utvidet adgang til å ta foto og fingeravtrykk på rutinemessig grunnlag og ikke som før ved mistanke. Det ble videre vedtatt en adgang til å registrere dataene i en egen database, samt en utvidet adgang til å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Lengstetiden for fengsling ble utvidet fra 2 uker til 12 uker. Høringsforslaget om å gi politiet adgang til søk i dette nye spesielle registeret i forbindelse med etterforskning av straffbare handlinger ble ikke fremmet for Stortinget. Departementet uttalte i denne forbindelsen:

> "Departementet er blitt stående ved foreløpig ikke å ville la forskriften omfatte en slik bruk av registeret. Det vil være naturlig at en nå konsentrerer seg om å etablere registeret for å dekke de behov som knytter seg til utlendingers identitet og dermed status og opphold i Norge. Skulle utviklingen gjøre det ønskelig med en utvidet bruk av registeret som nevnt, vil departementet vurdere nærmere om dette bør fremgå av selve loven, slik flere høringsinstanser har foreslått."[42]

Begrensningen mot søk i registeret for å avdekke straffbare handlinger ble imidlertid opphevet ved lovendring i juni 2003.

Som følge av inngåelsen av EØS-avtalen ble det *ved lov av 27. november 1992 nr. 113* foretatt en rekke endringer i utlendingsloven. Hensikten var å inkorporere reglene om fri bevegelighet for personer innenfor EØS-området i utlendingslovgivingen. Reglene ble gitt som særregler for utlendinger som ble omfattet av EØS-avtalen, og medførte ingen endringer for andre utlendinger. Lovteknisk ble endringen gjort ved å tilføye et nytt kapittel 8 i loven. Utlending som omfattes av EØS-avtalen, unntas fra lovens krav i § 6. Slike utlendinger trenger ikke arbeidstillatelse, og oppholdstillatelse kan søkes etter innreise. Tillatelsen gis normalt for 5 år og kan fornyes. Personer som skaffer seg arbeid, kan tiltre arbeidet umiddelbart. Arbeidsforhold av inntil 3 måneders varighet trenger ikke oppholdstillatelse. Det ble gitt særregler om oppholdstillatelse til familiemedlemmer og hjemmel til å gi forskrift om fortsatt opphold i landet etter avsluttet yrkesaktivitet. Utlending som får tillatelse etter det

40. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 170.
41. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 185.
42. Ot.prp. nr. 83 (1991-92) s. 14.

nye kapittel 8, omfattes ikke av reglene om bosettingstillatelse i lovens § 12. Det ble også gitt egne begrensede regler om bortvisning og utvisning for personer som har fått tillatelse i medhold av det nye kapittel 8.

I 1995 ble også mellombels lov om arbeidsløyve eller opphaldsløyve til personar frå Bosnia-Hercegovina vedtatt. Bakgrunnen for loven var krigen på Balkan og de store ankomstene av asylsøkere fra Bosnia-Hercegovina, som i 1994 var kommet opp i 10 500 personer. Ankomstene førte til et stort trykk på saksbehandlingssystemet, og loven skulle gi hjemmel til å legge til side behandlingen av selve asylsøknaden, mens det i stedet ble gitt en arbeids- eller oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd i loven. Søknaden om asyl skulle kunne legges til side i 3 år. Loven skulle ha tidsbegrenset gyldighet fram til 31. desember 1997.

I 1996 fremmet Justisdepartementet en todelt proposisjon, Ot.prp. nr . 38 (1995-96).

Del 1 inneholdt forslag til innføring av regler om en klagenemnd i utlendingssaker. Flertallet i justiskomiteen mente at det burde opprettes en egen Flyktningnemnd som skulle behandle avslag på søknad om asyl, mens det i andre utlendingssaker fremdeles skulle være departementet som var klageorgan. Denne delen av proposisjonen ble derfor sendt tilbake til departementet for nærmere utredning, Innst.O. nr. 24 (1996-97), se nedenfor.

Del 2 var i hovedsak et forslag til lovfesting i utlendingsloven av prinsippet om kollektiv beskyttelse, til erstatning for mellombels lov om arbeidsløyve eller opphaldsløyve til personar frå Bosnia-Hercegovina, som skulle gjelde generelt. Det ble foreslått en ny bestemmelse i loven, § 8a om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon. Hjemmel for å beslutte når bestemmelsen skulle tre i kraft, ble lagt til Kongen i statsråd. Bestemmelsen ga hjemmel til å stille en asylsøknad i bero i inntil tre år. Samtidig gis det en generell arbeids- og oppholdstillatelse etter lovens § 8 annet ledd. Tillatelsen danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse. Etter tre år kan utlendingen få en tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse, og vil få bosettingstillatelse etter ett år med slik tillatelse. Søknaden om asyl tas kun til individuell behandling enten etter tre år dersom søkeren ber om det, eller dersom adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt på et tidligere tidspunkt. Det ble videre foreslått enkelte endringer i noen bestemmelser om beslutningsnivå i forvaltningen og en skjerping av straffebestemmelsen (§ 47). Strafferammen for såkalt menneskesmuling ble økt fra to til fem år, og kravet til økonomisk gevinst av handlingen ble redusert slik at det ikke lenger skulle være nødvendig å føre bevis for *faktisk* økonomisk vinning, men at dette hadde vært *hensikten*. Det ble også foreslått en endring i lovens § 17 som gjør det mulig å innvilge en midlertidig tillatelse til asylsøker med endelig avslag på søknad om asyl, der vedtaket for tiden ikke iverksettes. Departementet uttalte:

> "Det som oppnås ved bestemmelsen, er å formalisere utlendingens opphold i landet i tidsrommet fra endelig vedtak til iverksetting finner sted."[43]

Justiskomiteen sluttet seg til dette endringsforslagene i Innst.O. nr 24 (1996-97).

I 1998 la Justisdepartementet fram en ny proposisjon om endringer i utlendingsloven.[44] Dette var dels en oppfølging av Stortingets tilbakemelding på ønsket om å utrede en alternativ klageordning enn det departementet fremmet i Ot.prp. nr. 38 (1995-96). Og det var dels forslag til endringer i en rekke andre bestemmelser for å tilpasse lovgivingen til dette. Departementet opprettholdt, med visse tilpasninger, forslaget om å etablere en Utlendingsnemnd som klageorgan for alle utlendingssaker, men fremmet også et alternativt forslag om en Flyktningnemnd som klageorgan i asylsaker, slik Stortinget hadde bedt om. Det ble videre fremmet forslag om organiseringen av en utlendings/flyktningnemnd og hvilken instruksjonsmyndighet departementet skulle ha over de ulike forvaltningsorganene. For å sikre nemndas uavhengighet ble det foreslått at departementet kun skulle ha adgang til å instruere om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder hensynet til riktes sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn, men ikke ellers[45]. Dette skulle også gjelde for departementets instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsdirektoratet.

Forslaget om begrensningen i instruksjonadgangen har en lengre historie. I Ot.prp. nr 38 (1995-96), som delvis ble sendt tilbake til departementet for ny vudering, jf. ovenfor, fremmes forslaget med følgende begrunnelse:

> "Utlendingsloven regulerer et meget viktig saksområde. Den politiske styringen har tilsvarende stor betydning. En kan lett få inntrykk av at den politiske styringen med feltet dreier seg om å gripe inn i den enkelte sak fordi det stort sett er enkeltsakene som omtales i media og fordi også den mer generelle debatten som regel tar utgangspunkt i en enkelt avgjørelse.

43. Ot.prp. nr. 38 (1995-96) s. 32.
44. Ot.prp. nr 17 (1998-99).
45. Lovens § 38 første ledd.

Avgjørelsene er imidlertid en følge av et regelverk, tidligere praksis og hensynet til likebehandling. Dette gjelder også i saker der vedtaket beror på skjønnsmessige kriterier.

Etter departementets oppfatning vil det være uforenlig med opprettelsen av en frittstående klagenemnd å beholde den samme muligheten til politisk styring med enkeltsakene på utlendingsfeltet som en har i dag. Dersom en først oppretter en nemnd, ligger det implisitt i ordningen at både lovtolking, skjønnsutøvelse og avgjørelsen av enkeltsaker bør overlates til nemnden. I tillegg til at det ville være uholdbart for nemnden å måtte rette seg etter politiske instrukser om dette, ville det være uholdbart at justisministeren skulle ha myndighet til å gripe inn på disse områdene. Departementet foreslår at hovedregelen skal være at nemnden verken skal kunne instrueres om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker."[46]

Justiskomiteen uttalte til dette:

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

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

[ ]

Fleirtalet ser at oppretting av ei flyktningnemnd vil endra rolledelinga mellom Utlendingsdirektoratet og departementet. Fleirtalet vil difor føreslå at heller ikkje Utlendingsdirektoratet skal kunne instruerast om lovtolking, skjønsutøving, eller avgjerder i einskildsaker innanfor Flyktningnemnda sitt arbeidsområde."[47]

I Ot.prp. nr. 17 (1998-99) ble det også foreslått å endre bestemmelsen om tillatelsers varighet, slik at det ble mulig å gi en tillatelse varighet for 1, 2 eller 3 år. Regelen om automatisk bortfall av bosettingstillatelse ved opphold 2 år utenfor landet, ble foreslått endret slik at det skulle fattes vedtak om bortfall. Dette skulle bedre rettsikkerheten ved at det både ble en varslingsplikt og uttalelsesadgang, og en klageadgang. Reglene om identifisering i § 37 ble foreslått presisert, og det ble foreslått 3 nye bestemmelser om kompetanse og framgangsmåte, som skulle utfylle denne. En utlendings, og eventuell garantists, plikt til å dekke utgifter staten har ved å føre en utlending ut av landet, ble foreslått presisert i § 46.

Justiskomiteens flertall sluttet seg til proposisjonens anbefaling om en utlendingsnemnd som klageorgan for alle saker etter utlendingsloven, og uttaler i Innst.O. nr. 42 (1998-99):

"Flertallet vil understreke at den viktigste grunnen til å opprette en utlendingsnemnd er å styrke rettssikkerheten i saker som er av så stor betydning for den enkelte søker. Det dreier seg ikke bare om den reelle rettssikkerheten, men også hvilken oppfatning av rettssikkerheten den enkelte har. Et nøytralt, uavhengig, domstolsliknende organ som klageinstans vil sannsynligvis i større grad ha mulighet til å kunne forvalte en rettferdig likebehandling i tråd med regelverket enn det dagens ordning har. Det er også sannsynlig at færre saker vil bli reist for domstolene når det er et domstolsliknende organ som er ankeinstans."

Komiteen sluttet seg også til de øvrige forslagene i proposisjonen.

I 1999 ble det vedtatt en ny lov om Schengen informasjonssystem (SIS), og endringer i utlendingsloven, utleveringsloven, politiloven og straffeloven, jf. Ot.prp. nr. 56 (1998-99). Endringene var en oppfølging av Stortingets samtykke i 1997 til ratifikasjon av samarbeidsavtalen mellom Norge, Island og Schengenlandene.[48] SIS er et vesentlig element i Schengensamarbeidet. Registeret er databasert og til bruk i alle Schengenland. Innen gitte rammer og fastlagte vilkår kan medlemslandene utveksle visse typer informasjon via registeret blant annet for å ivareta felles ytre grensekontroll, bekjempe kriminalitet og sikre offentlig orden og sikkerhet. Forslagene til endringer i utlendingsloven var dels knyttet til reglene om inn- og utreise (visum og bortvisning, Schengen yttergrensekontroll og fast utreisekontroll), og dels til å kunne unnlate å realitetsbehandle en asylsøknad fra søker som kan kreves mottatt av et land som deltar i samarbeidet i henhold til Dublinkonvensjonen.

SIS-loven inneholder blant annet regler om hvem som er ansvarlig for registeret i Norge, regler om informasjonssikkerhet, vilkår for registrering, hvilke opplysninger som kan registreres, bruk og utlevering av opplysninger og regler om sletting av registrerte opplysninger. Av spesiell interesse for utlendingslovgivingen er lovens § 7 nr. 2 om at utvisning med innreiseforbud kan registreres. I praksis vil dette si at en utlending som er utvist fra Norge og som er innmeldt i SIS-registe-

46. Ot.prp. nr 38 (1995-96) s. 10
47. Innst. O. nr. 24 (1996-97) s. 3.
48. Jf. St.prp. nr. 42 (1996-97) og Innst.O. nr. 229 (1996-97).

ret, skal nektes innreise til hele Schengen-territoriet, jf. Schengenkonvensjonens art. 96. En utlending som er innmeldt i SIS-registeret av et land etter denne bestemmelsen, kan likevel få tilgang til Schengen-territoriet etter en konsultasjon med den innmeldende part, jf. Schengenkonvensjonens art. 25, dersom vektige grunner tilsier det. Det siktes da særlig til humanitære grunner eller internasjonale forpliktelser.

I 2000 fremmet Justisdepartementet tre proposisjoner om endringer i utlendingsloven. En av endringene gjaldt avgjørelsesmyndigheten i visumsaker.[49] Som følge av Schengenavtalen kunne ikke lenger honorære konsulater utstede visum, kun norske utenriksstasjoner. Schengenavtalen åpner imidlertid for at det kan inngås samarbeidsavtaler med andre Schengenland om representasjonsavtaler, det et land kan overlate saksbehandlingen i visumsaker til et annet Schengen-land. Der det er inngått slike avtaler, har representasjonsstaten likevel kun adgang til å *innvilge* søknaden. Endringsforslaget var en tilpasning av loven på dette området.

En annen endring gjaldt lovens §§ 38a og 38b om organiseringen av, og arbeidet i Utlendingsnemnda[50]. Opprinnelig var det vedtatt at hver nemnd settes med en nemndleder og 4 legmedlemmer. Det ble vedtatt, før Utlendingsnemnda hadde trådt i funksjon, å begrense antall nemndmedlemmer til to i tillegg til nemndleder. Det ble også vedtatt at klager ikke må anmode om å få møte personlig for nemnda, men at dette skal avgjøres av nemndleder i hver enkelt sak. Det ble videre vedtatt at Den norske advokatforening, etter eget ønske, ikke skal gis anledning til å foreslå nemndmedlemmer, og endring i reglene om hvem som representerer staten ved søksmål.

1. januar 2001 overtok Kommunal- og regionaldepartementet ansvaret for forvaltningen av utlendingsloven fra Justisdepartementet. Alt ansvar for utlendingsforvaltningen og tilhørende regelverk var nå samlet i ett departement. Neste lovendringsproposisjon ble derfor fremmet av Kommunal- og regionaldepartementet våren 2001. Endringsforslaget var todelt. For det første omhandlet forslaget endringer i prosedyrereglene for søknad om arbeidstillatelse, jf. lovens § 6. Forslaget var oppfølging av en rapport fra en statssekretærgruppe om lettelser i adgangen til å rekruttere etterspurt arbeidskraft fra land utenfor EØS-området. Statssekretærgruppa foreslo å utvide adgangen for personer med adgang til å oppholde seg i landet i 3 måneder eller mer å søke om første gangs arbeidstillatelse fra Norge som *spesialist*. For utlendinger som søker om arbeidstillatelse på annet grunnlag enn som spesialist, skulle lovens hovedregel fremdeles være at første gangs tillatelse måtte være gitt før innreise. Gruppa foreslo videre å gi enkelte utenriksstasjoner adgang til å innvilge arbeidstillatelse som spesialist, samt å gi politiet myndighet til å innvilge arbeidstillatelser. Endringsforslaget var videre en oppfølging og tilpasning av loven til Norges tilslutning til Eurodac-forordningen, det europeiske fingeravtrykkssamarbeidet.

Under behandlingen i kommunalkomiteen fikk departementets forslag til endringer i § 6 en annen ordlyd.[51] Flertallet gikk inn for å fjerne begrensningen om at det kun var søknader om arbeidstillatelse som *spesialist* som kunne fremmes i Norge. Da saken ble behandlet i Odelstinget ble en tredje ordlyd vedtatt, som innebar at utlending med adgang til å oppholde seg i landet i 3 måneder eller mer kunne fremme søknad om arbeidstillatelse som *spesialist eller sesongarbeider* fra landet, jf. Besl.O. nr. 137 (2000-2001). Etter dette kan visumfrie utlendinger, samt utlendinger med visum for 3 måneder, søke om arbeidstillatelse som spesialist eller sesongarbeider mens de oppholder seg i landet. Utlending som oppholder seg i landet i forbindelse med søknad om asyl eller i påvente av utreise etter avslag på asylsøknad, er imidlertid ikke omfattet.

I mars 2002 ble lovens § 11 om utlendingers stilling i landet mens søknad om fornyet tillatelse er til behandling, endret. Videre ble § 21 annet ledd endret slik at den kunne gi hjemmel for å avgjøre spørsmålet om flyktningstatus for overføringsflyktninger samtidig med at det gis innreisetillatelse. Det ble også foretatt en tilføying i § 16 første ledd som ga departementet fullmakt til å gi forskrift om en nærmere presisering av vilkårene for å kunne anses som flyktning. Endringen var en oppfølging av stortingsbehandlingen av St.meld. nr. 17 (2000-2001). En rekke endringer i lovens kapittel 8 ble også vedtatt. Hensikten var å likestille utlendinger som omfattes av EFTA-konvensjonen med utlendinger som omfattes av EØS-avtalen.

Som en oppfølging av FN-konvensjonen om bekjempelse av finansiering av terrorisme og Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 28. september 2001, la Justisdepartementet fram Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) våren 2002. Proposisjonen foreslo endringer i straffeloven og straffeprosessloven samt enkelte andre lover, inkludert utlendingsloven. Departementet foreslo to nye straffebud i straffeloven, §

49. Ot.prp. nr. 57 (1999-2000).
50. Ot.prp. nr. 19 (2000-2001).
51. Innst.O. nr. 128 (2000-2001).

147a og 147b som direkte retter seg mot terrorisme. For å oppfylle Sikkerhetsrådets resolusjon pkt 2 c:

> "Deny safe haven to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide safe havens"

ble det foreslått endringer i utvisningsbestemmelsene i utlendingsloven, §§ 29, 30 og 58. Det ble ikke foreslått krav om endelig dom for brudd på de nye bestemmelsene i straffeloven for å kunne utvise etter de endrete bestemmelsene. I henhold til departementets forslag skulle det være tilstrekkelig å konstatere sannsynlighetsovervekt for at bestemmelsene var overtrådt.

I Innst.O. nr. 70 (2001-2002) uttaler justiskomiteen dette om endringene i utvisningsbestemmelsene:

> "Flertallet støtter derfor departementets forslag om å innføre nye utvisningsbestemmelser i utlendingsloven § 29, § 30 og § 58. Har en utlending overtrådt straffeloven § 147a eller § 147b, skal det etter flertallets syn kunne føre til utvisning selv om det ikke foreligger rettskraftig straffedom. Når utlendinger blir ansett for å være en så stor fare for samfunnet som overtredelser av disse bestemmelsene tilsier, må hensynet til rikets sikkerhet veie tyngst. I tillegg vil flertallet bemerke at utvisning er en viktig sikkerhetsventil i enkeltstående og sjeldne tilfeller hvor utlevering eller domstolsbehandling ikke er aktuelt."

Komiteen sluttet seg deretter til de foreslåtte endringene i utlendingsloven.

Av tre lovendringer i 2003 nevnes at forbudet mot søk i fingeravtrykksregisteret for asylsøkere for å avdekke straffbare handlinger ble opphevet, jf. Ot.prp. nr. 49 og Innst.O. nr. 97 (2002-2003). Videre ble utlendingsloven endret for å tilpasses den nye Dublinforordningen om ansvaret for behandling av asylsøknader innenfor Dublinsamarbeidet, jf. Ot.prp. nr. 95 (2002-2003).

Gjennom en lovendring i juni 2004 vedtok Stortinget å senke kravet til strafferamme for utvisning på grunnlag av straffbart forhold. Mens vilkåret for utvisning tidligere var at det straffbare forholdet hadde en strafferamme på minst ett års fengsel dersom utlendingen hadde midlertidig oppholdstillatelse, besluttet Stortinget at også overtredelse av enkelte straffebud med lavere strafferamme skal kunne føre til utvisning. Tilsvarende ble vilkåret om 3 års strafferamme for utvisning av utlending med bosettingstillatelse endret til et krav om 2 års strafferamme.

Ny § 11a ble vedtatt i utlendingsloven ved lov 02.07.2004 nr. 66, som trådte i kraft den 01.10.2004.[52] Bestemmelsen fastsetter en plikt for Arbeidstilsynet til å føre tilsyn med at vilkårene for arbeidstillatelse samt oppholdstillatelse for arbeidstaker[53] følges i virksomhetene for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår og stillingens omfang. Enhver som er underlagt tilsyn etter bestemmelsen skal, når Arbeidstilsynet krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Arbeidstilsynet er dessuten forpliktet til å varsle utlendingsmyndighetene ved mistanke om overtredelse av vilkårene eller om at utlendingen ikke har nødvendig tillatelse. Petroleumsmyndighetene er gitt samme tilsynsansvar på sitt myndighetsområde.

3.5.4.4 Endringen i instruksjonsadgangen

Som nevnt over ble utlendingsforvaltningen omorganisert med virkning fra 1.1.2001. Klager over vedtak fattet i Utlendingsdirektoratet, som tidligere ble behandlet i Justisdepartementet, blir etter endringen behandlet i den nyopprettede Utlendingsnemnda. Utledningsnemnda ble opprettet som et uavhengig klageorgan, og det er gitt saksbehandlingsregler for nemnda i lovens § 38a og § 38b, samt i utlendingsforskriften §§ 133-143. Etter omorganiseringen ble departementets instruksjonsmyndighet innskrenket. Lovens § 38 fastslår at departementet kan instruere om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder hensynet til rikets sikkerhet og utenrikspolitiske hensyn, og om avgjørelsen av enkeltsaker som innbefatter slike hensyn. For øvrig kan departementet verken instruere om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan imidlertid instruere om prioritering av saker. Det vises til gjennomgangen over av Ot.prp. nr 17 (1998-99) om endringen i instruksjonsadgangen etter opprettingen av Utlendingsnemnda og bestemmelsens bakgrunn.

Departementets styring med praksis i Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda må etter dette skje gjennom lov og forskrift.

Gjennom St.meld. nr. 21 (2003-2004) Styringsforhold på utlendingsfeltet, fremmet regjeringen bl.a. forslag om at departementet skal kunne gi generelle instrukser til Utlendingsdirektoratet om

---

52. Se Ot.prp. nr. 77 (2003-2004) om lov om endringer arbeidsmiljøloven, ligningsloven, utlendingsloven og allmenningsloven, samt Innst. O. nr. 103 (2003-2004).
53. Jf. utlendingsloven §§ 51 første ledd bokstav a og 58a

lovtolking og skjønnsutøvelse. Regjeringen varslet også mulige tiltak for å få bedre kontroll med praksis i Utlendingsnemnda. Gjennom debatten i Stortinget fikk regjeringen tilslutning til sine forslag. Regjeringen har varslet en lovproposisjon i løpet av høsten 2004 som vil inneholde forslag til de nødvendige lovendringer.

I utvalgets mandat pkt. 17 heter det at utvalget skal legge til grunn de organer som behandler utlendingssaker i dag. Utvalget skal heller ikke vurdere ansvarsfordelingen mellom departementet på den ene side og de øvrige organer når det gjelder kompetansen i enkeltsaker. Med denne begrensningen i utvalgets mandat kommenteres ikke instruksjonsadgangen ytterligere. Utvalget legger til grunn det som er den rettslige situasjonen før en lovproposisjon om endring av styringsforholdene eventuelt blir behandlet av Stortinget i løpet av høsten 2004.

3.5.5 Domstolskontrollen med utlendingsforvaltningen

Utlendingsloven opererer med et toinstanssystem. Vedtak fattet i Utlendingsdirektoratet kan påklages til Utlendingsnemnda, som er den endelige forvaltningsmessige klageinstans. Der politiet eller utenriksstasjonene avgjør saker i førsteinstans, avgjør Utlendingsdirektoratet en eventuell klagesak med endelig virkning. I en del saker anmoder personer om at Utlendingsnemnda omgjør sitt vedtak, blant annet som følge av at det anføres nye opplysninger. Ut over dette må en avgjørelse fattet av Utlendingsnemnda angripes ved å bringe saken inn for domstolene.

Bare et fåtall av sakene som avgjøres i Utlendingsnemnda blir brakt inn for domstolene. I 2002 ble staten v/Utlendingsnemnda saksøkt i 69 saker. Av disse hadde 54 sitt grunnlag i avslag på søknad om asyl. Sammenliknet med det totale antall klagesaker nemnda avgjorde i 2002, utgjør dette om lag 0,6%. I 2003 ble det anlagt 74 søksmål mot staten v/ Utlendingsnemnda.

De aller fleste domsavsigelsene på utlendingsfeltet er underrettsavgjørelser. Få saker ender i Høyesterett. Det finnes ingen tilgjengelig statistikk over utfallet av sakene, men staten får medhold i det store flertallet av dem, spesielt i saker med spørsmål om hvorvidt asylsøkere har krav på beskyttelse.

Omfanget av domstolenes prøving av vedtak i utlendingssaker avhenger forenklet sagt av om avgjørelsen hører under forvaltningens frie skjønn eller om avgjørelsen beror på rettsanvendelse. Når det gjelder beskyttelse, virker det klart at domstolene foretar full overprøving av lovens § 15 i forhold til vern mot utsendelse. Domstolene har imidlertid vist tilbakeholdenhet med hensyn til spørsmålet om hvilken status som skal gis til asylsøkere som innvilges opphold av beskyttelsesgrunner. Dette følger av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1991 s. 586 (Abdi). I forhold til spørsmålet om domstolenes prøvelsesadgang, gjaldt saken forståelsen av flyktningkonvensjonens flyktningbegrep i art. 1A(2), nærmere bestemt i hvilken utstrekning såkalte subjektive sur place-tilfeller omfattes av definisjonen. (Med "subjektiv sur place" menes at behovet for vern mot forfølgelse som nevnt i flyktningkonvensjonen har oppstått som følge av utlendingens egne handlinger - for eksempel politisk aktivitet - etter at utlendingen forlot hjemlandet.) Flertallet mente at de subjektive sur place-tilfellene *ikke* lå innenfor flyktningbegrepets kjerneområde, og at saksøkeren av den grunn ikke hadde et *rettskrav* på asyl.[54] Med tilslutning fra tre dommere uttalte førstvoterende blant annet:

> "Jeg legger til grunn at flyktningebegrepet etter fremmedloven og flyktningekonvensjonen har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningekonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis. Domstolenes prøvelsesrett vil da neppe kunne bli mer omfattende enn ved prøving av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn. Men også den nærmere avgrensning av kjerneområdet må i første omgang tilligge forvaltningsmyndighetene, og domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve de standpunkter som inntas. Først og fremst fordi avgjørelsene forutsetter innsikt i blant annet internasjonal flyktningepraksis, en innsikt domstolene ikke forvalter, men det har også betydning at alternativet til innvilgelse av asyl regulært vil være å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag." [55]

Abdi-dommen er kritisert i juridisk teori,[56] men er lagt til grunn i senere rettspraksis.[57]

Høyesterett har i flere saker tatt stilling til gyldigheten av vedtak om utvisning, jf. utlendingslo-

54. Saksøkeren hadde blitt innvilget opphold på humanitært grunnlag.
55. Førstvoterende var i mindretall mht. resultatet.
56. Einarsen s. 78 flg. og Erik Boe i Lov og Rett 1994 s. 323

ven §§ 29 og 30. Utvisning kan ikke finne sted dersom det fremstår som et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I dommer inntatt i Rt. 1998 s. 1795 og Rt. 2000 s. 591 har Høyesterett lagt til grunn at domstolene fullt ut kan prøve denne forholdsmessighetsvurderingen. For øvrig har det ikke vært tvil om at domstolene fullt ut kan prøve forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8, som i høy grad overlapper forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §§ 29 og 30.

Med tanke på den betydelige mengde vedtak utlendingsforvaltningen treffer hvert år, må det kunne sies at antall søksmål mot staten på feltet har vært forholdsvis lavt. Få saker har blitt behandlet av Høyesterett, og det er forvaltningen som først og fremst har stått for rettsutviklingen, blant annet ved Justisdepartementets retningslinjer for nye asylkriterier av 13.01.1998.

[57] For øvrig er tolkning av menneskerettskonvensjoner, særlig EMK, er den senere tid flere ganger behandlet av Høyesterett, jf. blant annet Rt. 2000 s 996, Rt. 2001 s. 1006 og Rt. 2002 s 557.

Kapittel 4
Rettspolitisk utvikling internasjonalt. Folkerettens stilling i norsk rett

4.1 De folkerettslige rettskildene

Traktater er folkerettslig bindende avtaler inngått mellom stater eller internasjonale organisasjoner. Traktatretten binder i utgangspunktet kun de parter som uttrykkelig har erklært seg bundet. På visse rettsområder viser stater stor tilbakeholdenhet med å inngå bindende avtaler. Det gjelder ikke minst utlendingers adgang til staten og rettigheter som tilkjennes dem. Flyktningkonvensjonen og menneskerettighetskonvensjonene utgjør viktige unntak fra denne tendensen.

Stater anser seg også folkerettslig bundet gjennom sedvanerettslige forpliktelser. Forbudet mot tortur er et eksempel på dette. Det innebærer at også stater som ikke har ratifisert torturkonvensjonen bryter folkeretten hvis de utøver tortur eller returnerer en person til et område hvor han eller hun risikerer tortur. Retten til å søke asyl, som også er nedfelt i FNs menneskerettighetserklæring av 10.12.1948 artikkel 14, er også et sedvanerettslig prinsipp. For at stater skal bli sedvanerettslig forpliktet må de mene at de er det (opinio juris), og et tilstrekkelig antall stater må ha ment dette over en viss tid. FN-resolusjoner med gjentatt innhold flere år på rad kan derfor føre til sedvanerettsutvikling. Dette forklarer blant annet at non refoulement-prinsippet er folkerettslig sedvane og bindende også for stater som ikke har ratifisert for eksempel flyktningkonvensjonen.

I tillegg til de folkerettslige hovedrettskildene kommer rekommandasjoner, resolusjoner og erklæringer vedtatt av internasjonale organisasjoner. Slike regler har status som "soft law". De er i utgangspunktet ikke juridisk bindende, men har betydning som tolkningsinstrumenter.

Mange av flyktningrettens rettskilder er "soft law"-instrumenter. Viktigst i denne sammenheng er de årlige konklusjonene som vedtas av UNHCRs eksekutivkomité. Dette er resolusjoner som støttes av FNs generalforsamling etter godkjenning fra ECOSOC[1]. De inneholder anbefalinger om både tolkning av flyktningkonvensjonen og andre flyktningpolitiske spørsmål. Også UNHCRs håndbok[2] er av betydning som rettskilde selv om statene ikke er bundet til å følge den. UNHCR er gitt som mandat å verne om flyktningkonvensjonen. Statene har også forpliktet seg til å samarbeide med UNHCR. Statspraksis i overensstemmelse med håndboken bidrar videre til ensartet praktisering av flyktningkonvensjonen.

Ved vedtakelsen av menneskerettskonvensjoner som for eksempel torturkonvensjonen, kvinnekonvensjonen og barnekonvensjonen ble det samtidig opprettet spesialkomiteer hvor enkeltsaker fremmes og komiteene uttaler seg om enkeltstaters praksis. Uttalelser fra disse komiteene gir viktige føringer for tolkningen av de forskjellige bestemmelsene i folkerettsinstrumentene.

Flyktningretten er preget av at den består av fragmenterte rettskilder. For det første fordi den må suppleres av menneskerettighetsprinsippene og prinsipper fra den humanitære folkeretten. For det annet fordi mye av flyktningretten er "soft law". Dette vanskeliggjør anvendelsen, blant annet fordi "soft law" er mindre kjent enn de konvensjonelle rettskildene. Gjennom å påvirke statenes praktisering av folkerettslige forpliktelser, og ved i visse tilfeller å danne grunnlag for sedvanerettsdannelse, spiller imidlertid også "soft law" en viktig rolle, og bidrar til en dynamisk tolkning av utlendingsretten.

4.2 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten

Det er grundig redegjort for forholdet mellom norsk rett og internasjonale forpliktelser blant annet på s. 107-124 i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering. Utvalget viser til redegjørelsen der, og vil bare kort omtale enkelte hovedpunkter i det følgende.

Ifølge presumsjonsprinsippet forutsettes norsk rett å stemme med folkeretten. Det innebærer at man ved tolkningen av norske regler skal søke å

1. Economic and Social Council

2. Se nærmere i kapittel 6.1.2

unngå tolkningsresultater som fører til konflikt med folkerettslige regler. Det forutsetter kunnskap om folkerettslige forpliktelser og folkerettslige rettskilder i anvendelsen av nasjonal rett.

Det er opp til den enkelte stat hvordan folkerettslige forpliktelser skal gjennomføres i intern rett. I noen lands rettssystemer har folkeretten umiddelbar internrettslig virkning. Slike rettssystemer kalles med et stikkord for "monistiske". I andre land, som i Norge, bygger man derimot på et "dualistisk" prinsipp, hvilket betyr at den nasjonale gjennomføring krever et særskilt rettslig grunnlag.

I Norge opererer man med tre hovedmetoder for gjennomføring/innarbeiding av konvensjonsforpliktelser: *Inkorporasjon*, *transformasjon* og *konstatering av rettsharmoni*.[3]

- Inkorporasjon vil si å gi en konvensjon lovs kraft ved å vise til konvensjonen i en lovbestemmelse. For eksempel fastslås det i § 2 i lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling (menneskerettsloven), at den europeiske menneskerettskomensjon og tre FN-konvensjoner skal gjelde som norsk lov og endog gis forrang, jf § 3.
- Transformasjon betyr at konvensjonsforpliktelser omarbeides (omdannes) til nasjonal rett ved at det gis lovregler som tilfredsstiller konvensjonens krav, dvs. at lovgivningen gis et tilsvarende innhold som konvensjonen. Et eksempel er utlendingsloven § 19 første ledd. Bestemmelsen gir regler om reisebevis for flyktninger og gjennomfører flyktningkonvensjonen artikkel 28 nr. 1 i bearbeidet form.
- Konstatering av rettsharmoni betyr at man mener å kunne slå fast at det allerede er samsvar mellom den nasjonale rett og folkeretten. For eksempel ble reglene i norsk intern rett ikke ansett for å stå i strid med bestemmelsene i kvinnekonvensjonen da denne ble ratifisert i 1981.[4] Når man kan konstatere at det foreligger rettsharmoni mellom nasjonal rett og en bestemt traktat, er det ikke nødvendig å treffe særskilte tiltak for å gjennomføre de forpliktelsene som følger av konvensjonen.

En begrenset form for inkorporasjon er det som kalles "delmonisme" eller "sektormonisme". Med dette sikter man til at det i lovs form fastsettes at folkeretten har gjennomslag på bestemte saksområder. For eksempel slår straffeloven § 1 annet ledd fast at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten.

Det følger av utlendingsloven § 4 at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Med denne bestemmelsen mente lovgiver

> "å slå fast som alminnelig regel at Norges internasjonale forpliktelser på [utlendingslovens] område skal ha umiddelbar internrettslig virkning hvis dette er i utlendingens favør".[5]

Følgelig råder det sektormonisme på utlendingsrettens område. Selv om utlendingsloven § 4 ikke eksplisitt gir uttrykk for at de inkorporerte konvensjonene går foran ved eventuell motstrid med interne rettsregler, slik som i for eksempel menneskerettsloven § 3, forutsetter forarbeidene at konvensjonene skal ha forrang.

I tillegg er flyktningkonvensjonen artikkel 1A inkorporert i utlendingsloven § 16 første ledd, mens reglene i artikkel 1C til 1F er inkorporert i § 16 annet ledd. Utlendingsloven § 15 første ledd første punktum er en transformasjon av flyktningkonvensjonen artikkel 33 (*non refoulement*-bestemmelsen), mens annet punktum gjennomfører EMK artikkel 3. Utlendingsloven § 18 første ledd om virkning av asyl fastsetter at utlending med flyktningstatus har den rettsstilling som følger av norsk lov og flyktningkonvensjonen eller annen overenskomst med fremmed stat om flyktninger. Utlendingsloven § 19 første ledd er som nevnt en transformasjon av flyktningkonvensjonen artikkel 28 nr. 1. Vilkåret i utlendingsloven §§ 29 annet ledd og 30 annet ledd om at utvisning ikke må være et uforholdsmessig tiltak, reflekterer den tolkning av EMK artikkel 8 som er lagt til grunn av Den europeiske menneskerettsdomstol. Utlendingsloven kapittel 8 har særlige regler om utlendinger som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen, og reflekterer Norges forpliktelser etter disse traktatene.

4.3 Internasjonale rettsregler om beskyttelse

4.3.1 Innledning

Den viktigste internasjonale konvensjonen for personer som søker beskyttelse i et annet land enn sitt

3. NOU 1972:16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett s. 13-15
4. Høringsnotat av 08.08.2003 om innarbeiding av FNs kvinnekonvensjon i norsk lov, med henvisninger til St.prp. nr. 72 (1980-81), Innst. S. nr. 196 (1980-1981) s. 2 og Forhandlinger i Stortinget nr. 187. 30. mars 1981 s. 2882-2887.
5. NOU 1983:47 s. 314

eget er Convention relating to the status of refugees (flyktningkonvensjonen) av 1951 med tilleggsprotokoll av 1967. Konvensjonen og prinsippene som trekkes opp her er grunnpilaren i internasjonal flyktningbeskyttelse. Konvensjonen har universell utbredelse, den er ratifisert av over 140 land, og prinsippet om non refoulement (artikkel 33) antas i dag å være etablert folkerett som vil være bindende selv for land som ikke har ratifisert konvensjonen.

Ved siden av konvensjonen eksisterer det en rekke internasjonale rettsregler, universelle og regionale, av betydning for internasjonal beskyttelse. Under kapittel 4.3.2 skal det gis en oversikt over relevante internasjonale rettsregler av betydning, direkte og indirekte, for Norges forpliktelser til å gi mennesker på flukt beskyttelse.

I tillegg til selve konvensjonsteksten etablerer ofte internasjonale konvensjoner (som nevnt i kapittel 4.1) egne organer som skal følge opp og overvåke at konvensjonen blir fulgt. Disse organene kan som regel gi bindende og/eller veiledende uttalelser om forståelsen av konvensjonen. Der dette er relevant for spørsmålet om internasjonal beskyttelse, kommenteres det også i det følgende.

4.3.2 Universelle regler

4.3.2.1 Flyktningkonvensjonen

Kjernen i flyktningkonvensjonens flyktningbegrep fremgår av artikkel 1A (2) i konvensjonen:

> "enhver person som [ ] på grunn av at han har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse [ ]."

Flyktningdefinisjonen inneholder en begrensning i tid, slik at flyktningbegrepet kun omfatter personer som er fordrevet som følge av begivenheter inntrådt før 1. januar 1951. Konvensjonen gir også adgang for statene til å operere med en geografisk begrensning, jf. artikkel 1B(1). Så vel den geografiske som den tidsmessige begrensningen er bortfalt så vel for Norge som for de aller fleste andre konvensjonsstatene, jf. artikkel 1B(1)(a) og tilleggsprotokoll av 31. januar 1967.

Flyktningkonvensjonen inneholder ingen bestemmelse om rett til asyl, og benytter heller ikke begrepet asyl i konvensjonsteksten. Konvensjonen har imidlertid en rekke bestemmelser om flyktningers rettigheter i oppholdslandet (asyllandet), for eksempel med hensyn til ikke-diskriminering, religionsutøvelse, private rettsforhold mv. Den sentrale bestemmelsen i beskyttelsessammenheng er den såkalte "non refoulement-regelen" i artikkel 33 (1), hvoretter en flyktning er vernet mot tilbakesendelse til områder der han risikerer forfølgelse:

> "Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe."

Flyktningkonvensjonen har også regler om eksklusjon som blant annet gjelder personer som anses uverdige for flyktningstatus og regler om opphør av flyktningstatus som regulerer tilfeller hvor utlendingen ikke lenger har et beskyttelsesbehov som flyktning.

Det eksisterer ikke noe internasjonalt overprøvingsorgan som kan avgjøre individklager over statenes manglende overholdelse av forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. Teoretisk kan saker bringes inn for Den internasjonale domstolen i Haag. I og med at det kun er stater som kan bringe saker inn for denne domstolen, har ikke Haagdomstolen noen praktisk funksjon i forhold til å overprøve statenes praktisering av flyktningkonvensjonen. Det er heller ikke noe organ som har mandat til å avgi rettslig forpliktende uttalelser om tolkningen av konvensjonen selv om UNHCR er gitt i oppgave å overvåke anvendelsen av flyktningkonvensjonens bestemmelser. Statene har imidlertid forpliktet seg til å samarbeide med UNHCR, jf. statuttene artikkel 8 og flyktningkonvensjonen artikkel 35.

4.3.2.2 UNHCR-statuttene og ExCOM-konklusjonene

Det første Høykommissariatet for flyktninger ble opprettet etter tiltak av Nasjonenes Forbund i 1921, med Fridtjof Nansen som den første flyktningkommissær. De organisasjonsmessige forhold skiftet noe i den senere mellomkrigstid og de første år etter den annen verdenskrig. Etter vedtak av FNs generalforsamling i 1949 ble organisasjonen FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) opprettet fra og med 1. januar 1951 som et underordnet FN-organ.[6] UNHCR rapporterer årlig til FNs generalforsamling, gjennom ECOSOC.

6. www.unhcr.ch

UNHCRs opprinnelige mandat følger av statutter gitt av FNs generalforsamling i 1950 om å gi beskyttelse og hjelp til personer som faller inn under mandatet. Dette sammenfaller i det store og hele med personkretsen som dekkes av FNs flyktningkonvensjon av 1951, men har ikke på samme måte som flyktningkonvensjonen noen direkte henvisning til forfølgelsesgrunnen "medlemskap i en spesiell sosial gruppe". Statuttene har heller ikke samme tidsmessige og geografiske begrensning som flyktningkonvensjonen.

I situasjoner med masseflukt er det i praksis umulig å fastslå om en gitt person tilhører nevnte personkrets. UNHCRs virksomhet må da skje på grunnlag av en vurdering av hele gruppers stilling. I slike situasjoner har generalforsamlingen fra tilfelle til tilfelle gitt UNHCR i oppdrag å ta seg av konkret angitte grupper av flyktninger. Slike oppdrag omtales som geografiske resolusjoner. Videre er det klart at personer som faller utenfor UNHCRs opprinnelige mandat kan være i en flyktningliknende situasjon og ha et beskyttelsesbehov. Generalforsamlingen har autorisert UNHCR til å bistå slike personer gjennom den såkalte *"good offices procedure"*. Man taler i slike tilfeller ofte om personer *"of concern to the Office"* eller personer som *"angår"* UNHCR. I realiteten er UNHCR dermed pålagt å arbeide med en vesentlig videre personkrets enn den som falt innenfor det opprinnelige mandatet. Følgende grupper kan i dag anses å være omfattet av UNHCRs mandat:[7]

- personer som har flyktet fra hjemlandet på grunn av frykt for forfølgelse av slike grunner som nevnt i artikkel 6 i UNHCRs statutter
- personer som har flyktet fra hjemlandet av liknende grunner som nevnt over
- personer som flyktet fra hjemlandet av flere ulike grunner, som f.eks. borgerkrig og hungersnød

I tillegg blir også UNHCR i særlige tilfelle gitt mandat til å hjelpe internt fordrevne personer.

Utviklingen av UNHCRs mandat har ikke ledet til noen tilsvarende utvidelse av flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen, og UNHCRs mandat omfatter derfor i dag en langt mer omfattende krets av personer, enn dem som er omfattet av flyktningkonvensjonen.[8]

Når det gjelder betydningen av uttalelser fra UNHCR og UNHCRs håndbok for tolkingen av flyktningkonvensjonen, vises det særlig til kapittel 6.1.2.

Som et særskilt styringsorgan (*advisory committee*) for UNHCR er Høykommissærens eksekutivkomité (ExCom) opprettet. Oppgavene for ExCom er grovt sagt å rådgi UNHCR i forhold til arbeidet innenfor UNHCRs mandat og godkjenne UNHCRs hjelpeprogrammer. Medlemmene av ExCom velges blant medlemsland av ECOSOC

> "on the widest possible geographical basis from those States with a demonstrated interest in and devotion to the solution of refugee problems".[9]

Det søkes også å oppnå en balanse mellom flyktningproduserende og flyktningmottakende land. Norge er ett av medlemmene. ExCom hadde tidligere to underkomiteer, en for beskyttelse og en for administrative og finansielle spørsmål. I 1995 ble disse underkomiteene erstattet av en enkelt underkomité, ExCom's Standing Committee, som møtes fire ganger årlig og vedtar beslutninger og konklusjoner vedrørende spørsmål som gjelder internasjonal beskyttelse.

4.3.2.3 Vern mot utsendelse. Torturforbudet

Som nevnt i avsnitt 4.3.2.1 finnes det i flyktningkonvensjonen artikkel 33(1) et forbud mot såkalt *refoulement*. Artikkel 33(1) er innarbeidet i norsk utlendingsrett gjennom utlendingsloven § 15 første ledd første punktum.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16.12.1966 (SP) artikkel 7 forbyr bruk av tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff. SP er innarbeidet i norsk rett både gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 3 og utlendingsloven § 4. Gjennom praksis fra FNs menneskerettskomité har også SP artikkel 7 fått ekstraterritoriell anvendelse ved at statene ikke gis adgang til å sende noen til et område hvor vedkommende risikerer å bli utsatt for slike krenkelser

7. Jf. Vigdis Vevstad: Refugee Protection – A European Challenge (1998) s. 102

8. Fremmedlovutvalget drøftet i sin innstilling muligheten for å lovfeste et utvidet flyktningbegrep i utlendingsloven av 1988. Utvalget bemerket i denne forbindelse blant annet følgende på s. 292: "Når det gjelder tanken om å lovfeste et utvidet flyktningebegrep, vil utvalget imidlertid ta utgangspunkt i at den personkrets som f eks Høykommissærens utvidede mandat omfatter, ikke nødvendigvis bør eller må falle sammen med den personkrets statene er rettslig forpliktet til å yte beskyttelse. Det kan anføres gode grunner for at Høykommissæren bør ha et noe videre og friere mandat enn en definisjon som setter grense for statenes rettslige forpliktelser." Jf. også særlig Fremmedlovutvalgets merknader på s. 148: "Det er helt klart at statene har utviklet Høykommissærens oppgave med hensyn til å arbeide for slik beskyttelse og har støttet ham i dette arbeidet, men de har på den annen side ikke selv vært særlig villige til å foreta noen endringer i de forpliktelser som påhviler dem til å gi territorial beskyttelse."

9. "Introductory note" fra UNHCR til statuttene.

som bestemmelsen nevner. Også FNs konvensjon mot tortur 26.06.1987 (torturkonvensjonen) forbyr *utsendelse* til en medlemsstat hvor vedkommende står i fare for å bli utsatt for tortur, jf. artikkel 3(1). Konvensjonen er inkorporert i norsk utlendingsrett gjennom utlendingsloven § 4.

Med grunnlag i blant annet flyktningkonvensjonen artikkel 33(1) og tilsvarende bestemmelser i SP artikkel 7 og torturkonvensjonen artikkel 3, gjelder et folkerettslig sedvanerettsprinsipp om at ingen må sendes til et sted hvor de risikerer å bli utsatt for grove overgrep som tortur eller umenneskelig behandling, jf. kapittel 4.1. For øvrig vises det til kapittel 6 for en nærmere omtale av de nevnte bestemmelser.

4.3.2.4 Andre universelle menneskerettsbestemmelser

I tillegg til de menneskerettsbestemmelsene med direkte ekstraterritoriell anvendelse som er nevnt ovenfor, finnes det andre menneskerettsbestemmelser som ikke i seg selv etablerer noe vern mot utsendelse, men som er av stor viktighet for forståelsen av blant annet flyktningkonvensjonens beskyttelsesregler. Som et generelt utgangspunkt kan det sies at en risiko for alvorlig krenkelse av fundamentale menneskerettigheter vil gi rett til vern etter de konvensjonsbestemmelsene som gir et ekstraterritorielt beskyttelsesvern. På denne måten vil også menneskerettsbestemmelser i kvinnekonvensjonen, barnekonvensjonen og konvensjonen mot rasediskriminering kunne ha relevans uten at konvensjonene inneholder noen egne bestemmelser med direkte ekstraterritoriell virkning.

4.3.2.5 Internasjonale prosesser og initiativ

I forbindelse med at det i 2001 var 50 år siden flyktningkonvensjonen ble til, tok UNHCR høsten 2000 initiativ til en bred dialog mellom stater og andre aktører om beskyttelse av flyktninger - de såkalte *globale konsultasjoner*. Dette ledet til en deklarasjon fra statenes side hvor man bekreftet flyktningkonvensjonens sentrale plass, samtidig som man erkjente at konvensjonen ikke er tilstrekkelig til å gi alle trengende nødvendig beskyttelse. Man utarbeidet derfor en egen plan - *Agenda for protection* - som ble vedtatt av UNHCRs eksekutivkomité høsten 2002. Sentrale målsettinger er blant annet å styrke implementeringen av flyktningkonvensjonen, oppnå en rimeligere byrdefordeling statene imellom, samt å tilfredsstille kvinners og barns særlige behov for beskyttelse. Planen består av om lag 170 tiltak som skal supplere konvensjonen og gi verdens flyktninger bedre beskyttelse. I tillegg til Handlingsplanen har FNs Høykommissær også foreslått en såkalt *Convention Plus approach,* som innebærer et forslag om at landene skal inngå mer forpliktende avtaler på områder som ikke er omfattet av flyktningkonvensjonen. *Convention Plus* inkluderer blant annet planer for å håndtere masseflukt og forslag om at statene bør inngå multilaterale avtaler om gjenbosetting av flyktninger.

I mars 2003 la Storbritannia frem et forslag om en ny tilnærming til asyl- og flyktningpolitikken i Europa. Bakgrunnen for forslaget var blant annet at fordelingen av støtte til flyktninger er ujevnt fordelt. Videre viste man til at ulovlig innreise ofte er nødvendig for å kunne flykte til Vesten, hvilket i mange tilfeller innebærer at man må betale kriminelle betydelige beløp. Man viste også til at mange asylsøkere ikke fyller vilkårene for flyktningstatus. Storbritannia tok til orde for beskyttelse i nærområder, opprettelse av sentre i trygge tredjeland som utlendinger kan overføres til, mens de venter på at asylsøknadene deres blir behandlet av EU-landene. De som innvilges flyktningstatus skulle deretter bli gjenbosatt i et europeisk land, mens de øvrige skulle bli sendt tilbake til sine hjemland. Forslaget ble nedstemt på møtet i Det europeiske råd i Thessaloniki i juni 2003. Etter dette har EU kommisjonen arbeidet videre med forslag om bedre kontroll med migrasjonen til Europa. Blant annet foreslås utvidet bruk av kvoteordninger i samarbeid med UNHCR. Forslaget har foreløpig ikke vært gjenstand for drøftelse i rådet.[10]

I januar 2004 foreslo UNHCR at EU burde opprette en felles asylsaksbehandlingsenhet og opprette mottakssentre hvor bestemte kategorier asylsaker kan bli behandlet av erfarne saksbehandlere fra hele unionen. UNHCR tok videre til orde for at EU burde inngå avtaler med tredjeland for å effektivisere uttransporteringen av personer som har fått avslag på søknad om asyl, og danne et system for byrdefordeling for å unngå at en håndfull medlemsstater blir sittende med ansvaret for uforholdsmessig mange asylsøkere (på grunn av Dublinregelverket jf. kapittel 4.4.2).

10. Communication on the Managed Entry in the EU of persons in need of international protection and the Enhancement of the Protection Capacity of the Region of Origin "Improving Access to Durable Solutions", 4.6.2004 COM(2004) .

4.3.3 Regionale regler

4.3.3.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) ble vedtatt i 1950. EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. Kontrollorganet er Den europeiske menneskerettsdomstol (Menneskerettsdomstolen), som har sete i Strasbourg. Enkeltindivider kan selv fremme klager mot konvensjonspartene. Det er imidlertid en forutsetning at nasjonale rettsmidler er uttømt.

EMK opererer ikke med noe flyktningbegrep, og pålegger ikke statene noen plikt til å gi asyl eller opphold. Konvensjonen har imidlertid en bestemmelse i artikkel 3 som fastsetter at

> "ingen må utsettes for tortur eller umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff".

EMK artikkel 3 har gjennom Menneskerettsdomstolens praksis fått anvendelse som et supplement til flyktningkonvensjonen artikkel 33, ved at bestemmelsen anses å være til hinder for at medlemslandene returnerer noen til et område hvor vedkommende risikerer å bli utsatt for krenkelser etter artikkel 3. EMK artikkel 3 er nærmere omtalt i kapittel 6.4.2.2.

4.3.3.2 EUs statusdirektiv

Amsterdamtraktaten, som trådte i kraft 1. mai 1999, er det sentrale rettsgrunnlag for EUs arbeid med sikte på å harmonisere medlemsstatenes flyktning- og asylpolitikk. Med bakgrunn i denne skulle EUs medlemsland innen 1. mai 2004 vedta en rekke regelverk på asylområdet. Samlet utgjør disse det såkalte "felles europeiske asylsystem" (Common European Asylum System). Systemet utgjøres av regler om hvem som er å anse som flyktning og hvem som ellers anses å ha behov for internasjonal beskyttelse (statusdirektivet), regler om asylprosedyre (prosedyredirektivet), regler om midlertidig beskyttelse, Dublin II, Eurodac-forordningen og regler om mottak av asylsøkere. I tillegg, ut fra en byrdefordelingstankegang, er det også vedtatt å etablere et felles flyktningfond for EUs medlemsland.

Ingen av disse regleverk er bindende for Norge med unntak av Dublin II og Eurodac-forordningen som vi har sluttet oss til gjennom særlig avtale.

Neste fase i arbeidet er medlemsstatenes transformasjon av regelverkene til nasjonal lovgivning og utvikling av felles asylpolitikk i praksis. Også EF-domstolen vil kunne få betydning for praksisutviklingen.

Ett av produktene av denne prosessen er EUs direktiv om flyktningstatus og subsidiær beskyttelse, det såkalte statusdirektivet.[11]

Det fremgår av formålsparagrafen i artikkel 1 at direktivet angir minimumsstandarder for når tredjelandsborgere og statsløse skal anses å kvalifisere for "internasjonal beskyttelse" som omtalt i artikkel 2(a). Internasjonal beskyttelse består av to elementer; "flyktningstatus" og "subsidiær beskyttelse". Direktivet gir også regler om innholdet i den internasjonale beskyttelsen. Etter direktivet artikkel 4 står medlemsstatene fritt til å beholde eller vedta nasjonale regler (og praksis) som avviker fra reglene i direktivet, såfremt det er til gunst for de tredjelandsborgere som kvalifiserer for beskyttelse, og de nasjonale reglene ellers er i samsvar med direktivet.

Artikkel 2 er direktivets definisjonsbestemmelse. Det fremgår blant annet av direktivets artikkel 2(c) at EUs flyktningdefinisjon bygger på flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Artikkel 2(e) definerer hvem som har krav på subsidiær beskyttelse. Artikkel 2(e) bygger på EMK artikkel 3, slik sistnevnte bestemmelse har blitt tolket og anvendt av Den europeiske menneskerettsdomstol.

I direktivet artikkel 4 er det gitt retningslinjer om bevis- og risikovurderingen. Artikkel 5 slår fast at et beskyttelsesbehov som oppstår *sur place* (dvs. etter at vedkommende person er kommet til det land der han eller hun ber om beskyttelse) kan danne grunnlag for flyktningstatus, med mindre den enkelte medlemsstat har bestemt at flyktningstatus som regel ikke skal kunne innvilges på grunnlag av selvutløst forfølgelsesfare. Artikkel 6 definerer hvem som anses som forfølger, herunder ikke-statlige agenter som var ett av de mest kontroversielle forhandlingsspørsmål, og artikkel 7 gir regler om hvem som kan forutsettes å gi beskyttelse i utlendingens hjem- eller opprinnelsesland. I artikkel 8 er det gitt regler om når det kan være aktuelt å henvise søkeren til et internt fluktalternativ. I artikkel 9 er forfølgelsesbegrepet definert, mens begrepet "alvorlig skade" (som er et vilkår for å få subsidiær beskyttelse) er definert i artikkel 15. Artikkel 10 gir retningslinjer for tolkningen av forfølgelsesgrunnene. Det er også gitt regler om

11. Council directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (2004/83/EC).

opphør av og eksklusjon fra både flyktningstatus og subsidiær beskyttelse. Artikkel 21 forbyr *refoulement*. I kapittel VII er det gitt regler om beskyttelsens innhold, blant annet om vern om familiens enhet, oppholdstillatelse, reisedokument, samt om adgang til arbeid, utdannelse, velferdsordninger, helsetjenester og bolig. En egen bestemmelse om enslige, mindreårige asylsøkeres rettigheter er gitt i artikkel 30.

Rettsvirkningene av flyktningstatus og subsidiær beskyttelse er ikke identiske. Personer som innvilges flyktningstatus skal etter artikkel 24(1) gis en oppholdstillatelse av minimum tre års varighet fra det tidspunkt statusen er fastlagt. Fornyelse skal skje automatisk. Personer som innvilges subsidiær beskyttelse skal etter artikkel 24(2) gis en oppholdstillatelse av ett års varighet. Denne tillatelsen fornyes for ett år av gangen inntil behovet for beskyttelse opphører. De to kategoriene har også forskjellige rettsvirkninger med hensyn til hvilken adgang man kan kreve til arbeidsmarked, og sosiale ytelser, jf. artikkel 24(1) til 24(4).

Statusdirektivet er for øvrig nærmere omtalt i kapittel 6.

4.3.3.3 EU-direktivet om asylprosedyrer

Formålet med EUs prosedyredirektiv er at medlemslandene, i tråd med Amsterdamtraktaten artikkel 63(1)(d), vedtar felles minimumsregler om asylsaksbehandlingen, hurtigprosedyrer, klageadgang osv. Utkast til direktiv ble politisk vedtatt 29. april 2004, men er ikke endelig vedtatt. Det kan først skje etter ny parlamentsbehandling høsten 2004.

Direktivet er ment å dekke alle søknader om asyl, enten disse fremmes på grensen, i en sjøhavn, på en flyplass, i transitt eller på et medlemslands territorium. Reglene gjelder også søknader om andre beskyttelsesformer som "subsidiær beskyttelse".

Ifølge direktivet skal asylsøkere gis nødvendig informasjon om asylprosedyrene og om rettigheter og plikter på et språk de forstår. Rett til juridisk bistand er også tatt inn. Det overlates til medlemsstatene å fastsette omfanget av gratis bistand, men det skal ytes i tilfelle avslag i første instans. Prosedyredirektivet tillater bruk av internering, men ikke kun på det grunnlag at en person søker asyl. I tilfelle internering skal saken behandles raskt, men for øvrig er direktivteksten, i motsetning til tidlige utkast, ikke utdypet på dette punkt.

Normal saksbehandlingstid bør ifølge direktivet ikke overstige seks måneder. I mange tilfeller tillater direktivet bruk av hurtigprosedyrer. Det gjelder for eksempel saker som anses grunnløse ("unfounded") og helt faller utenfor flyktningkonvensjonen eller statusdirektivet. Det samme gjelder tilfeller hvor asylsøknaden anses ubegrunnet fordi søkeren kommer fra et såkalt "trygt hjemland" - som EU skal etablere en felles liste for - eller fra et "trygt tredjeland". Land som omfattes av begrepet "trygge tredjeland" er land hvor man anser at en asylsøker ikke risikerer forfølgelse, at flyktningkonvensjonens non refoulement-prinsipp respekteres, at det ikke er fare for brudd på EMK artikkel 3, og at det er mulig å søke asyl i samsvar med flyktningkonvensjonen. Direktivet overlater ellers til medlemslandene å fastsette anvendelsen av trygt tredjelandsbegrepet i nasjonal lovgivning.

Saker som ikke skal realitetsbehandles, og som etter direktivet er "inadmissible", vil være Dublinsakene. Det samme gjelder saker hvor et annet medlemsland allerede har innvilget flyktningstatus eller et ikke-medlemsland anses å være første asylland.

Regler om hurtigprosedyrer i forbindelse med de såkalt "trygge hjemland" og "trygge tredjeland" er kontroversielle, og UNHCR har uttrykt skepsis til prosedyredirektivet blant annet på denne bakgrunn. UNHCRs kritikk gjelder også det forhold at direktivutkastet overlater spørsmålet om å gi oppsettende virkning under klagebehandling til nasjonal lovgivning. Norge har ingen formell tilknytning til EUs prosedyrebestemmelser.

4.3.3.4 EU-direktivet om midlertidig beskyttelse

I juli 2001 vedtok EU et direktiv om midlertidig beskyttelse i massefluktsituasjoner, med gjennomføringsfrist 31.12.2002. Direktivet er omtalt i kapittel 6.8.2.

4.3.3.5 Direktiv om minimumsstandarder for mottak av asylsøkere

Et direktiv om felles minimumsregler om mottaksforhold (mottaksdirektivet) ble formelt vedtatt 27. januar 2003.

Formålet med mottaksdirektivet er å fastsette minimumsstandarder for mottaksforhold for asylsøkere i EU-området. Fellesambisjonen er å sørge for at alle medlemsland gjør nok for at asylsøkere skal ha en anstendig levestandard. Dette gjelder både for asylsøkeren og for hans eller hennes familie.

Mottaksdirektivet fokuserer på forskjellige mottaksforhold i forskjellige etapper i asylsaksbe-

handlingen og behandler særlige gruppers behov, for eksempel mindreårige.

Direktivet inneholder også bestemmelser som er ment å forbedre effektiviteten i nasjonale mottakssystemer. Dets formål er også å motarbeide at ulikheter i medlemslandenes mottakssystemer i seg selv er medvirkende til at asylsøkere flytter videre til et nytt land og driver asyl shopping. Denne form for sekundær bevegelse koster EU-landenes utlendingsforvaltning dyrt. Et vesentlig poeng med mottaksdirektivet er også å sikre asylsøkere et godt tilbud. Direktivet sikrer en viss form for rettferdighet landene imellom ettersom asylsøkere ikke har anledning til selv å bestemme hvilket land som skal behandle deres søknader. Det er fastsatt gjennom kriteriene for ansvarsfordeling mellom landene i Dublinregelverket. Også av denne grunn er det viktig å sikre at mottaksforholdene blir så like som mulig.

Direktivet inneholder bestemmelser om hva slags informasjon som bør gjøres tilgjengelig for asylsøkerne. De skal blant annet få vite hvor de kan henvende seg for å få bistand til å fremme asylsaken, for å få informasjon om organisasjoner som hjelper med hensyn til mottaksforholdene, med asylsaken, med helsemessig hjelp, osv. Det sies også at det er viktig at asylsøkerne får informasjon om hjelp med hensyn til retur til hjemland, med hensyn til språkopplæring osv.

Direktivet inneholder også en bestemmelse om at hver voksen asylsøker eller familiemedlem skal ha et dokument hvor det fremgår at vedkommende er asylsøker. Dersom det gir bevegelsesfrihet, er det viktig at det fremgår at vedkommende oppholder seg lovlig i landet. Enslige mindreårige asylsøkere skal ha et tilsvarende dokument.

Spørsmål som knytter seg til om asylsøkere skal ha full bevegelsesfrihet eller ikke mens saken er under behandling omfattes også. Dette var et av de vanskeligste problemene å finne felles syn på. Utgangspunktet er at asylsøkere skal ha bevegelsesfrihet, men at medlemslandene selv kan bestemme eventuelle begrensninger i hovedregelen.

Her sies videre i klartekst at asylsøkere ikke skal interneres alene av den grunn at de er asylsøkere. Medlemslandene oppfordres til å bruke andre alternativer enn fengsel eller leire.

Direktivet inneholder også spesifikke rettigheter om blant annet boforhold, familiens enhet, helsetilbud og skole- og yrkesutdanning. Når det gjelder adgang til arbeidsmarkedet var dette, som nevnt en meget debattert bestemmelse. Endelig tekst ivaretar de krav Tyskland fremmet. Arbeidsmarkedet er et sensitivt tema, ikke minst i land hvor arbeidsledigheten er høy.

4.3.3.6 Andre regionale beskyttelsesinstrumenter

Organisasjonen av amerikanske stater (OAS) ble opprettet ved en konvensjon (pakt) av 1948. Samme år ble et utkast til en amerikansk menneskerettighetserklæring vedtatt i Bogotà. Bogotàerklæringen anses som en autoritativ tolkning av paktens henvisninger til menneskerettighetene. I 1969 utarbeidet OAS den amerikanske menneskerettskonvensjon, som trådte i kraft i 1978. Konvensjonen omhandler både sivile og politiske rettigheter. Et bredt flyktningbegrep er inntatt i Cartagenaerklæringen som ti latinamerikanske land vedtok i 1984. Erklæringen danner grunnlaget for flyktningpolitikken i området, og er innarbeidet i flere lands lovgivning.

Også Unionen av afrikanske stater (OAU) har vedtatt en konvensjon om menneskerettigheter, som trådte i kraft i 1986. Konvensjonen omhandler sivile, politiske, kulturelle og sosiale rettigheter. OAU har videre vedtatt en konvensjon om afrikanske flyktningers rettsstilling, som trådte i kraft i 1974.[12] Konvensjonen opererer med et videre flyktningbegrep enn flyktningkonvensjonen, ved at personer som flykter fra krig og uro omfattes.

4.4 Schengensamarbeidet og Dublinregelverket

4.4.1 Schengensamarbeidet

4.4.1.1 Innledning

Schengensamarbeidet bygger på den samme grunnidé som den nordiske passunionen. Ved å avskaffe kontrollen på de indre grenser, samtidig som hvert land utfører yttergrensekontroll på vegne av de andre, styrkes samarbeidet og samhørigheten mellom landene, og bidrar til å gjennomføre prinsippet om fri bevegelighet av personer.

Schengensamarbeidet var opprinnelig (fra 1985) et samarbeid om opphør av grensekontroll mellom Benelux-landene, Frankrike og Tyskland. Senere ble også Spania, Portugal, Østerrike, Italia og Hellas med i samarbeidet. Storbritannia og Irland valgte å stå utenfor. Konvensjonen om Schengenimplementering (Schengenkonvensjonen) ble vedtatt i 1990 og trådte i kraft i 1995. Konvensjonen omfatter blant annet grensekontroll-, politisamarbeid og visumsamarbeid, og

12. Convention Governing the Specific Refugee Problems in Africa

etablerer altså et nytt europeisk reisefrihetsområde.

I St.prp. nr. 42 (1996-97) la Regjeringen til grunn at Norge var tjent med å delta i Schengensamarbeidet. Regjeringen viste til at samarbeidet ville sikre de nordiske pass- og reisefrihetsordningene, at Norge ville bli en del av et større reisefrihetsområde i Europa, og at et tettere politisamarbeid ville bedre mulighetene for å bekjempe internasjonal kriminalitet. Norge inngikk derfor en samarbeidsavtale med Schengenlandene sammen med Island i 1996, samtidig som Sverige, Danmark og Finland undertegnet avtaler om medlemskap i Schengen.[13] Som "assosiert medlem" av samarbeidet hadde Norge ikke stemmerett, men forslagsrett.

Schengensamarbeidet ble integrert i EU da Amsterdamtraktaten trådte i kraft i mai 1999. Det ble samtidig inngått en ny samarbeidsavtale mellom EU, Norge og Island.[14] Etter denne samarbeider Norge med EU på alle nivåer, fra ekspertgrupper til ministernivå, innenfor rammen av Fellesorganet. Norge er ikke bundet av vedtak i Rådet, men forplikter seg kun etter uttrykkelig aksept.

4.4.1.2 Nærmere om Schengenregelverket

Fremstillingen videre bygger på redegjørelsen i St.prp. nr. 42 (1996-97) kapittel 5.[15] Det vises til proposisjonen for en grundigere gjennomgang av Schengensamarbeidet og regelverket.

Schengenkonvensjonen definerer indre grenser som Schengenlandenes felles landegrenser, flyplasser for så vidt gjelder interne Schengenflygninger og havner for så vidt gjelder regelmessige fergeforbindelser mellom havner innenfor Schengenterritoriet. I henhold til konvensjonen artikkel 2 nr. 1 skal de indre grenser kunne passeres hvor som helst, uten personkontroll. Dette gjelder både borgere av Schengenland og såkalte tredjelandsborgere. Kontrollen kan imidlertid gjeninnføres midlertidig på de indre grenser dersom hensynet til statens sikkerhet eller den offentlige orden krever det, jf. artikkel 2 nr. 2. Schengenkonvensjonen er for øvrig ikke til hinder for at det foretas grensenære kontroller, typisk 2-3 kilometer inn på statenes eget territorium.

Konvensjonen kapittel 2 inneholder regler om kontroll på de ytre Schengengrenser. Grensekontrollen utføres av nasjonale kontrollmyndigheter, innenfor rammen av nasjonal lovgivning, men på vegne av samtlige Schengenland. Kontrollen skal være like god langs hele den ytre Schengengrense.

Det fremgår av Schengenkonvensjonen artikkel 9 nr. 1 at Schengenlandene er forpliktet til å harmonisere sin visumpolitikk. For å bidra til denne harmoniseringen, har statene utarbeidet felles lister over stater hvis borgere ikke er visumpliktige overfor noe Schengenland, og stater hvis borgere er visumpliktige overfor alle Schengenland. Listen over visumpliktige tredjeland kan fravikes når rask avgjørelse er påkrevd ut fra tvingende hensyn i nasjonal politikk. I så fall må vedkommende stat rådføre seg med de øvrige Schengenland på forhånd.

Utlending som har fått utstedt et standardvisum som er gyldig i alle Schengenland, kan fritt ferdes i alle landene så lenge visumet er gyldig, jf. artikkel 10 nr. 1. Standardvisumet kan utstedes for inntil tre måneders varighet. Schengenlandene kan også utstede nasjonalt visum som bare er gyldig på territoriet til det landet som utsteder det. Nasjonalt visum kan blant annet utstedes dersom det anses nødvendig av humanitære grunner, av nasjonale hensyn eller på grunn av internasjonale forpliktelser, jf. artikkel 16 sammenholdt med artikkel 5 nr. 2. Visum for opphold i mer enn tre måneder er også et nasjonalt visum, jf. artikkel 18. På visse vilkår gir et slikt visum likevel rett til å reise gjennom de øvrige Schengenland til det land som har utstedt visumet.

Schengenlandenes innvandringspolitikk er i prinsippet et nasjonalt anliggende og er ikke regulert i Schengenkonvensjonen. Det er derfor opp til den enkelte stat å fastsette regler for arbeids- og oppholdstillatelse, statsborgerskap osv. Kapittel 4 og 5 i konvensjonen inneholder likevel enkelte regler av betydning for tredjelandsborgeres opphold på Schengen-territoriet.

Artikkel 20 nr. 1 fastsetter at en visumfri tredjelandsborger fritt kan ferdes på Schengenlandenes territorium i inntil tre måneder i løpet av de seks første månedene etter innreise, forutsatt at innreisebetingelsene i artikkel 5 nr. 1 er oppfylt. Etter artikkel 21 kan en tredjelandsborger som har gyldig oppholdstillatelse utstedt av et Schengenland på visse vilkår ferdes på de andre landenes territorium i inntil tre måneder. Utlendingen må i så fall fylle innreisebetingelsene i artikkel 5 nr. 1 bokstav a, c og e. Vedkommende må også ha

13. Avtalen ble ratifisert 30.07.1997.
14. Avtale av 18.05.1999 inngått mellom Kongeriket Norge og Republikken Island og Rådet for Den europeiske union om de førstnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengenregelverket (Schengensamarbeidsavtalen)
15. St.prp. nr. 42 (1996-97) om samtykke til ratifikasjon av samarbeidsavtale av 19 desember 1996 mellom partene i Schengenavtalen og Schengenkonvensjonen, og Island og Norge om avskaffelse av personkontroll på de felles grenser

gyldig reisedokument, og kan ikke stå oppført på innreiselandets nasjonale liste over personer som skal nektes innreise. Borgere av visumpliktige land som har oppholdstillatelse i et Schengenland, behøver altså ikke visum for å reise inn i et annet Schengenland.

Tredjelandsborgere som ikke fyller vilkårene for opphold på et Schengenlands territorium, skal forlate Schengenterritoriet omgående, jf. artikkel 23 nr. 1. Artikkel 23 nr. 3 og 4 gir hjemmel for bortvisning.

Artikkel 25 kommer til anvendelse i tilfeller der en stat ønsker å gi oppholdstillatelse til en tredjelandsborger som er innmeldt i Schengen informasjonssystem (SIS) med henblikk på å nekte innreise, jf. artikkel 96. (SIS er nærmere omtalt nedenfor.) Bestemmelsen fastsetter at myndighetene må rådføre seg med det land som i sin tid meldte utlendingen inn i SIS. Sistnevnte lands synspunkter skal tillegges tilbørlig vekt, og tillatelse kan bare gis dersom "vektige grunner" tilsier det.

Et omfattende og effektivt politisamarbeid anses nødvendig for å kompensere for problemer som kan oppstå som følge av bortfallet av kontroll på de indre grenser. Politisamarbeidet i Schengen har mye til felles med det nordiske politisamarbeidet.

Artikkel 39 nr. 1 forplikter Schengenlandene til å sikre at deres politi, innenfor rammene av nasjonal lovgivning, yter gjensidig bistand for å forebygge og oppklare straffbare handlinger. Artikkel 40 og 41 gir hjemmel for såkalt grenseoverskridende observasjon og forfølgning over landegrensene. Belgisk politi kan for eksempel følge etter en mistenkt lovbryter over grensen til Frankrike, og eventuelt anholde vedkommende på fransk territorium. En liknende observasjons- og forfølgningsrett har i en årrekke vært praktisert over landegrensene mellom Norge, Sverige og Finland på grunnlag av nødrettsbetraktninger og sedvane.

Artikkel 45 pålegger Schengenstatene å sikre at hotell- og andre losjiverter sørger for at utenlandske gjester personlig fyller ut og undertegner erklæringsskjema, og at de identifiserer seg med gyldig legitimasjon. Dette gjelder både borgere av Schengenland og tredjeland.

Konvensjonen har også regler om rettslig samarbeid. Formålet er å supplere og styrke anvendelsen av blant annet den europeiske konvensjon av 20.04.1959 om gjensidig hjelp i straffesaker, jf. artikkel 48. Reglene i del III kapittel 3 går ut på at ingen skal rettsforfølges mer enn én gang for samme forhold, mens kapittel 4 til 7 har regler om utlevering, overføring av myndighet ved fullbyrding av straffedommer, narkotikabekjempelse og skytevåpen/ammunisjon.

SIS er et system av elektroniske dataregistre som er opprettet for at myndighetene i Schengenlandene enkelt og effektivt skal kunne utveksle opplysninger om personer og gjenstander i henhold til Schengenkonvensjonen. SIS er en grunnleggende forutsetning for at reglene om persontrafikk skal kunne håndheves og den indre sikkerhet i Schengenområdet ivaretas, jf. artikkel 93. Det er begrensninger på hvilke opplysninger som kan registreres og for hvilket formål, og det er opp til de nasjonale myndigheter å ta stilling til hvilke opplysninger som eventuelt skal registreres i den enkelte sak. Myndighetene må vurdere konkret om saken har slik betydning at registrering bør finne sted, jf. artikkel 94 nr. 1. Bare myndigheter med ansvar for grensekontroll og politi- og tollkontroll har rett til tilgang og søk, og man har bare adgang til å søke etter opplysninger man har behov for i sin tjeneste. Schengenlandenes utlendingsmyndigheter har også rett til tilgang til og søk i opplysninger som er registrert i medhold av artikkel 96. Bestemmelsen gir hjemmel for å registrere opplysninger om utlendinger som er innmeldt med henblikk på å nekte innreise. Av hensyn til personvernet er det gitt regler i del IV kapittel 3 om vern av personopplysninger og datasikring i SIS.

Den 17.12.2002 oppfordret EU-parlamentet Rådet om å gjøre endringer i Schengenkonvensjonen slik at det felleseuropeiske politikontoret EUROPOL kan få tilgang til SIS.[16] Det er politisk enighet på rådsnivå om at EUROPOL skal få slik tilgang, men det er pr. august 2004 ikke endelig vedtatt.

Behandlingen av opplysninger som er registrert i SIS, er regulert i lov om Schengen informasjonssystem 16.07.1999 nr. 66.

4.4.1.3 Oppsummering. Utviklingen fremover

Norges tilslutning til Schengensamarbeidet har medført endringer til gunst for noen, og til ugunst for andre. Kontrollregimet er blitt strengere, og personer som tidligere var visumfrie, kan ha blitt visumpliktige som følge av harmoniseringen av visumpolitikken. På den annen side kan personer som tidligere var visumpliktige ha blitt visumfrie, samtidig som utlendinger som får et standard Schengenvisum som regel vil ha rett til å bevege seg fritt på hele Schengenterritoriet. Også visumfrie tredjelandsborgere, og visumpliktige tredje-

16. European Parliament legislative resolution 9408/2002 – C5-0317/2002 – 2002/0813 (CNS)

landsborgere med oppholdstillatelse i et Schengenland, har fått mer vidtrekkende rettigheter.

EU og Schengenlandene er opptatt av å styrke kontrollen med yttergrensene. Dette vil sette preg på utviklingen av samarbeidet. Schengenstatene har allerede gjennomført flere felles operasjoner og prosjekter ved yttergrensene, både til lands og til vanns, og EU-kommisjonen har blitt bedt om å gi kampen mot ulovlig innvandring høy prioritet. Det er opprettet sjø-, land- og luftgrensekontrollsentra, et senter for risikoanalyse, og et senter for opplæring av personell på grensene. Et EU-direktiv om transportøransvar fra 2001 supplerer reglene i Schengenkonvensjonen.[17] Et annet EU-direktiv fra 2004 fastsetter at flyselskap kan pålegges å gi visse opplysninger om passasjerene til kontrollpersonell på yttergrensen rett etter innsjekking ("by the end of check-in"), jf. direktivet artikkel 3(1) og 6(1).

I 2002 vedtok EU opprettelsen av en felleseuropeisk visumdatabase. Tanken er at visum skal inneholde biometriske kjennetegn som fingeravtrykk og ansiktsform. Det er også bestemt at EU-oppholdstillatelser fra 2007 skal inneholde bilde av utlendingen. Slike tiltak vil styrke kontrollen med utlendingers innreise og opphold. Det vil bli vanskeligere å misbruke og forfalske ekte dokumenter, og å produsere falske dokumenter.

4.4.2 Dublinregelverket

Dublinkonvensjonen ble vedtatt i 1990 og trådte i kraft i 1997. Konvensjonen hadde to hovedformål: For det første å motvirke at asylsøkere reiser fra land til land for å fremme samme søknad om asyl gang på gang (såkalt asylshopping), og for det annet å sikre at asylsøkere får søknaden behandlet i ett land (unngå "kasteball"situasjoner). Dublinregelverket ble videreutviklet gjennom vedtakelse av Dublin II-forordningen i februar 2003, som trådte i kraft i september samme år. Forordningen bygger på de samme prinsipper som Dublinkonvensjonen, og slår fast at en asylsøker bare har krav på å få søknaden behandlet én gang, dvs. i ett medlemsland. Forordningen styrker imidlertid hensynet til familiens enhet, og gir bedre rettigheter til enslige, mindreårige asylsøkere. Norge er bundet av forordningen gjennom en avtale mellom Norge, Island og EU.

Forordningen har regler om at fristoversittelse i større grad enn etter den forutgående konvensjonen innebærer overføring av ansvar. I 2003 ble Norge også tilknyttet det felleseuropeiske fingeravtrykksregisteret EURODAC. Dette har bidratt til at Dublinsamarbeidet fungerer mer effektivt enn tidligere. Utlendingsdirektoratet traff vedtak etter Dublinregelverket i om lag 20% av asylsakene i 2003. I sin rapport for 3. kvartal 2003 antok direktoratet at andelen Dublinsaker vil øke ytterligere.

I det følgende gjøres det rede for en del av reglene i Dublin II-forordningen. Kapittel 4.4.2.1 til 4.4.2.5 bygger på redegjørelsen i Ot.prp. nr. 95 (2002-2003) Om lov om endringer i utlendingsloven (Dublin II-forordningen). Det vises til proposisjonen for en mer detaljert gjennomgang av forordningen.

4.4.2.1 Fastsettelse av hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad etter Dublin II-forordningen

Artikkel 3(1) og artikkel 5 til 14 nedfeller kriteriene for fastsettelse av hvilken stat som er ansvarlig for asylsaksbehandlingen. Kriteriene skal anvendes i den rekkefølge de er oppført i forordningen.

De praktiske hovedreglene i forordningen fremgår av artikkel 9 og 13. Artikkel 13 slår fast at den medlemsstat hvor asylsøknaden først ble fremlagt skal være ansvarlig for behandlingen, med mindre kriteriene i artikkel 6 til 12 bestemmer noe annet. Artikkel 9 sier at den medlemsstat som har gitt tillatelse til at asylsøkeren har fått adgang til Dublinområdet, blir ansvarlig for å behandle en asylsøknad. Den medlemsstat som har utstedt et oppholdsdokument eller visum blir ansvarlig etter denne regelen. Hvis en asylsøker er i besittelse av flere gyldige oppholdstillatelser eller visa, er den stat ansvarlig som har utstedt tillatelsen som senest utløper. Det er ikke til hinder for at ansvaret legges til den medlemsstat som har utstedt oppholdsdokumentet eller visumet, at dette er skjedd på grunnlag av en falsk eller påtatt identitet, eller etter fremleggelse av forfalskede, falske eller ugyldige dokumenter.

Artikkel 10 slår fast at dersom asylsøkeren ulovlig har krysset ytre grense for Dublinområdet, blir den medlemsstat der innreisen fant sted ansvarlig for behandlingen av asylsøknaden. Ansvaret for behandlingen av en asylsøknad opphører tolv måneder etter at den ulovlige grensepasseringen fant sted. Etter utløpet av denne fristen, forflyttes ansvaret til den medlemsstat hvor det kan bevises at asylsøkeren har oppholdt seg sammenhengende i minst fem måneder. Det er ikke

17. Council Directive supplementing the provisions of Article 26 of the Schengen Implementing Convention (2001/EC/51)

noe krav om at asylsøknad må være fremmet i vedkommende stat.

Dersom en asylsøker reiser inn på en medlemsstats territorium der vedkommende er fritatt for visumplikt, er denne medlemsstat ansvarlig for behandlingen av søknaden, jf. artikkel 11 nr. 1. Prinsippet får ikke anvendelse dersom asylsøkeren legger frem sin asylsøknad i en annen medlemsstat der vedkommende også er fritatt for visumplikt ved innreise. I så fall er sistnevnte medlemsstat ansvarlig for behandlingen av asylsøknaden, jf. artikkel 11 nr. 2.

Av artikkel 12 fremgår det at dersom asylsøknaden fremsettes i det internasjonale transittområdet i en lufthavn i en medlemsstat, er denne medlemsstat ansvarlig for behandlingen av søknaden.

Ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad hvor søkeren er enslig mindreårig, er den staten hvor et familiemedlem har lovlig opphold, forutsatt at dette er til det beste for den mindreårige, jf. artikkel 6. Begrepet "enslig mindreårig" er definert i artikkel 2 bokstav h.

Bestemmelsen i artikkel 4 nr. 3 gjelder medfølgende mindreårige. Situasjonen til en mindreårig som ledsager en asylsøker, og som må anses som et "familiemedlem" i henhold til definisjonen i artikkel 2 bokstav i, skal "være uløselig forbundet med forelderens eller vergens situasjon og skal være et anliggende for den medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av vedkommende forelders eller verges asylsøknad, selv om den mindreårige selv ikke er asylsøker." Det samme gjelder for barn født etter at asylsøkeren har ankommet medlemsstatens territorium, uten at det er nødvendig å innlede en ny prosedyre for å overta ansvaret for dem.

Dersom asylsøkeren ikke er enslig mindreårig, følger det av artikkel 7 at ansvaret påhviler den medlemsstat hvor asylsøkerens familiemedlemmer lovlig oppholder seg som anerkjente flyktninger, forutsatt at de berørte personer ønsker det. I motsetning til hva som gjelder etter resten av forordningen, er det etter dette ansvarsgrunnlaget ikke krav om at familien ble stiftet i hjemlandet.

Artikkel 8 regulerer situasjonen der det ikke er truffet en første realitetsavgjørelse om familiemedlemmets asylsøknad. I så tilfelle er også vedkommende medlemsland hvor familiemedlemmets asylsøknad er til behandling ansvarlig for behandlingen av asylsøknaden, forutsatt at de berørte personer ønsker det.

Som familie regnes asylsøkerens ektefelle eller vedkommendes mindreårige ugifte barn under 18 år, eller vedkommendes far eller mor dersom asylsøkeren selv er et ugift mindreårig barn under 18 år. Videre omfattes asylsøkerens ugifte partner i et stabilt forhold, når medlemsstatens utlendingslovgivning likestiller ugifte par med ektepar, jf. artikkel 2 bokstav i (dette er tilfellet for eksempel i norsk utlendingslovgivning). Det er en forutsetning at mindreårige barn forsørges av asylsøkeren eller av asylsøkeren og dennes ektefelle/partner for å omfattes av definisjonen. Vergen til en ugift mindreårig asylsøker eller flyktning er også omfattet av definisjonen. Personkretsen er imidlertid begrenset til kun å gjelde familie som allerede eksisterte i hjemlandet. Men ansvarsgrunnlaget i forordningen artikkel 7 omfatter som nevnt også familie som er stiftet utenfor hjemlandet.

Artikkel 14 inneholder regler som skal søke å forhindre at familiemedlemmer blir atskilt under saksbehandlingen, når en streng anvendelse av ansvarskriteriene ellers vil medføre at forskjellige medlemsstater blir utpekt som ansvarlige for behandlingen av asylsøknader fra forskjellige familiemedlemmer som legges frem noenlunde samtidig. Det følger av bestemmelsen at ansvaret påhviler den stat som etter kriteriene er ansvarlig for å overta ansvaret for flest familiemedlemmer, subsidiært hvor det eldste familiemedlemmets asylsøknad er til behandling.

Artikkel 3 nr. 2 slår fast at medlemsstaten kan påta seg ansvaret for å behandle en søknad den får fremlagt, uten at et slikt ansvar følger av forordningen. Samtykke fra asylsøkeren er ikke påkrevd. For øvrig kan en medlemsstat påta seg ansvaret for å behandle en asylsøknad etter anmodning fra en annen medlemsstat, forutsatt at asylsøkeren samtykker, jf. forordningen artikkel 15. Regelen tar sikte på å opprettholde familiens enhet i de tilfeller som ikke oppfanges av forordningens bindende regler om dette, og understreker at dette skal skje av humanitære grunner. Bestemmelsen regner selv opp relevante humanitære hensyn.

4.4.2.2 Forpliktelser for den enkelte medlemsstat

Den medlemsstat som har mottatt søknaden, skal i utgangspunktet finne ut hvilken stat som i henhold til forordningen har plikt til å behandle søknaden. Artikkel 4 nr. 4 fastslår imidlertid at når en søker oppholder seg på en medlemsstats område og fremmer søknaden til en annen medlemsstat, skal staten søkeren oppholder seg i fastlegge ansvarsstat.

En medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad etter Dublin II-forordningen, er etter artikkel 16 til 20 forpliktet til å overta

ansvaret for eller ta tilbake en asylsøker som befinner seg på en annen medlemsstats territorium. Det er også i forordningen ulike frister for statene til å anmode om overføring, avhengig av om det er tale om overtakelse eller tilbaketakelse. Fristene er på flere punkter kortere enn de tidligere var etter Dublinkonvensjonen, noe som også bidrar til at samarbeidet nå fungerer bedre enn under Dublinkonvensjonen. I tillegg er det i større grad regler om at fristoversittelse likestilles med erkjennelse av ansvar.

Anmodning om overtakelse må etter forordningens regler skje tidligst mulig og senest innen 3 måneder, jf. artikkel 17 nr. 1. Dersom fristen ikke overholdes, påhviler ansvaret for behandlingen av asylsøknaden den medlemsstaten der søknaden ble fremlagt.

Fristen for å besvare andre medlemsstaters anmodning om å overta ansvaret er i forordningen satt til 2 måneder. Unnlatelse av å svare innen fristen likestilles med erkjennelse av ansvar for asylsøkeren.

Det gjelder ingen frist for å anmode om tilbaketakelse. Derimot er det svarfrist for en slik anmodning. Svar på anmodning om tilbaketakelse må etter forordningen artikkel 20 nr. 1 bokstav b gis så snart som mulig og senest innen 1 måned, mens den er 2 uker dersom henvendelsen er basert på Eurodac. Unnlatelse av å svare innen fristen likestilles med erkjennelse av ansvar for asylsøkeren.

I forordningen er det en lengre tidsfrist for selve overføringen av asylsøkere mellom medlemsstatene. Fristen er satt til så snart som praktisk mulig og senest innen 6 måneder, både for overtakelsestilfellene og i tilbaketakelsestilfellene, jf. artikkel 19 nr. 3 og 21 nr. 1 bokstav d. Til sammenlikning er fristen 1 måned i konvensjonen, jf. artikkel 11 nr. 5 og 13 nr. 1 bokstav b. Ansvaret bortfaller dersom overføring ikke har funnet sted innen 6 måneder. En medlemsstat som ikke klarer å overføre en asylsøker innen fristen, kan altså ikke lenger påberope forordningen overfor medlemsstaten som opprinnelig var ansvarlig for vedkommende.

4.4.2.3 Opphør av forpliktelser etter forordningen

Etter artikkel 4 nr. 5 og artikkel 16 nr. 3 opphører forpliktelsen til å overta eller ta tilbake en asylsøker, eller fullføre behandlingen av asylsøknaden, hvis søkeren har vært ute av Dublinområdet i en periode på mer enn 3 måneder, med mindre vedkommende besitter et gyldig oppholdsdokument utstedt av den ansvarlige medlemsstat. Videre opphører en stats ansvar dersom en annen konvensjonsstat etter at asylsøknad er fremmet, utsteder et oppholdsdokument, jf. artikkel 4 nr. 5 og artikkel 6 nr. 2.

Dersom en medlemsstat har gjennomført de nødvendige tiltak for retur av en asylsøker til vedkommendes opprinnelsesstat, eller til en annen stat hvor asylsøkeren kan reise lovlig inn, opphører statens forpliktelse til å ta tilbake asylsøkeren, jf. artikkel 16 nr. 4. For øvrig opphører ansvaret etter forordningen dersom fristene skissert i punkt 4.4.2.2 oversittes.

4.4.2.4 Utveksling av opplysninger

Artikkel 21 inneholder regler om utveksling av opplysninger mellom medlemsstatene. Blant annet er det slik at en stat som mottar anmodning om utlevering av opplysninger må svare innen seks uker, jf. artikkel 21 nr. 5.

4.4.2.5 Andre regler om administrativt samarbeid mellom medlemsstatene

Artikkel 22 pålegger medlemsstatene å underrette Kommisjonen om hvilke nasjonale myndigheter som er ansvarlige for å oppfylle forpliktelsene som følger av forordningen. Videre skal medlemsstatene påse at disse myndighetene har de nødvendige ressurser for å kunne utføre sine oppgaver, herunder å kunne svare på anmodninger om opplysninger, om å overta ansvaret for og ta tilbake asylsøkere innen de fastsatte frister.

I henhold til artikkel 23 kan medlemsstatene på bilateralt grunnlag opprette administrative ordninger angående de praktiske detaljene ved gjennomføringen av forordningen med henblikk på å lette anvendelsen og øke effektiviteten. I desember 2003 ble det inngått en slik gjensidig avtale med Sverige.

I henhold til artikkel 27 skal Kommisjonen bistås av en komité som kan vedta utfyllende regelverk. Norge samarbeider i Den blandede komité. Medlemslandene har observatørstatus. Dette i motsetning til Fellesorganet i Schengensamarbeidet, hvor medlemslandene, Norge og Island samarbeider.

Det følger av artikkel 28 at Kommisjonen, senest tre år etter forordningens ikrafttredelse, skal avlegge en rapport for Europaparlamentet og Rådet om anvendelsen av forordningen og eventuelt foreslå nødvendige endringer. Deretter avgir Kommisjonen rapporter til samme instanser samtidig med at den fremlegger rapporter om gjennomføringen av Eurodac-systemet fastsatt i

artikkel 24 nr. 5 i Eurodac-forordningen, dvs. hvert sjette år.

4.5 Norge i et felles europeisk arbeidsmarked

4.5.1 Det felles nordiske arbeidsmarkedet

Den nordiske overenskomsten om et felles arbeidsmarked ble inngått av Norge, Finland, Sverige og Danmark den 22. mai 1954. Island sluttet seg til avtalen i 1982. Avtalen medfører at nordiske borgere er unntatt fra det generelle kravet om at utlendinger må ha arbeidstillatelse for å kunne ta arbeid i Norge, og fra kravet om oppholdstillatelse for opphold ut over tre måneder. Grunntanken bak overenskomsten var at muligheten for fri bevegelighet av arbeidskraft mellom de nordiske landene var til gagn for den økonomiske og sosiale utviklingen.

Avtalen inneholder også bestemmelser mot diskriminering på arbeidsmarkedet av borgere fra andre nordiske land når det gjelder lønn og andre arbeidsvilkår.

Ordningen gjelder bare for nordiske borgere, ikke tredjelandsborgere bosatt i nordiske land.

4.5.2 EFTA-konvensjonen

Norge, Island, Liechtenstein og Sveits er medlemmer av Den europeiske frihandelsorganisasjonen (EFTA). De fleste opprinnelige medlemmene har gått ut av organisasjonen etter at de ble medlemmer av EU. Blant EFTA-medlemmene deltar Norge, Island og Liechtenstein i EØS-samarbeidet, mens dette ikke er tilfelle for Sveits.

Den opprinnelige EFTA-konvensjonen (1960) var først og fremst rettet mot å fremme frihandel med industriprodukter mellom medlemslandene. Konvensjonen ble oppdatert i 1999, og den reviderte konvensjonen trådte i kraft 21. juni 2001. Den utvidede konvensjonen utvider EFTAs virkeområde til blant annet å gjelde fri bevegelighet av personer. På grunn av Norges, Islands og Liechtensteins medlemskap i EØS har utvidelsene av EFTA-konvensjonen primært betydning for forholdet mellom disse landene og Sveits. EFTA-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet av personer likner mye på de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen. De gir rett til å ta arbeid, etablere selvstendig næringsvirksomhet og rett til opphold i inntil 90 dager for å selge tjenester. Den gir også rett til opphold som ikke har et økonomisk formål, forutsatt at man har tilstrekkelig ressurser til å forsørge seg selv.

EFTA-avtalen inneholder også bestemmelser om samordning av trygder og gjensidig anerkjennelse av eksamenspapirer for høyere utdanning, etter mønster av EØS-avtalen.

EFTA har i senere år inngått en lang rekke handelsavtaler med tredjeland, spesielt i Øst-Europa og middelhavsregionen. De fleste av disse avtalene gjelder frihandel med varer, ikke handel med tjenester. På et EFTA-ministermøte i 1999 bekreftet ministrene fortsatt støtte til denne politikken og uttrykte samtidig sin intensjon om å utvide området for slike avtaler til også å gjelde investeringer og handel med tjenester. De seneste avtalene (med Mexico og Singapore) inneholder bestemmelser om investeringer og tjenester og utgjør de mest omfattende av denne kategorien avtaler til nå. De sistnevnte avtalene gir, med få unntak, traktatlandene adgang til å levere tjenester til de andre landene, inkludert tilstedeværelse av tjenesteytende arbeidstakere.

4.5.3 EØS-avtalen

4.5.3.1 Allment om EØS-avtalen

Norge, andre EFTA-land og EU inngikk i 1993 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS). Avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og innebærer at de deltakende EFTA-landene (for tiden Norge, Island og Liechtenstein) med visse unntak ble en del av EUs indre marked.

Norge er forpliktet til å tilpasse sitt nasjonale regelverk til bestemmelsene i avtalen. Direktiver og forordninger som innlemmes i EØS-avtalen, skal etter avtalen gjøres til norsk rett.

Etter EØS-avtalen skal fri bevegelighet for arbeidstakere gjennomføres i EØS-området. Dette innebærer særskilte rettigheter for personer som har arbeid eller søker arbeid i en annen EØS-stat. Arbeidstakerbegrepet er belyst gjennom flere avgjørelser i EF-domstolen, jf. i kapittel 7.

EØS-avtalen artikkel 31 gir borgere av traktatland rett til å etablere seg i et annet traktatland. Etableringsretten gjelder både etablering som selvstendig næringsdrivende, og etableringsrett for selskaper mv.

I tillegg til reglene om fri bevegelighet av personer har EØS-retten også regler om fri bevegelighet av tjenester. Dette vil også kunne medføre forpliktelser for statene i utlendingsrettslig sammenheng, jf. kapittel 7.4.4.3.

EØS-retten har videre regler om adgang til opphold for personer utenfor arbeidslivet når han eller

hun oppebærer tilstrekkelige faste periodiske ytelser eller har tilstrekkelige egne midler, og søkeren omfattes av en sykeforsikring som dekker alle risikoer under oppholdet i Norge. Tilsvarende finnes egne bestemmelser om rett til opphold i studieøyemed. Det vises til kapittel 9.2 i forhold til de to grupper som her er nevnt.

4.5.3.2 Nytt direktiv om fri bevegelighet for EU-borgere og deres familiemedlemmer

EU vedtok 29. april 2004 et nytt direktiv om rett til fri bevegelighet for unionsborgere og deres familiemedlemmer (direktiv 2004/38). Direktivet erstatter en rekke eksisterende direktiver og forordninger.[18] Det innebærer også at mye av rettsutviklingen som har skjedd gjennom EF-domstolens fortolkninger kodifiseres. Foruten å bety en opprydding og klargjøring innebærer direktivet også en del materielle endringer som betyr en utvidelse av retten til innreise og opphold.

Forholdet mellom det nye direktivet og EØS-avtalen kompliseres av at direktivet knytter retten til fri bevegelighet til unionsborgerskap. Begrepet unionsborgerskap har ikke noe motsvar i EØS-retten. Begrepet referer både til visse politiske borgerrettigheter og til rettigheter til fri bevegelighet i kraft av det indre marked. Mens de politiske rettighetene klart faller utenfor EØS-avtalen, er dette ikke uten videre tilfelle når begrepet unionsborgerskap refererer til rettigheter som hittil har vært knyttet til det indre marked. Også i forhold til sosiale og økonomiske forhold kan imidlertid unionsborgerskapet innebære utvidede rettigheter som ikke kan overføres til EØS-avtalen. Forholdet mellom ny og tidligere rettstilstand er til dels uklar. I forbindelse med at direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen må det derfor vurderes nærmere i EØS-komiteen om, og i så fall hvordan, de bestemmelsene som tar utgangspunkt i unionsborgerskapet skal gjøres gjeldende i EØS. Denne prosessen er ikke avsluttet i det utvalget avgir sin innstilling. Som fremholdt i kapittel 7.7.1 har utvalget valgt å legge til grunn for lovforslaget rettstilstanden slik den fortsatt er i EØS. En senere tilpasning av lovforslaget til det nye direktivet i EØS-tilpasset form vil imidlertid ikke by på tekniske vansker.

4.5.3.3 Direktiv av 25. november 2003 om tredjelandsborgere som har vært bosatt i EU over lang tid

Direktiv 2003/109, som ble vedtatt 25. november 2003, inneholder bestemmelser om rettigheter for tredjelandsborgere som har hatt opphold i et EU-land i lang tid (over fem år). Behovet for å harmonisere rettstilstanden i forhold til tredjelandsborgere som har bodd lenge i EU-området ble uttalt av EUs råd på møtet i Tammerfors i 1999. Rådet uttalte her at nye bestemmelser, så langt som mulig, skulle gi tredjelandsborgere de samme rettigheter som borgere av medlemslandene.

Personer med status som "fastboende utlending" ("utlending" i betydning tredjelandsborger i motsetning til unionsborger) har rett til permanent oppholdstillatelse i vertslandet. En slik status gir også rett til å ta arbeid uten arbeidstillatelse og til å bytte arbeid og arbeidsgiver uten restriksjoner. "Fastboende utlendinger" skal ha samme rett til utdanning og til godkjenning av formelle kvalifikasjoner som EU-borgere. De skal også ha samme rett til private og offentlige tjenester som landenes egne borgere og samme rett til trygder og andre sosiale ytelser.

For å få status som "fastboende utlending" må søkere ha bodd i et EU-land i minst fem år og ha tilstrekkelige og stabile inntekter til å forsørge seg selv og eventuell familie, samt sykeforsikring. Søkeren må heller ikke utgjøre en trussel mot den offentlige orden eller sikkerhet. En slik trussel kan også være grunnlag for tap av status som "fastboende utlending", sammen med visse andre grunner som for eksempel langvarig fravær fra EU.

En "fastboende utlending" og vedkommendes nærmeste familiemedlemmer har videre rett til opphold i andre EU-land enn landet der vedkommende har oppnådd sin status. Utlendingen og eventuell familie må i så fall ha tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv samt sykeforsikring. Den "fastboende utlending" og familiemedlemmer kan nektes opphold i tilfeller der vedkommende utgjør en trussel mot offentlig orden eller sikkerhet. Videre kan medlemsstatene av arbeidsmarkedsmessige grunner sette en øvre grense for antall oppholdstillatelser til personer

18. Følgende direktiver og forordninger erstattes: Rådsforordning 1612/68 om arbeidskraftens frie bevegelighet. Rådsdirektiv 68/360/EEC om avskaffelse av restriksjoner om reise og opphold innenfor Fellesskapet for medlemsstatenes arbeidstakere og deres familiemedlemmer. Rådsdirektiv 73/148/EØF om opphevelse av reise- og oppholdsbegrensninger innenfor fellesskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og utveksling av tjenesteytelser. Rådsdirektiv 90/364/EEC om oppholdsrett. Rådsdirektiv 90/365/EEC om oppholdsrett for lønnstakere og selvstendig næringsdrivende som ikke lenger er yrkesaktive. Rådsdirektiv 93/96/EEC om oppholdsrett for studenter.

med status som "fastboende utlendinger" i andre medlemsland.

Direktivet dekker ikke asylsøkere eller tredjelandsborgere som har opphold på grunnlag av beskyttelsesbehov. Direktivet gjelder heller ikke studenter og andre personer med opphold som klart har midlertidig karakter, samt diplomater, personell i internasjonale organer og liknende.

4.6 Verdens handelsorganisasjons avtale om handel med tjenester (GATS)

Verdens handelsorganisasjon (WTO) er en internasjonal organisasjon som har som formål å gi et globalt regelverk for internasjonal handel. Hovedprinsippet er at all handel skal være ikke-diskriminerende. *The General Agreement on Trade in Services* (GATS) er en WTO-avtale som regulerer handel med tjenester. Avtalen etablerte et rammeverk for nedbygging av restriksjoner på internasjonal handel med tjenester. En ny GATS-runde ble innledet i februar 2000. Denne tar sikte på å utdype prosessen som ble igangsatt i 1994.

GATS slik den foreligger i dag er et kompromiss mellom industrilandene og utviklingslandene innen WTO. De første ønsket å etablere en friere handel på områder som finans og telekommunikasjon, noe som blant annet innebærer bedre adgang for høyt utdannede spesialister og ledere. Utviklingslandene svarte med krav om en liberalisering på andre områder der u-landene er konkurransedyktige på grunn av rikelig tilgang på arbeidskraft og lave lønnskostnader. En gruppe på åtte utviklingsland la frem et forslag som blant annet ville innebære at tjenesteytende selskaper kunne bringe med seg medarbeidere til det landet tjenesten skulle utføres, og velge fritt hvilket land slike medarbeidere skulle rekrutteres fra.

Uruguayrunden endte med en kompromissløsning der man i prinsippet åpnet for denne typen frihandel, men der det i praksis ble opp til hvert enkelt land om de ville åpne sine grenser for tjenesteytere fra andre WTO land. GATS består derfor dels av generelle rammer og dels av vedlegg og timeplaner med forpliktelser som bare gjelder for det enkelte medlemsland. Den viktigste bestemmelsen under generelle rammer i GATS er "bestevilkårsprinsippet". Bestevilkårsprinsippet innebærer at land som er med i GATS ikke skal forskjellsbehandles. En fordel som er gitt én handelspartner, skal gis samtlige. Dette begrenser muligheten til å inngå bilaterale avtaler.

Det finnes en del begrensninger når det gjelder bruken av bestevilkårsprinsippet. For det første faller praksis når det gjelder visum ikke under GATS. Landene står derfor fritt til å kreve visum fra borgere fra noen land og ha visumfrihet for andre lands borgere. For det andre var det mulig å ta forbehold som begrenset gyldigheten av bestevilkårsprinsippet da avtalen ble inngått. Bestevilkårsprinsippet er heller ikke til hinder for etablering av regionale frihandelsavtaler som gir fordeler for land innenfor avtalen som ikke tilstås andre land. Avtalen setter imidlertid strenge betingelser for å gi særfordeler til enkeltland.

De viktigste norske GATS-forpliktelsene per januar 2004 er:

- Ledelse og spesialister knyttet til internasjonale selskaper med filial i Norge får arbeidstillatelse for inntil to år uten vurdering av om behovet for arbeidskraft kan dekkes på det norske arbeidsmarkedet. Det er en betingelse at disse arbeider innen samme foretak som det selskapet de kommer fra.
- Spesialister med særlige kvalifikasjoner som er nødvendige for virksomheten har rett til arbeidstillatelse inntil tre måneder.
- Handelsreisende eller representant for noen som er i ferd med å etablere virksomhet i Norge får arbeidstillatelse inntil tre måneder. Vedkommende må ikke drive med direkte salg. Den som representeres må ikke ha representanter i Norge fra før.
- Arbeidstillatelse i inntil tre måneder gis til fagutdannede som leverer tjenester til en mottaker i Norge. Tjenesten må være av avgjørende betydning for mottaker. Den som utfører tjeneste må være ansatt i det tjenesteytende foretaket. Denne forpliktelsen gjelder bare for nærmere spesifiserte sektorer.

4.7 Internasjonale forpliktelser til beskyttelse av arbeidsinnvandreres stilling

4.7.1 ILO-konvensjoner

The International Labour Organization (ILO) ble stiftet i 1919. Etter først å ha vært knyttet til Folkeforbundet ble ILO en del av FN-systemet etter den annen verdenskrig. ILOs hovedoppgave er å arbeide for arbeidstakeres grunnleggende rettigheter, og arbeidsinnvandreres rettigheter utgjør her en viktig del. Et bærende prinsipp er at arbeids-

innvandrere ikke skal diskrimineres i forhold til vertslandets egne innbyggere.

ILOs konvensjoner innebærer ikke rett til opphold, men er relevant i forhold til de vilkår som gis arbeidsinnvandrere når de først er innvilget arbeidstillatelse.

ILO-konvensjon 97 - Migration for Employment - ble undertegnet i 1949 og trådte i kraft i 1952. Konvensjonen er ratifisert av 40 stater. 14 av disse er europeiske: Belgia, Bosnia-Hercegovina, Kypros, Frankrike, Tyskland, Italia, Nederland, Norge, Portugal, Slovenia, Spania, Storbritannia og Jugoslavia.

Artikkel 6 forplikter kontraherende stater til ikke å diskriminere arbeidsinnvandrere på grunnlag av nasjonalitet, rase, religion eller kjønn på en rekke nærmere spesifiserte områder som gjelder lønns- og arbeidsforhold, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner, deltakelse i kollektive forhandlinger, bolig, sosiale stønader[19] og skatt. Med arbeidsinnvandrer menes personer som tar eller søker tjeneste hos en annen. Selvstendig næringsdrivende er ikke dekket (jf. artikkel 11).

Artikkel 8 nr. 1 slår fast at arbeidsuførhet på grunn av sykdom eller skade som er oppstått etter at vedkommende er ankommet vertslandet, ikke skal brukes som grunn til å trekke tilbake arbeidstillatelse. Nr. 2 gir imidlertid adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen når innvandreren har vært i landet i mindre enn 5 år.

Konvensjonen inneholder også bestemmelser om rekruttering. Den offentlige arbeidsmarkedsetaten skal ikke ta betalt av arbeidsinnvandrere ved rekruttering (artikkel 7,2). Videre skal hvert medlemsland påse at arbeidsmarkedsetatene og andre etater som arbeider med migrasjon i vertslandet og avsenderlandet samarbeider når dette er hensiktsmessig.

ILO-konvensjon nr. 143 av 1975 - Migrant Workers Convention - består av tre deler. Del I (artikkel 1 til 10) inneholder i første rekke bestemmelser om tiltak i forhold til ulovlig innvandring. Del II (artikkel 14) omhandler krav til likebehandling av utenlandske arbeidstakere. Del III gjelder rapportering, oppsigelse av konvensjonen mv. Norge har ratifisert ILO 143. Det ble fra først av tatt forbehold i forhold til konvensjonens del I, men dette forbeholdet ble trukket tilbake i 1989. Konvensjonen trådte i kraft i 1978 og er ratifisert av 17 stater (per 1996). Følgende land har ratifisert: Benin, Bosnia-Hercegovina, Burkina Faso, Kamerun, Kypros, Guinea, Italia, Kenya, Norge, Portugal, Slovenia, San Marino, Sverige, Togo, Uganda, Venezuela og Jugoslavia.

Konvensjonens bestemmelser om likebehandling bygger på, men går noe lengre, enn ILO 97. Artikkel 10 gir arbeidsimmigranter rettigheter til likebehandling på de samme områdene som i ILO 97 artikkel 6. Til forskjell fra ILO 97 forplikter ILO 143 statene til å bekjempe også diskriminering som ikke er en følge av lovregulering eller på annen måte er under myndighetenes administrative kontroll.

Artikkel 8 nedlegger forbud mot å trekke tilbake en oppholdstillatelse utelukkende på grunnlag av at arbeidsinnvandreren er blitt arbeidsledig. I slike tilfeller skal vedkommende nyte godt av de samme rettigheter som landets egne borgere når det gjelder ansettelsesvern, arbeidsmarkedstiltak og bistand til å søke nytt arbeid.

Den konvensjonsbestemmelsen som har størst betydning for statenes innvandringspolitikk er artikkel 14. Artikkel 14 gjelder landenes mulighet til å legge begrensninger på oppholds- eller arbeidstillatelsens innhold. Ifølge denne skal oppholdstillatelsen gjelde for hele landet. Som hovedregel skal arbeidsinnvandrere også kunne velge arbeidsgiver fritt, uten restriksjoner. Landenes gis likevel en mulighet til å begrense tillatelsen til å gjelde en bestemt arbeidsgiver mv. Slike begrensninger skal bare gjelde den første arbeidskontrakten og skal under ingen omstendighet ha lengre varighet enn to år.

ILO 143 inneholder videre bestemmelser som har som formål å bekjempe menneskesmugling og bruk av svart arbeid i form av ulovlige innvandrede personer. Konvensjonen forplikter statene til å etterforske og avdekke eventuell ulovlig arbeidsinnvandring eller bruk av slik arbeidskraft på sitt territorium. Man er forpliktet til å straffeforfølge menneskesmuglere samt dem som ansetter illegal arbeidskraft (artikkel 2 og 3). Statene er forpliktet til å arbeide også internasjonalt for å avdekke slike aktiviteter (jf. artikkel 4 og 5). Artikkel 6 pålegger statene å innføre strafferammer for menneskesmugling og ansettelse av illegal arbeidskraft som inkluderer fengselsstraff.

ILO-konvensjon nr. 108 av 1958 om sjøfolks identitetskort ble ratifisert av Norge i 1970. Konvensjonen gjelder når medlemsstatene har plikt til å gi sjømenn med relevant identitetskort adgang til å oppholde seg midlertidig på statens territorium, for eksempel med sikte på landlov, jf. artikkel 6. En ny konvensjon, nr. 185, ble fremforhandlet i 2003 til erstatning for ILO 108. ILO 185 vil tre i kraft i

19. Konvensjonen inneholder noen unntak når det gjelder sosiale stønader.

februar 2005. Konvensjonen er hittil bare ratifisert av Frankrike og Jordan.

4.7.2 Europarådskonvensjoner

Den europeiske konvensjon om fremmedarbeideres rettstilling ble undertegnet i 1977. Formålet er å bedre arbeidsinnvandreres rettsstilling. Den sikter mot å sikre likebehandling med vertslandets arbeidstakere med hensyn til livs- og arbeidsforhold, boligmarkedet, skolegang, yrkes- og voksenopplæring og sosiale og medisinske ytelser. Konvensjonen gjelder i utgangspunktet bare for borgere av de land som har ratifisert den. Norge er ett av forholdsvis få land som har gjort dette. Konvensjonen har begrenset betydning fordi samtlige andre stater som har ratifisert, med unntak av Tyrkia, er EU- eller EØS-land.[20]

Også *den europeiske sosialpakt* gjelder i utgangspunktet bare for borgere av de kontraherende land. Foruten EU og EØS-landene innbefatter dette en del andre europeiske land som Kroatia, Romania, Moldova og Makedonia. En revidert utgave av charteret trådte i kraft i 1999. Dette er ratifisert av flere land som ikke har undertegnet det opprinnelige charteret.[21] Charteret omfatter en rekke sider av retten til arbeid, arbeids- og lønnsvilkår, organisasjons- og forhandlingsrett mv. I tillegg har charteret med en bestemmelse om at landene så vidt mulig skal lette familiegjenforening.

Charteret forbyr diskriminering i forhold til de rettigheter som er fastsatt i charteret. Disse må håndheves uten å gjøre forskjell på grunnlag av kjønn, alder, hudfarge, språk, religion, meninger, etnisitet m.m. Det ligger i dette at man ikke kan diskriminere statsborgere fra andre kontraherende nasjoner.

4.8 Folkerettslige regler om rett til familieliv

Det finnes flere traktater som på ulike måter verner om hensynet til familiens enhet, og som medfører større eller mindre begrensninger i statenes rett til å regulere innvandringen i vid forstand. Mest praktisk for Norges vedkommende er EMK artikkel 8, som slår fast at enhver har rett til respekt for blant annet sitt familieliv. Bare på nærmere bestemte vilkår kan statene gripe inn i utøvelsen av denne rettigheten, for eksempel hvis det er grunnlag for å utvise ett av familiens medlemmer og dette ikke vil fremstå som et uforholdsmessig inngrep. Det er redegjort nærmere for EMK artikkel 8 i kapittel 8.3.1. Også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 verner om familielivet.

EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 gir først og fremst vern mot inngrep fra statens side. Men bestemmelsene kan også innebære en plikt for staten til å treffe positive tiltak for å sikre retten til familieliv, for eksempel et vedtak om å gi oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed.

I flyktningkonvensjonens sluttakt anbefales statene å ta nødvendige forholdsregler for å sikre familiens enhet, hvilket de fleste land etterlever. Barnekonvensjonen artikkel 10(1) slår fast at søknader om inn- eller utreise i familiegjenforeningsøyemed skal behandles på en positiv, human og rask måte.

EU har i direktiv 2003/86 EC fastsatt minimumsstandarder for familieinnvandring som gjelder tredjelandsborgere, jf. her den nærmere redegjørelse i kapittel 8.

Også FNs menneskerettserklæring artikkel 12 verner mot visse inngrep i noens familieliv. Kvinnekonvensjonen artikkel 16(1) pålegger statene å treffe alle egnete tiltak for å avskaffe diskriminering mot kvinner i saker vedrørende ekteskap og familieforhold.

4.9 Ikke-diskriminering

Gjennom en rekke konvensjonsbestemmelser eksisterer det innen folkeretten et forbud mot diskriminering av individer som tilhører nærmere bestemte grupper, blant annet etniske minoriteter.

To sentrale konvensjoner i denne sammenheng er FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Sistnevnte konvensjon er gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 3 gjort til norsk lov og går ved motstrid foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. SP artikkel 26 lyder:

20. Følgende stater har ratifisert: Frankrike, Italia, Nederland, Norge, Portugal, Spania, Sverige og Tyrkia. Konvensjonen er undertegnet men ikke ratifisert av Belgia, Tyskland, Hellas, Luxembourg og Moldova.
21. Følgende stater har kontrahert det opprinnelige charteret: Alle EU 15 EU-land, øvrige EØS-land dvs. Norge, Island og Liechtenstein. Tsjekkia, Kypros, Ungarn, Latvia, Malta, Polen, Slovakia, Tyrkia, Kroatia, Makedonia, Romania, Slovenia, Sveits og Ukraina. Det reviderte charteret er foreløpig, dvs. er 13. 09.02, ratifisert av Bulgaria, Kypros, Estland, Finland, Frankrike, Irland, Litauen, Moldavia, Norge, Portugal, Romania, Slovenia og Sverige. I tillegg har en del land undertegnet, men ikke ratifisert, det reviderte charteret.

"Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling forøvrig."

Konvensjonspartenes forpliktelser etter SP gjelder i forhold til alle som befinner seg på konvensjonspartens territorium og er undergitt dens jurisdiksjon, jf. SP artikkel 2 nr. 1. Både utlendinger og konvensjonspartens egne statsborgere kan derfor påberope blant annet diskrimineringsforbudet i artikkel 26.

Forbudet mot diskriminering tolkes slik at forskjellsbehandling bare kan aksepteres dersom det foreligger en saklig grunn og det samtidig er proporsjonalitet mellom formålet med forskjellsbehandlingen og det virkemiddel som blir benyttet for å oppnå dette.

Selve formålet med utlendingsloven er å regulere utlendingers opphold i Norge. Med dette som formål gir utlendingsloven en adgang og en plikt til systematisk forskjellsbehandling mellom utlendinger og norske statsborgere.

Verken RDK eller SP artikkel 26 nevner statsborgerskap som et diskrimineringsgrunnlag. I RDK artikkel 1 nr. 2 er det tvert i mot avgrenset uttrykkelig mot forskjellsbehandling mellom statsborgere og utlendinger.

Det følger likevel av praksis fra FNs menneskerettskomité at selv om statsborgerskap ikke er nevnt uttrykkelig som et forbudt diskrimineringsgrunnlag i SP artikkel 26, må også forskjellsbehandling som gjøres mellom statsborgere og ikke-statsborgere oppfylle krav til saklighet og proporsjonalitet for å være lovlig.[22]

I praksis vil utfordringen på utlendingsfeltet i første rekke være å unngå en usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling mellom utlendinger som tilhører forskjellige nasjonaliteter og etniske grupper.

I NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering er det vist til at problematikken knyttet til diskriminering blant annet kan være aktuell i forbindelse med:

- bruk av generelle erfaringer med en gruppe personer som grunnlag for vurderingen av individuelle saker, herunder særlig visumsaker,
- ulik saksbehandling avhengig av nasjonalitet,
- lang saksbehandlingstid som kan oppleves som en bevisst nedprioritering av saker som angår utlendinger sammenlignet med andre forvaltningsområder.

Det konvensjonsbestemte vernet mot diskriminering kan danne skranker for hvilke tiltak som kan iverksettes med det siktemål å verne om andre typer individuelle rettigheter. Et aktuelt eksempel på utlendingsfeltet gjelder tiltak som har til hensikt å sikre at ekteskap inngås etter partenes frie vilje. Tiltak som innebærer inngrep i den enkeltes rettigheter kan ikke innrettes bare mot de nasjonalitetsgrupper som praktiserer en tradisjon med arrangerte ekteskap, men må gjelde alle. Noe annet ville være en alvorlig krenkelse av dem som ble urettmessig rammet på grunn av sin nasjonalitetsbakgrunn, og ville være et klart brudd på diskrimineringsvernet.

4.10 Utvalgets vurderinger

4.10.1 Innarbeiding av menneskerettskonvensjoner i den nye utlendingsloven

I lovutkastet § 2 går utvalget inn for å videreføre § 4 i gjeldende lov om forholdet til folkeretten. Med dette forslaget vil alle Norges folkerettslige forpliktelser i favør av utlendinger ha umiddelbar internrettslig virkning. Det er ikke nødvendig å nevne enkelte konvensjoner eksplisitt. For ikke å etterlate et inntrykk av at noen folkerettslige forpliktelser er viktigere enn andre ved å nevne dem særskilt, er dette heller ikke ønskelig.

4.10.2 Kvinnekonvensjonens stilling

4.10.2.1 Gjeldende rett

FN-konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner (kvinnekonvensjonen) forbyr en rekke ulike former for forskjellsbehandling av kvinner og menn, og pålegger statene å "treffe alle egnete tiltak" for blant annet å avskaffe kvinnediskriminering i det politiske og offentlige liv, og sikre kvinner like rettigheter til utdanning, arbeid, trygd og helse. Statene skal stille menn og kvinner likt for loven, og kvinner skal ha den samme rettslige handleevne som menn.

22. Jf. Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary (1993) og avgjørelse fra FNs menneskerettskomite i saken Gueye and others V France, (No. 196/1985), samt menneskerettskomiteens General Comment No. 15 om "The position of aliens under the Covenant".

Da kvinnekonvensjonen ble ratifisert i 1981, ble det ikke ansett å foreligge konflikt mellom norsk intern rett og konvensjonsbestemmelsene. Det ble derfor ikke foretatt lovendringer, ei heller på utlendingsrettens område, og norske myndigheter tok heller ingen forbehold ved ratifikasjonen.

Fremmedlovutvalget la til grunn at konvensjonen ikke kan forstås slik at den gir utenlandske kvinner rett til oppholdstillatelse i Norge, og uttalte:

> "Den retning i internasjonalt samarbeid som gjelder menneskerettighetene, er i ferd med å bli så bred og forgrenet at ingen oversikt kan bli fullstendig. Også for utlendingers rettsstilling kan andre forpliktelser enn de som er berørt foran, få betydning. [ ] Fra nyeste tid er det nok å nevne f eks konvensjonen om eliminering av alle former for diskriminering mot kvinner av 18 desember 1979, i kraft bl a for Norge siden 1981, med en egen komité for å føre tilsyn med gjennomføringen (CEDAW). Den vil kunne få betydning bl a for innvandrerkvinner i Norge, men med samme forbehold som er gjentatt så ofte før: Den kan ikke binde staten f eks mht adgang og opphold i seg selv. Dens betydning kan bli mer indirekte, ved at de reguleringer staten opprettholder, ikke må diskriminere på grunnlag av kjønn." [23]

Etter utvalgets oppfatning ga Fremmedlovutvalget her uttrykk for det som fortsatt er gjeldende rett. Utenlandske kvinner kan påberope relevante forpliktelser etter kvinnekonvensjonen overfor norske myndigheter under sitt opphold her, hva enten oppholdet er lovlig eller ulovlig, men de kan ikke utlede et krav om oppholdstillatelse i medhold av den. Derimot vil en del av bestemmelsene i konvensjonen kunne ha betydning ved tolkning og anvendelse av andre regler, for eksempel forfølgelsesbegrepet i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) og utlendingsloven § 16.

4.10.2.2 Utvalgets forslag

På bakgrunn av at utenlandske kvinner ikke kan utlede et krav på oppholdstillatelse direkte i medhold av kvinnekonvensjonen, mener utvalget at det ikke er behov for å innarbeide konvensjonen på annen måte enn med den generelle inkorporasjonsbestemmelsen i lovutkastet § 2. Utvalget viser for øvrig til at kvinnekonvensjonen er foreslått innarbeidet i likestillingsloven.

4.10.3 Barnekonvensjonens stilling

4.10.3.1 Rettskildebildet

FN-konvensjonen om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4, og har i henhold til § 3 forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning. På utlendingsfeltet har barnekonvensjonen også vært inkorporert gjennom den generelle inkorporasjonsbestemmelsen i utlendingsloven § 4 helt siden utlendingslovens ikrafttreden.

Barnekonvensjonen slår fast i fortalen at barn har rett til spesielle beskyttelsestiltak, omsorg og hjelp på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet. Konvensjonen del I inneholder en rekke pålegg av forskjellig art, for eksempel plikten til å respektere barns tanke- og ytringsfrihet, og plikten til å beskytte barn mot overgrep og vanskjøtsel. Barns rett til blant annet utdanning og trygdeytelser skal anerkjennes. Statene skal også treffe alle egnete tiltak for å fremme fysisk og psykisk rehabilitering og sosial reintegrering av barn som har vært utsatt for blant annet vanskjøtsel, umenneskelig eller nedverdigende behandling og væpnet konflikt.

Barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1 pålegger traktatpartene å verne om rettighetene til barn som hører inn under deres jurisdiksjon. Også barn som oppholder seg ulovlig på territoriet vil høre inn under en stats jurisdiksjon. (Et forslag om at bare barn som har lovlig opphold i et land skulle omfattes av konvensjonen artikkel 2, vant ikke frem da den ble vedtatt.) Men det at barn har krav på visse rettigheter etter konvensjonen mens de oppholder seg her ulovlig, er ikke til hinder for at de i samsvar med utlendingslovens regler senere kan bli nektet opphold og sendt ut av landet.

Flere av reglene i konvensjonen er relevante i utlendingsrettslig sammenheng. Artikkel 3 nr. 1 knesetter prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, hva enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer. Bestemmelsen kommer derfor til anvendelse i tilfeller der barn søker om oppholdstillatelse i et fremmed land. Artikkel 9 nr. 3 og 4 slår fast at et barn som regel har rett til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine foreldre dersom barnet er atskilt fra en av dem (eller begge), for eksempel på grunn av utvisning. Artikkel 10 nr. 1 krever at

23. NOU 1983:47 Ny fremmedlov s. 138 annen spalte. Justisdepartementet hadde ingen bemerkninger til Fremmedlovutvalgets vurderinger på dette punkt, og nøyde seg med å vise til motivene, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 46 annen spalte.

søknader om familiegjenforening blir behandlet på en positiv, human og rask måte. Artikkel 12 pålegger statene å la barn fritt gi uttrykk for sine synspunkter i alle forhold som vedrører dem - for eksempel i forbindelse med en søknad om asyl - og tillegge barns synspunkter tilbørlig vekt i samsvar med deres alder og modenhet. Artikkel 22 nr. 1 slår fast at barn som søker eller har flyktningstatus skal motta behørig beskyttelse og humanitær hjelp med hensyn til utøvelsen av rettighetskatalogen i barnekonvensjonen og andre menneskerettsinstrumenter.

Et fellestrekk ved bestemmelsene i barnekonvensjonen er at de i liten utstrekning angir rettsregler som gjør det mulig i praktisk henseende å utlede noen klar eller tydelig rettsfølge av et gitt rettsfaktum. Bestemmelsene angir i første rekke retningslinjer for de konkrete vurderingene. Ingen av bestemmelsene i barnekonvensjonen gir i seg selv grunnlag for opphold i Norge.

Den bestemmelsen i barnekonvensjonen som har vært viet størst oppmerksomhet i utlendingssaker, er artikkel 3. Artikkel 3 nr. 1 lyder i norsk oversettelse:

> "Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn."

Bestemmelsen har særlig vært anført i saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn og familietilknytning utenfor rammen av utlendingsforskriftens rettighetsbestemmelser (gjeldende utlendingslov § 8 annet ledd), og i saker hvor barnet har blitt skadelidende av at en av foreldrene har blitt utvist fra riket, jf. gjeldende utlendingslov § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd om at det ved vurderingen skal legges vekt på hensynet til de nærmeste familiemedlemmene.

Bestemmelsen i artikkel 3 angir prinsipper forvaltningen må forholde seg til når det skal avgjøres om et barn skal gis opphold i Norge, eller når det skal vurderes om myndighetene kan fatte et vedtak som innebærer at barnet vil bli splittet fra ett av sine nærmeste familiemedlemmer. Bestemmelsen slår fast at hensynet til barnets beste skal være "et grunnleggende hensyn" ("a primary consideration") ved alle handlinger myndighetene foretar seg som berører barn. Bestemmelsens forhistorie[24] viser tydelig at ordet "et" (engelsk "a") ble bevisst valgt fremfor ordet "det" (engelsk "the"). Ordlyden markerer at også andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan tillegges vekt ved vurderingen av saker som berører barn.

Når utlendingsmyndighetene først har tatt hensynet til barnets beste i betraktning i den enkelte sak, gir barnekonvensjonen artikkel 3 ikke direktiver for utfallet av skjønnsutøvelsen. Motstående hensyn, som for eksempel hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, vil derfor kunne tillegges like stor eller endog større vekt.

Selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge eller at det ikke fattes vedtak om utvisning av for eksempel barnets far, er derfor ikke barnekonvensjonen i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold eller et vedtak om utvisning.[25]

4.10.3.2 Utvalgets syn på inkorporering av barnekonvensjonen i utlendingsloven

Som nevnt under forrige punkt, har barnekonvensjonen vært inkorporert i utlendingsretten helt siden utlendingslovens ikrafttreden, jf. utlendingsloven § 4. Utlendingsmyndighetene har derfor vært forpliktet til å fortolke utlendingsloven i samsvar med konvensjonen, og dette prinsipielle utgangspunktet har også vært lagt til grunn for utlendingsmyndighetenes praksis. Som nevnt ble barnekonvensjonen også gjort gjeldende som norsk lov gjennom menneskerettsloven.

I mandatet for utvalget er det anmodet om at man tar stilling til hvordan barnekonvensjonen bør innarbeides i en ny utlendingslov.

Ettersom barnekonvensjonen allerede er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og utvalget i tillegg har valgt å videreføre den generell inkorporasjonsbestemmelsen i utlendingsloven § 4, er det verken nødvendig eller hensiktsmessig med noen særskilt henvisning til barnekonvensjonen i lovverket. Det vises til det som er sagt innledningsvis i kapittel 4.10.1.

---

24. Technical Review of the first reading of the Draft Convention on the Rights of the Child s. 10

25. Jf. tilsvarende SOU 2002:13: "Däremot ges ingen direkt vägledning för hur tungt barnets bästa skall väga i beslut som i första hand rör föräldrarna men som också drabbar barnet eller i situationer där samhällsinteressen skulle stå emot det enskilda barnets bästa. Barnkonventionen överlämnar till staterna att i dessa situastioner göra avvägningen."Jf. også Rt. 1993 s. 1591. Kjæremålsutvalget fant det "klart at lagmannseretten ikke har feiltolket barnekonvensjonen artikkel 3 når den har lagt til grunn at myndighetene ikke er avskåret fra å legge vekt på andre momenter enn hensynet til barnets beste."

Utvalget mener likevel at det ut fra informasjonshensyn er ønskelig at det i visse sammenhenger i lovverket presiseres at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn. Utvalget har derfor foreslått at det innarbeides en henvisning til barnets beste som et grunnleggende hensyn i tilknytning til de mest sentrale skjønnsmessige bestemmelsene i lovutkastet.[26]

[26] Det vises til lovutkastet § 47 om opphold av sterke rimelighetsgrunner, § 57 om familiegjenforening i rimelighetstilfeller, og § 81 om forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker.

Kapittel 5
Generelt om tillatelsessystemet i utlendingsloven

5.1 Hovedsystematikken i tillatelsessystemet

5.1.1 Gjeldende rett

Som beskrevet i kapittel 3 bygger gjeldende lov på et system med henholdsvis oppholds- og arbeidstillatelser.

En utlending som akter å ta arbeid i riket må i utgangspunktet ha arbeidstillatelse, jf. utlendingsloven § 6 første ledd. En utlending som akter å ta opphold i riket uten å ta arbeid, må som hovedregel ha oppholdstillatelse, jf. utlendingsloven § 6 annet ledd.

I tillegg til hovedinndelingen i arbeidstillatelser og oppholdstillatelser, er det ytterligere to hovedinndelinger som er sentrale.

For det første går det et hovedskille mellom midlertidige tillatelser og såkalt bosettingstillatelse, dvs. varig tillatelse til opphold i riket. En midlertidig tillatelse gjelder kun for et angitt og kortvarig tidsrom (normalt fra ett til tre år), og ved utløpet av tillatelsen må utlendingen enten få tillatelsen fornyet eller eventuelt skaffe et annet oppholdsgrunnlag for videre opphold i riket. En rett til bosettingstillatelse kan som hovedregel først erverves etter tre år med midlertidig tillatelse, og gir varig rett til opphold i riket.

I kapittel 5.3 er det gitt en oversikt over hovedgrunnlagene for midlertidig oppholdstillatelse i riket. Den mer detaljerte beskrivelse og drøftelse er foretatt i kapittel 6 til 9. Ordningen med rett til varig oppholdstillatelse er nærmere behandlet i kapittel 10.

For det annet finnes det to hovedkategorier av midlertidige tillatelser; tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, og tillatelse som ikke kan danne grunnlag for bosettingstillatelse. Den førstnevnte kategorien kan danne grunnlag for varig innvandring til Norge, den andre ikke. Hvilke tillatelser som kan danne grunnlag for varig innvandring og hvilke som ikke kan det, er nærmere beskrevet og kommentert i tilknytning til gjennomgangen av de ulike oppholdsgrunnlag i kapittel 6 til 9.

5.1.2 Utvalgets vurderinger

På samme måte som under gjeldende utlendingslovgivning, må det også i forbindelse med en ny lov gjelde en hovedregel om at en utlending som skal ta opphold i riket (og eventuelt arbeid) må ha en særskilt utstedt tillatelse.

Utvalget foreslår imidlertid å innføre et forenklet tillatelsessystem med én type tillatelse, nemlig oppholdstillatelse. Oppholdstillatelsen medfører i utgangspunktet en rett til å søke og ta arbeid. Utlendingslovvalget mener, som Fremmedlovutvalget i sin innstilling,[1] at retten til å søke og ta arbeid er en så grunnleggende rettighet at den som hovedregel bør følge med retten til opphold i landet. Forslaget er en språklig og systemmessig forenkling. Dersom det skal gjelde begrensninger i retten til å arbeide, noe som kan være naturlig i visse sammenhenger hvor formålet med oppholdet er et helt annet, for eksempel i forhold til studenter, bør dette være særskilt hjemlet og fremgå uttrykkelig av den enkelte tillatelse.

For øvrig foreslår utvalget å videreføre inndelingen i henholdsvis midlertidig oppholdstillatelse og tillatelse som gir rett til permanent opphold (såkalt bosettingstillatelse i gjeldende lov, jf. kapittel 10). Utvalget vil også videreføre inndelingen i midlertidig tillatelse som henholdsvis kan eller ikke kan danne grunnlag for permanent opphold, jf. drøftelsen av de ulike oppholdsgrunnlag i kapittel 6 til 9. I visse tilfeller, for eksempel i forhold til sesongarbeidere, vil det nemlig regulært være en forutsetning at oppholdet skal være midlertidig og ikke danne grunnlag for permanent opphold.

5.2 Unntak fra hovedregelen om at det kreves særskilt utstedt tillatelse for opphold og arbeid

5.2.1 Gjeldende lov

Det finnes flere unntak fra kravet om at en utlending som ønsker å ta opphold (og eventuelt arbeid) i riket må ha arbeids- eller oppholdstillatelse.

Ett unntak følger forutsetningsvis allerede av hovedbestemmelsen om krav til oppholdstillatelse i utlendingsloven § 6 annet ledd. En utlending som

1. NOU 1983:47 Ny fremmedlov s. 185 første spalte

ikke skal oppholde seg i riket utover tre måneder og som ikke skal ta arbeid, trenger ikke oppholdstillatelse. Utlendinger som er fritatt fra visumkravet, jf. kapittel 11, vil derfor kunne ta besøksopphold i riket i inntil tre måneder uten oppholdstillatelse. Tilsvarende vil visumpliktige borgere som har fått utstedt besøksvisum kunne ta opphold i riket i den tiden visumet gjelder uten noen annen særskilt tillatelse enn innreisetillatelsen.

For nordiske borgere gjelder et generelt unntak fra kravet til oppholds- og arbeidstillatelse, jf. utlendingsloven § 6 tredje ledd første punktum. Kongen kan fastsette ytterligere unntak i forskrift, jf. annet punktum.

Utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen er unntatt fra kravet om arbeids- eller oppholdstillatelse de tre første månedene etter innreise, eller inntil seks måneder dersom utlendingen registrerer seg som arbeidssøker, jf. utlendingsloven § 50 første ledd.

Utlending som nevnt i EFTA-konvensjonen vedlegg K, jf. Tillegg 1 artikkel 16 (b) (ii), kan uten tillatelse reise inn i riket og yte tjenester i inntil 90 arbeidsdager pr. kalenderår.

En utlending som har reist lovlig inn i riket, og som har eller gis adgang til å fremsette søknad om første gangs oppholdstillatelse fra riket, jf. utlendingsloven § 6 syvende ledd, jf. utlendingsforskriften § 10, har rett til opphold under søknadsbehandlingen.

En asylsøker har rett til opphold i riket uten noen formalisert tillatelse inntil det er tatt stilling til søknaden. Det følger av utlendingsforskriften § 113 tredje ledd at en utlending som påberoper seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at lovens beskyttelsesregler kommer til anvendelse, skal gis adgang til innreise uten innreisevisum. Videre følger det av utlendingsloven § 40 at et avslag på søknad om asyl som innebærer at utlendingen må forlate riket, som hovedregel ikke kan iverksettes før vedtaket har blitt endelig. Det betyr at iverksettelse ikke kan skje før det er tatt stilling til en eventuell klage over Utlendingsdirektoratets avslag.

5.2.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå innholdsmessige endringer i de unntak fra kravet om oppholdstillatelse som er beskrevet i kapittel 5.2.1.

Utvalget har likevel valgt å tydeliggjøre i selve loven at en utlending som oppfyller vilkårene for besøksopphold, enten som følge av at vedkommende er visumfri eller som følge av utstedt visum, har rett til å oppholde seg i riket uten særskilt oppholdstillatelse under besøksoppholdet. I dag følger dette bare forutsetningsvis av loven, jf. utlendingsloven § 25 sammenholdt med utlendingsloven § 6. Det vises til lovutkastet § 22.

5.3 Oversikt over de sentrale tillatelsesgrunnlagene

5.3.1 Gjeldende ordning

Innledning

Som beskrevet i kapittel 3 er gjeldende utlendingslov basert på et system med henholdsvis arbeidstillatelser og oppholdstillatelser og et system med tillatelser som henholdsvis kan eller ikke kan danne grunnlag for varig opphold. I kapittel 6 til 9 vil det bli gitt en nærmere beskrivelse av de ulike vilkår for at arbeids- eller oppholdstillatelse skal kunne gis. I dette avsnitt skal det bare gis et foreløpig oversiktsbilde over hvilke hovedgrunnlag for arbeids- og oppholdstillatelse som forekommer. Det vises for øvrig til det som er beskrevet i kapittel 5.2 om at det finnes en rekke unntak fra kravet til arbeids- og oppholdstillatelse.

Vern mot forfølgelse

En utlending som fremmer søknad om asyl og oppfyller vilkårene for anerkjennelse som flyktning, vil som hovedregel ha krav på asyl i medhold av utlendingsloven § 17 første ledd. Dersom utlendingen ikke oppfyller vilkårene for anerkjennelse som flyktning, men likevel har rett til vern mot forfølgelse etter gjeldende utlendingslov § 15, gis oppholdstillatelse i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd.

Kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon

I henhold til utlendingsloven § 8a kan det innvilges oppholdstillatelse på grunnlag av en gruppevurdering når Kongen i statsråd har besluttet at det foreligger en massefluktsituasjon, og at § 8a skal gis anvendelse.

Arbeidsinnvandring, studieopphold mv.

I medhold av utlendingsloven § 5 annet ledd har Kongen gitt forskrift om regulering av innvandringen i forskriften §§ 2 til 5a. Bestemmelsene fastsetter vilkår for opphold for arbeidstakere, studenter, praktikanter, ungdom som deltar i ungdomsutvekslingsprogrammer, utlendinger som det er ønskelig å gi opphold som ledd i økonomisk, viten-

skaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling mv.

Familietilknyting

Utlending som har tilknyting til Norge gjennom nær familie, vil kunne få opphold i riket på grunnlag av denne familietilknytningen, jf. utlendingsloven § 9, jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23.

Humanitært grunnlag: opphold på grunn av "sterke menneskelige hensyn" eller "særlig tilknytning til riket"

I medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd kan det gis opphold til utlending som ikke oppfyller de øvrige vilkår i loven for oppholdstillatelse ut fra en vurdering av utlendingens tilknytning til riket eller de menneskelige hensyn som gjør seg gjeldende. Dette oppholdsgrunnlaget er særlig praktisk i forhold til utlendinger som ikke oppfyller vilkårene for vern mot forfølgelse, men som likevel kan anføre tungtveiende humanitære grunner for at de trenger opphold. Oppholdsgrunnlaget er også praktisk i tilfeller hvor utlendingen har en familietilknytning til riket som ikke er tilstrekkelig sterk til at det foreligger et rettskrav på opphold.

EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen

Utlendingsloven §§ 50 til 53 har særlige regler om opphold for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen.

5.3.2 Utvalgets vurderinger

Kapittelinndelingen i utvalgets lovutkast bygger i hovedsak på den samme type inndeling av tillatelsesgrunnlagene som skissert i kapittel 5.3.1.

Utvalget introduserer imidlertid tre helt nye tillatelsestyper, jf. utkastet § 23 om korttidsopphold ut over tre måneder når forholdet etter sin art faller utenfor lovens øvrige regler, jf. utkastet § 85 om opphold for utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse og jf. utkastet § 116 tredje ledd om oppholdstillatelse av utenrikspolitiske hensyn eller av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser.

Ut over dette bevarer lovutkastet i hovedsak systematikken fra gjeldende tillatelsessystem. På paragrafnivå er lovutkastet likevel inndelt i langt flere ulike grunnlag enn gjeldende lov. Dette skyldes i første rekke at flere av de konkrete tillatelsesgrunnlagene som tidligere var nedfelt i forskriften, nå er foreslått innarbeidet i lovverket. For en nærmere beskrivelse vises det til fremstillingen i kapittel 6 til 9.

5.4 Midlertidige tillatelsers varighet

5.4.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 7 fastsetter at første gangs tillatelse til arbeid eller opphold i alminnelighet gis for ett, to eller tre år. Tillatelsen kan gis for et annet tidsrom dersom formålet med arbeidet eller oppholdet eller andre grunner tilsier det. I utlendingsforskriften § 15 er det gitt nærmere regler.

5.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget har vurdert om lengden på førstegangs tillatelser bør standardiseres ut fra forenklingshensyn. De enkelte tillatelsesgrunnlagene er imidlertid av såpass ulik art at dette blir vanskelig. For utlendinger som etter en søknad om beskyttelse blir anerkjent som flyktninger, kan det i mange tilfeller være hensiktsmessig å gi en tillatelse for tre år, for eksempel der forholdene i utlendingens hjemland har liten utsikt til forbedring. For oppholdstillatelse i arbeidsøyemed kan arbeidsforholdets lengde begrunne kortere eller lengre tillatelse. Det samme gjelder oppholdstillatelse i studieøyemed. Også i familieetableringstilfellene kan det, blant annet av kontrollhensyn, være hensiktsmessig med en kortere førstegangstillatelse. Varigheten av søkerens tillatelse kan heller ikke være lengre enn varigheten av referansepersonens (dvs. som regel herboende ektefelles) tillatelse. Disse eksemplene viser at det fortsatt vil være behov for å kunne differensiere varigheten av førstegangstillatelsen avhengig av oppholdsgrunnlaget og forholdene i den enkelte sak. Utvalget har derfor blitt stående ved at førstegangstillatelsen normalt skal gis for mellom ett og tre år, og at en nærmere regulering kan foretas i forskrift. Det vises til lovutkastet § 70.

5.5 Fremsettelse av søknad

5.5.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 6 femte og sjuende ledd fastsetter en hovedregel om at første gangs arbeids- og oppholdstillatelse må være gitt før innreise, jf. utlendingsforskriften § 10. Utlendingsforskriften § 11 annet ledd fastsetter at søknaden skal fremmes gjennom norsk utenriksstasjon når søkeren opp-

holder seg utenfor riket. Som begrunnelse for hovedregelen om at første gangs tillatelse skal være gitt før innreise, ble blant annet følgende uttalt i forarbeidene:

> "Det synes ikke urimelig at en utlending som ønsker å slå seg ned i Norge for lengre tid, må ha tatt opp spørsmålet før avreisen fra hjemlandet. Regelen vil gi en mer rettferdig praksis, både fordi den stiller visumfrie og visumpliktige utlendinger likt og fordi det er lettere å behandle alle likt når en slipper det press som ofte oppstår når en utlending søker etter ankomst og grunnlaget er mer eller mindre tvilsomt." [2]

Gjennom en lovendring i juni 2001[3] ble det gjort unntak fra kravet om at førstegangs arbeidstillatelse må være gitt før innreise i de tilfellene hvor søknaden gjelder tillatelse som sesongarbeider eller spesialist, jf. § 6 fjerde ledd første punktum.[4] Også utlending som søker om arbeids- eller oppholdstillatelse i kraft av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, vil ha rett til å fremsette søknad fra riket, jf. loven § 50 fjerde ledd.

Det er for øvrig gitt hjemmel for at Kongen i forskrift kan fastsette unntak fra kravet om at tillatelse skal være gitt før innreise, og i utlendingsforskriften § 10 er det fastsatt omfattende unntak. Det er herunder gitt en generell adgang for utlendingsmyndighetene til å gjøre unntak fra hovedregelen "når sterke rimelighetsgrunner tilsier det", jf. forskriften § 10 femte ledd.

Hvis en søknad er tillatt fremmet mens utlendingen oppholder seg i landet, vil vedkommende normalt kunne være her inntil søknaden er endelig avgjort. Utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan imidlertid arbeide i inntil tre måneder uten tillatelse eller oppholde seg her inntil seks måneder dersom vedkommende er arbeidssøkende. Og i medhold av utlendingsloven § 6, jf. utlendingsforskriften § 14, kan det gis en foreløpig tillatelse til øvrige utlendinger mens søknaden er til behandling dersom det er sannsynlig at søknaden vil bli innvilget og søkeren har fulgt ordinær søknadsprosedyre. Denne regelen er lite brukt i praksis. Det vises for øvrig til at en asylsøker kan gis en midlertidig arbeidstillatelse etter loven § 17 sjette ledd mens søknaden er til behandling.

2. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 53
3. Lov 15.06.2001 nr. 72
4. Unntaket gjelder ikke i de tilfeller hvor utlendingen oppholder seg i riket i forbindelse med søknad om asyl, eller i påvente av utreise etter avslag på asylsøknad, jf. § 6 fjerde ledd annet punktum.

5.5.2 Utvalgets vurderinger

Utlendingsloven hadde ved vedtakelsen i 1988 som utgangspunkt at førstegangs arbeids- og oppholdstillatelse skulle være gitt før innreise. En rekke senere lov- og forskriftendringer har gitt hjemmel for unntak fra utgangspunktet i en slik grad at den faktiske hovedregel i dag like gjerne kan anses å være at søknader kan fremsettes fra riket.[5] Unntakene er imidlertid lite oversiktlige. Noen unntak er begrunnet i et samfunnsmessig behov for smidige ordninger, for eksempel regelen i loven § 6 fjerde ledd om at søknad om sesong- og spesialistarbeidstillatelse kan fremmes fra riket, mens andre unntak er begrunnet i hensynet til den enkelte søker og eventuelt herboende referanseperson. Unntaksordningene må særlig ses i sammenheng med den lange saksbehandlingstiden man har erfart i utlendingsforvaltningen.

Utvalget foreslår å videreføre en hovedregel i loven om at tillatelse skal være gitt før innreise. Fordi utvalget ikke foreslår noen rettighetsbestemmelse i loven knyttet til såkalte "spesialisttillatelser" eller "sesongarbeidstillatelser", ligger det ikke til rette for at man i loven viderefører en rett til å fremsette søknad om denne type tillatelser fra riket. Utvalget foreslår imidlertid å videreføre en hjemmel for at Kongen kan fastsette unntak fra hovedregelen i forskrift. I tillegg foreslår utvalget å innta i loven en bestemmelse tilsvarende utlendingsforskriften § 10 femte ledd om at det kan gjøres unntak i den enkelte sak dersom sterke rimelighetsgrunner tilsier det. Det vises til lovutkastet § 66.

Utvalgets forslag er ikke til hinder for at det også under en ny lov kan opereres med omfattende unntak fra utgangspunktet om at førstegangs tillatelse skal være gitt før innreise dersom dette ut fra en avveining av ulike hensyn anses nødvendig eller mest hensiktsmessig. Som det vil fremgå i kapittel 8 er utvalget likevel skeptisk til en del sider ved den unntaksreguleringen som i dag er gjennomført i forskriftsverket i relasjon til søknader om familieinnvandring.

Som nevnt i kapittel 5.5.1 har man i gjeldende regelverk en bestemmelse i utlendingsforskriften § 14 om at det kan gis foreløpig arbeidstillatelse dersom det er sannsynlig at søknaden vil bli innvilget. Utvalget mener at en bestemmelse med tilsvarende innhold bør videreføres og inntas i selve loven. Det vises til lovutkastet § 67. Den nærmere detaljregulering av bestemmelsens virkeområde bør fastsettes av Kongen i forskrift. Reglene om foreløpig arbeids-

5. Noe annet er at utlendingen må oppfylle vilkårene for innreise i riket for å kunne benytte denne adgangen.

tillatelse bør være unntatt forvaltningsloven kapittel IV til VI, slik at det ikke vil være noen begrunnelsesplikt eller klageadgang i disse sakene. Dette er også ordningen i dag.

Utvalget mener videre at det bør fremgå tydelig av en ny lov at man har rett til å fremme en søknad om beskyttelse i riket eller på norsk grense. Norge er klart folkerettslig forpliktet til å la utlendinger fremme søknad om asyl her. Det vises til lovutkastet § 66 annet ledd. Det understrekes imidlertid at utvalget ikke mener at det foreligger en plikt til å realitetsbehandle *alle* søknader om beskyttelse som fremmes her. Av ulike grunner, jf. kapittel 6.11.4.2 flg., kan en utlending i flere tilfeller henvises til å søke beskyttelse i et annet land. Men en søknad om beskyttelse kan aldri nektes fremmet.

5.6 Fornyelse av midlertidig tillatelse

5.6.1 Gjeldende rett

I medhold av § 11 i gjeldende lov er det gitt nærmere forskriftsbestemmelser om fornyelse av tillatelser, jf. utlendingsforskriften §§ 32 til 42. Hovedprinsippet som fornyelsesreglene bygger på, er at forutsetningene for den gitte tillatelsen fortsatt må foreligge for at det skal gjelde en rett til fornyelse. Det finnes imidlertid en rekke unntak.

Enkelte tillatelser i forskriften kan bare gis for et til sammen fastsatt tidsrom, eller kan overhodet ikke fornyes.

Utlendingsloven § 11 annet ledd fastsetter at en fornyet tillatelse i alminnelighet gis for ett eller to år etter nærmere regler fastsatt i forskrift, jf. utlendingsforskriften § 38. Loven § 11 tredje ledd fastsetter at en utlending som søker om fornyelse av en tillatelse som kan fornyes, kan få fortsatt opphold på samme vilkår inntil søknaden er avgjort, og har rett til dette dersom utlendingen søker senest en måned før tillatelsen utløper. Utfyllende regler er gitt i forskriften § 39. I forskriften § 42 er det fastsatt nærmere regler om adgangen til fortsatt opphold i søknadsperioden for utlending som søker arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse på nytt faktisk eller rettslig grunnlag.

5.6.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget har ikke funnet grunn til å endre hovedprinsippene som dagens fornyelsesregler bygger på, jf. lovutkastet § 71.

Utvalget legger imidlertid opp til en noe mer detaljert regulering av fornyelsesspørsmålet i selve loven. I første rekke skjer dette på den måte at enkelte bestemmelser som i dag står i forskriften innarbeides i loven. Det vises her særlig til de tillatelsene som gjelder videre opphold etter samlivsbrudd i familietilknytningstilfellene, jf. lovutkastet §§ 63 og 64. Noen innholdsmessige endringer er også foretatt i de ulike bestemmelsene. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt det bør foretas en fornyet individuell vurdering av om behovet for beskyttelse fortsatt er til stede i forhold til flyktninger, vises det til kapittel 6.9.6.

5.7 Krav om sikret underhold og bolig

5.7.1 Gjeldende rett

I gjeldende lov §§ 8 første ledd nr. 1[6] og 9 første ledd[7] slås det fast at underhold og bolig som hovedregel må være sikret etter nærmere regler som fastsettes av Kongen i forskrift. Et slikt vilkår gjelder ikke dersom utlendingen har fått innvilget asyl, jf. § 18. I forhold til tillatelse til utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, kan det heller ikke stilles annet krav til sikret underhold enn det som følger av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. I forskriftsverket er det også ellers fastsatt en rekke unntak fra kravet om at underhold og bolig må være sikret.

5.7.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget vil ikke foreslå at man viderefører noen hovedbestemmelse(r) i loven om at underhold og bolig må være sikret.

Når det gjelder utlendinger som har rett til oppholdstillatelse i kraft av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, vil det i de fleste tilfeller ikke kunne oppstilles noe særskilt underholdskrav. Når det gjelder arbeidsinnvandrere som ikke har rett til tillatelse i kraft av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, mener utvalget at evnen til selvforsørgelse må kunne sikres tilstrekkelig gjennom vilkår knyttet til hvilke arbeidsforhold som skal kunne danne grunnlag for arbeidsinnvandring.

I forhold til saker som gjelder familieinnvandring har regjeringen under gjeldende lovverk hatt anledning til å styre politikken gjennom forskriftsregulering, jf. utlendingsforskriften § 25. Etter utvalgets oppfatning vil det være hensiktsmessig at det også i fremtiden overlates til regjeringen å fastsette de nærmere regler i forskrift.

Adgangen til opphold som flyktning kan ikke begrenses gjennom noe underholdskrav. Tilsva-

6. Om arbeids- og oppholdstillatelse i sin alminnelighet.
7. Om arbeids- eller oppholdstillatelse til familiemedlem.

rende kan det ikke være aktuelt å operere med et krav om selvforsørgelse for opphold av humanitære grunner.

Det som er gjennomgått over viser etter utvalgets mening at det er behov for så mange og omfattende unntak fra et hovedkrav om sikret selvforsørgelse at det vil kunne virke misvisende å operere med en hovedregel om sikret underhold og bolig i loven. I hvilke situasjoner det skal stilles et krav om sikret selvforsørgelse, og hva innholdet i et slikt krav skal være, må etter utvalgets vurdering overlates til regjeringen å fastsette gjennom forskriftsregulering. Det vises til lovutkastet § 68.

5.8 Krav til vandel mv.

5.8.1 Gjeldende rett

For utlending som ikke fyller vilkårene for asyl eller for øvrig har rett til vern mot utsendelse av beskyttelsesgrunner, gjelder det som hovedregel et krav om at det ikke

> "foreligge[r] omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid i medhold av [ ] regler i loven." [8]

De omstendigheter som kan føre til avslag er at det enten foreligger et grunnlag for bortvisning eller utvisning, jf. kapittel 12, eller slike forhold som er nevnt i bestemmelsen om særregler av hensyn til rikets sikkerhet mv. i § 43, jf. kapittel 13.5. Det er ikke tilstrekkelig at det for eksempel foreligger en bortvisningsgrunn. Det må også tas standpunkt til om grunnen bør føre til avslag.

5.8.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget har ikke funnet grunn til å endre prinsippet i gjeldende lov § 8 første ledd nr. 3 som er beskrevet i punkt 5.8.1. Utvalget foreslår derfor en tilsvarende bestemmelse videreført, jf. lovutkastet § 69.

8. Jf. utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3, jf. tilsvarende formulering i utlendingsloven § 51 tredje ledd for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen.

Kapittel 6
Beskyttelse

6.1 Innledning

6.1.1 Generelt om reglene i folkeretten og intern norsk rett

6.1.1.1 Folkeretten

I folkeretten finnes ulike beskyttelsesinstrumenter som er relevante når en utlending søker vern mot å bli returnert til en situasjon hvor vedkommende kan risikere å bli utsatt for alvorlige former for overgrep. Konvensjonen om flyktningers rettslige stilling av 28. juli 1951 (flyktningkonvensjonen) og dens tilleggsprotokoll av 1967 er de viktigste i så måte. De inneholder bestemmelser om hvem som skal anses som flyktning, og hvilke rettigheter som tilkommer en flyktning. Flyktningkonvensjonen inneholder også en spesifikk bestemmelse som er til hinder for retur dersom liv eller sikkerhet vil være i fare, det såkalte non refoulement-prinsippet.

Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) definerer hvem som er å anse som flyktning. Bestemmelsen lyder i norsk oversettelse:

> "[ ] enhver person som [ ] på grunn av at han har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse; eller som er statsløs og på grunn av slike begivenheter befinner seg utenfor det land hvor han har sin vanlige bopel, og som er ute av stand til eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å vende tilbake dit."

Flyktningkonvensjonens definisjon av flyktning inneholder forfølgelseskriterier som knytter seg til menneskerettsbrudd. Tolkningen av flyktningkonvensjonen tar derfor gjerne utgangspunkt i folkerettslige menneskerettsinstrumenter som FNs menneskerettighetserklæringen av 1948, FN-konvensjonene av 1966, den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), og spesielle instrumenter som torturkonvensjonen, kvinnekonvensjonen, barnekonvensjonen m.fl.[1]

1. Se nærmere om folkerettslige rettskilder i kapittel 4.

En person som ikke anses å oppfylle kriteriene i artikkel 1A(2), men som likevel har behov for beskyttelse, vil normalt ikke oppnå status som flyktning i tilfluktsstaten, men gis formelt status som for eksempel "de facto flyktning", "B-status flyktning", "utlending med opphold på humanitært grunnlag", "skyddsbehövande i övrigt", "person with subsidiary protection" osv. I dagligtalen brukes nok likevel begrepet "flyktning" ofte om disse.

Flyktningers vern mot utsendelse - prinsippet om non refoulement - er nedfelt i flyktningkonvensjonen artikkel 33(1), som lyder:

> "Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe."

Non refoulement-prinsippet er også nedfelt i andre folkerettslige instrumenter, som for eksempel utleveringskonvensjoner og menneskerettsinstrumenter. Den som ikke oppfyller vilkårene for å være flyktning, må derfor eventuelt vurderes for beskyttelse under andre beskyttelsesinstrumenter, for eksempel EMK artikkel 3, torturkonvensjonen artikkel 3 m.fl. Det er blant annet på bakgrunn av disse bestemmelsene at også andre enn konvensjonsflyktninger gis beskyttelse og opphold, og anses å være "de facto flyktninger". I visse regionale folkerettsinstrumenter omfattes disse av flyktningdefinisjonen. Dette er tilfellet både når det gjelder OAU-konvensjonen og Cartagena-deklarasjonen, jf. kapittel 4.3.3.6.

6.1.1.2 Utlendingsloven av 1988

Forholdet beskyttelsesbestemmelsene imellom

Utlendingsloven av 1988 har to bestemmelser som kan gi rettskrav på vern mot utsendelse av utlendinger som påberoper et beskyttelsesbehov; utlendingsloven § 15 første ledd, første og annet punktum. Disse bestemmelsene lyder som følger:

> "Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte for-

følgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til et slikt område. Tilsvarende vern skal gjelde utlending som av liknende grunner som angitt i flyktningdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling."

Mens bestemmelsen i utlendingsloven § 15 første ledd første punktum er ment å ivareta forpliktelsene etter non refoulement-bestemmelsen i flyktningkonvensjonen artikkel 33(1), er annet punktum ment å ivareta forpliktelsene som følger av vernet etter blant annet EMK artikkel 3.

I loven § 16 er det fastsatt i hvilke tilfeller det kan gjøres gjeldende et krav på anerkjennelse som flyktning. Bestemmelsen inkorporerer (gjennomfører) flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). I § 17 reguleres retten til asyl, og hovedregelen er at en flyktning som er i riket eller på norsk grense, etter søknad har rett til asyl.

Det sentrale å merke seg i forhold til systematikken og oppbygningen av beskyttelsesvernet i gjeldende utlendingslov, er at flyktningbestemmelsen i § 16 og asylbestemmelsen i § 17 er rene statusbestemmelser. Mens utlendingsloven § 15 første ledd regulerer hvem som er vernet mot retur, regulerer §§ 16 og 17 spørsmålet om når en vernet utlending også skal ha rett til anerkjennelse som flyktning og eventuelt asylstatus i Norge. Alternativet til at en utlending som har rett til vern etter § 15 første ledd blir anerkjent som flyktning og innvilges asyl, er at vedkommende får innvilget oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. utlendingsforskriften § 21 første ledd.

Med bakgrunn i at utlendingsloven § 15 første ledd første punktum gir vern mot retur for utlending som kan frykte "forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning", skulle man umiddelbart tro at en utlending som er dekket av dette vernet, også ville falle inn under flyktningdefinisjonen i § 16. Dette er imidlertid ikke uten videre tilfellet etter dagens norske praksis. Fordi § 15 første ledd regulerer et beskyttelsesspørsmål og § 16 kun regulerer et statusspørsmål, er det ulike tolkningshensyn som gjør seg gjeldende. Det vil derfor ofte forekomme tilfeller hvor utlendingen er vernet mot utsendelse etter § 15 første ledd første punktum, men hvor vilkårene for flyktningstatus likevel ikke anses oppfylt. Konsekvensen er at utlendingen, i stedet for å bli anerkjent som flyktning og innvilget asyl, som nevnt vil bli innvilget opphold etter loven § 8 annet ledd, jf. forskriften § 21 første ledd.

Når det gjelder utlending som ikke faller inn under returvernet i § 15 første ledd første punktum, men som er vernet under bestemmelsen i annet punktum, vil vilkårene for anerkjennelse som flyktning ikke være oppfylt. I disse tilfellene vil det derfor alltid være utlendingsloven § 8 annet ledd som er den aktuelle hjemmelen for å innvilge opphold, og utlendingen vil ha rettskrav på slik tillatelse, jf. utlendingsforskriften § 21 første ledd.

Det skillet mellom beskyttelsesbestemmelsene og statusbestemmelsene i gjeldende lov som er kort beskrevet her, har skapt problemer i forhold til å kommunisere realitetene i norsk beskyttelsespraksis. Skillet tilslører den omstendighet at Norge uansett er folkerettslig forhindret fra å sende personer som faller inn under § 15 første ledd tilbake til forfølgelse i hjemlandet. I praksis innebærer det at det nesten alltid vil være nødvendig å gi dem opphold i Norge.

I kapittel 6.1.2 skal bakgrunnen for dagens regelverk og praksis forklares nærmere.

Avledet flyktningstatus

Utlendingsloven § 17 tredje ledd slår fast at

"også flyktningens ektefelle eller samboer eller barn under 18 år uten ektefelle eller samboer har rett til asyl dersom ikke særlige grunner taler mot det."

Bestemmelsen er både en regel om familiegjenforening, og en regel om hvilken type oppholdstillatelse de nærmeste familiemedlemmene skal gis. Den bygger på en presumsjon for at også de nærmeste familiemedlemmene til en flyktning, og ikke bare flyktningen selv, som hovedregel har et beskyttelsesbehov.

Det er først og fremst effektivitets- og praktiske hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen. Hvis man opererer med en presumsjon om at de nærmeste familiemedlemmene til en flyktning har behov for beskyttelse, hvilket ofte vil være i samsvar med de faktiske forhold, kan myndighetene bruke kortere tid på å behandle sakene. Det kan også være praktisk å gi familiemedlemmene avledet status slik at hele familien kan få samme type tillatelse, reisedokument mv.

Hvilke "særlige grunner" som kan tale mot at avledet asylstatus innvilges, må avgjøres etter en konkret vurdering. Mest praktisk er de tilfeller hvor flyktningen stifter familie etter at vedkommende fikk flyktningstatus etter § 17 første ledd, eller hvor ektefellen/samboeren/barna har en annen nasjonalitet enn flyktningen selv. I slike tilfeller er det mindre naturlig å bygge på en presumsjon om avledet forfølgelsesrisiko. Fremmedlovutvalget la imidlertid til grunn at "slike individuelle

omstendigheter bør det [ ] bare tas hensyn til når de gjør det klart at familiemedlemmet ikke bør ha asyl. Ellers kan regelen og den presumsjon den bygger på bli undergravet."[2]

6.1.2 Utgangspunkter for tolkningen av flyktningbegrepet i utlendingsloven av 1988

Gjennom utlendingsloven av 1988 ble flyktningkonvensjonens flyktningbegrep inkorporert i norsk rett ved at utlendingsloven § 16 viser direkte til flyktningkonvensjonen artikkel 1A. Fremmedlovutvalget, som gikk inn for denne løsningen, uttalte blant annet følgende:

> "Denne lovteknikk ("inkorporasjon" av en folkerettslig bestemmelse) vil, uansett hvordan det synes, ikke i praksis endre definisjonens karakter av et norsk flyktningbegrep. Begrepet vil ha sin anvendelse innenfor det norske rettssystem og etter bedømmelse av norske myndigheter. Dets status blir for så vidt tilsvarende den som den gjeldende definisjon har. Anvendelsen må fortsatt skje på grunnlag av norsk praksis og norsk fortolkning, så lenge muligheten for bindende internasjonale avgjørelser må regnes for teoretisk. Tatt i betraktning den likhet som allerede eksisterer mellom de to definisjoner, blir det derfor ikke rettslig nødvendig å endre norsk praksis nevneverdig." [3]
>
> "Paragrafen [§ 16 i utlendingsloven av 1988] innebærer at flyktningekonvensjonens flyktningebegrep inkorporeres i norsk rett. Anvendt innen norsk lovgivning blir det dermed et norsk begrep. Det skal anvendes av de norske myndigheter som gis kompetanse til det og på grunnlag av den tolkning og den praksis de finner riktig, selv om UNHCRs syn og den praksis som følges i andre land selvsagt bør veie tungt." [4]

UNHCR har utarbeidet en egen håndbok for tolkning av flyktningkonvensjonen; *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (håndboken)[5]. I tillegg kommer en rekke supplerende anbefalinger i form av *Guidelines on International Protection* mv. Også andre menneskerettsinstrumenter og prinsipper vil kunne være relevante for tolkningen, jf. kapittel 4.

Håndboken og dennes rettskildemessige status er indirekte forankret i flyktningkonvensjonen artikkel 35 punkt 1:

> "De kontraherende stater forplikter seg til å samarbeide med De forente nasjoners Høykommissariat for flyktninger, eller med ethvert annet organ under De forente nasjoner som måtte etterfølge det, under utøvelsen av dets funksjoner og skal særlig lette oppfyllelsen av dets plikt til å føre tilsyn med anvendelsen av bestemmelsene i denne konvensjon."

Det forhold at håndboken ble utarbeidet etter oppfordring fra UNHCRs *Executive Committee* (ExCom)[6] styrker dens stilling som rettskilde.[7] Håndboken er likevel ikke rettslig bindende for medlemsstatene. Norske myndigheter har lagt til grunn at både uttalelser i håndboken og UNHCRs prinsipielle uttalelser for øvrig gir relevant veiledning om fortolkningen, og bør veie tungt:

> "UNHCRs håndbok om prosedyrer og kriterier for avgjørelser av flyktningstatus gir veiledning om fortolkningen. Håndboka er imidlertid ikke rettslig bindende for konvensjonspartene, og det er derfor opp til hver konvensjonspart å fortolke flyktningbegrepet i konvensjonens art 1A. Når norske myndigheter fortolker flyktningkonvensjonen veier UNHCR sitt syn tungt." [8]

En rettsavgjørelse i norsk flyktningrett hvor prinsipielle tolkningsspørsmål sto sentralt, er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1991 s. 586 (Abdi-dommen). Saken gjaldt en asylsøker som hadde fått opphold i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd, men som var nektet anerkjennelse som flyktning og dermed heller ikke ble innvilget asyl. Saken gjaldt gyldigheten av vedtaket om å avslå asyl. Hovedspørsmålet var om og under hvilke betingelser en person som ikke var gjenstand for politisk forfølgelse mens han oppholdt seg i hjemlandet, måtte anses som flyktning med rett til asyl som følge av omstendigheter som inntreffer senere (såkalt flyktning "sur place"). Ved "sur place" skilles det mellom "objektiv sur place" (den forfølgelsesrisiko som etableres ved endrede politiske forhold i hjemlandet) og "subjektiv sur place" (den risiko som utløses av vedkommendes egen virksomhet etter at han forlot hjemlandet). Vedtaket om å avslå asyl var fattet etter den tidligere fremmedloven av 1956 § 2 annet ledd, men sentralt for Høyesterett sto tolkningen av flyktningbegrepet i flyktningkonvensjonen. Høyesterett så også hen til § 16 i utlendingsloven av 1988, som var trådt i kraft på domstidspunktet.

---

2. NOU 1983:47 s. 359 første spalte
3. NOU 1983:47 s. 289 annen spalte
4. NOU 1983:47 s. 356 annen spalte
5. Håndboken ble oversatt til norsk i 2003.
6. Se kapittel 4.3.2.2.
7. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 73-74
8. Ot.prp. nr. 48 (2001-2002) om lov om endringer i utlendingsloven punkt 2.2

Førstvoterende i Høyesterett fastslo, med tilslutning fra tre dommere, at det utenfor rammen av flyktningbegrepets kjerneområde foreligger en frihet for statlige myndigheter til å trekke de nærmere grenser for flyktningbegrepets innhold:

> "Jeg legger til grunn at flyktningbegrepet etter fremmedloven og flyktningkonvensjonen har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningkonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningbegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis."

Som begrunnelse for sitt standpunkt om en statlig skjønnsfrihet så Høyesterett blant annet hen til de tidligere siterte uttalelsene fra Fremmedlovutvalget om at flyktningdefinisjonen i norsk rett må anses å ha karakter av et norsk flyktningbegrep. Videre fremholdt Høyesterett som et relevant argument at selve flyktningbedømmelsen ikke gjelder et beskyttelsesspørsmål, men et statusspørsmål:

> "Etter flyktningkonvensjonen av 1951 er den helt sentrale bestemmelse til beskyttelse av flyktninger "non refoulement"-bestemmelsen i artikkel 33. Denne fastsetter et forbud mot at et konvensjonsland utviser eller avviser en flyktning til et område hvor hans liv eller frihet er truet på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en sosial gruppe eller politisk oppfatning. Denne traktatbestemmelsen har fått sitt internrettslige nedslag i fremmedloven av 1956 § 17 tredje ledd, en bestemmelse som mer enn oppfyller de forpliktelser som følger av artikkel 33. En person som i medhold av § 17 ikke kan sendes ut av riket, vil dessuten - selv om asyl nektes - få oppholdstillatelse på humanitært grunnlag og vil da også nyte godt av fordeler og rettigheter som langt på vei tilsvarer hva som tilstås konvensjonsflyktninger som innvilges politisk asyl. Ved fortolkningen av fremmedloven § 2 er det ikke uten betydning at nettopp dette er alternativet når asyl nektes i tilfelle hvor forfølgelsesgrunnlaget er på det rene."

Det følger av dette at dersom sakens tema hadde vært spørsmålet om beskyttelse og en tolkning av flyktningkonvensjonen artikkel 33, kunne rammen for den statlige handlefriheten blitt vurdert annerledes.

Et ytterligere moment som ble trukket frem av Høyesterett som argument for at det bør aksepteres en viss grad av statlig handlefrihet i forhold til flyktningvurderingen, var det innvandringspolitiske aspektet:

> "Praktiseringen av flyktningbegrepet i fremmedloven er et ikke uvesentlig element i den totale norske flyktningpolitikk, blant annet ved å kunne påvirke tilstrømningen av flyktninger til Norge."

Høyesteretts flertall la videre til grunn at domstolene har begrenset adgang til å overprøve forvaltningens vurderinger av om en søker som faller utenfor flyktningkonvensjonens kjerneområde, skal innvilges asyl.

Den oppfatning av norske myndigheters skjønnsmargin ved tolkningen av flyktningkonvensjonen som kom til uttrykk i Fremmedlovutvalgets innstilling og i førstvoterendes uttalelser i Abdi-dommen, har senere blitt lagt til grunn i forvaltningspraksis og rettspraksis. Man har ansett at flyktningvurderingen i forhold til non refoulement-bestemmelsen i artikkel 33(1) og flyktningvurderingen i forhold til flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) er to delvis atskilte spørsmål, ved at det første spørsmålet gjelder beskyttelse, mens det andre gjelder et statusspørsmål.[9]

Det konkrete tema i Abdi-dommen var om en utlending som har fått et beskyttelsesbehov *sur place* på grunn av egen virksomhet etter at han forlot hjemlandet, skal ha krav på anerkjennelse som flyktning. De viktigste konsekvensene av at man skiller mellom beskyttelsesspørsmålet under utlendingsloven § 15 første ledd første punktum (jf. flyktningkonvensjonen artikkel 33(1)) og statusspørsmålet under utlendingsloven § 16 (jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)), gjelder imidlertid bevis- og risikokrav. Forholdet mellom beviskrav på den ene side og risikokrav på den annen side er nærmere beskrevet i punkt 6.2.4. Det kan imidlertid allerede her angis følgende: Beviskravet gjelder sannsynliggjøringen av sakens faktum, mens risikokravet gjelder hvor stor grad av sannsynlighet som - med utgangspunkt i det fastlagte faktum - skal kreves for at overgrep mot søkeren faktisk vil finne sted.

Den tanke som ligger til grunn for dagens praksis er at mens det ut fra skadepotensialet ved en feilvurdering er nødvendig å utvise stor varsomhet i forhold til bevis- og risikokrav når det er

9. Jf. i denne sammenheng blant annet St.meld. nr. 17 (1994-95) Om flyktningpolitikken s. 54:
"Flyktningkonvensjonen gir med sin trygge returbestemmelse (non-refoulement) beskyttelse til en videre personkrets enn den som omfattes av konvensjonens flyktningdefinisjon."

beskyttelsesspørsmålet som skal avgjøres, er det mindre tungtveiende grunner til at man eventuelt skal fravike det alminnelige utgangspunkt om sannsynlighetsovervekt, eller at man skal stille lave krav til risiko, når det er statusspørsmålet som avgjøres.

I Ot.prp. nr. 46 1986-87 s. 103 ble blant annet følgende uttalt i forhold til beviskravene:

> "Det er en særegenhet ved asylsaker og saker etter § 15 at de ofte vil måtte avgjøres på grunnlag av mangelfulle bevis. Opplysninger fra søkeren vil i praksis ofte være ukontrollerbare, og den bakgrunnsinformasjon som foreligger, kan være mangelfull og av usikker kvalitet. Det er her grunn til å understreke at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt for å gi utlendinger vern mot utsendelse. I denne forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortoner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse. Det stiller seg annerledes med hensyn til om han skal gis flyktningstatus. Her bør det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for at asylsøkeren virkelig er flyktning. Statusspørsmålet er av helt underordnet betydning i forhold til vernet mot utsendelse og bør kunne vurderes etter vanlige normer med hensyn til bevisbedømmelsen."

Ut fra Utlendingsdirektoratets praksis synes det klart at direktoratet opererer med en lavere risikoterskel for retten til vern etter utlendingsloven § 15 første ledd første punktum enn for anerkjennelse som flyktning etter § 16. Det er trolig dette som er den viktigste forklaringen til at en så høy andel av de asylsøkerne som i 2003 fikk opphold fra land som Afghanistan, Somalia, Irak og Russland[10] ble innrømmet vern etter § 15 uten å være anerkjent som flyktninger etter § 16. I all hovedsak gjelder dette utlendinger som har søkt asyl med grunnlag i anførsler om forfølgelse på etnisk grunnlag.

Som resultat av et ønske om å liberalisere norsk praksis i forhold til flyktning- og asylvurderingen, introduserte regjeringen i 1998 retningslinjer for nye asylkriterier i norsk praksis. Asylkriteriene ble nedfelt i et brev av 13.01.1998 fra Justisdepartementet til Utlendingsdirektoratet. Formålet var å oppnå at flere av dem som etter gjeldende praksis ble innvilget opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd, skulle bli anerkjent som flyktninger og få innvilget asyl etter § 17.

Kriteriene ble gitt av Justisdepartementet på et tidspunkt hvor departementet var det øverste klageorgan på utlendingsfeltet og hadde instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsdirektoratet. Etter at Utlendingsnemnda ble opprettet som klageorgan på utlendingsfeltet fra 01.01.2001, kan forvaltningens praksis kun styres gjennom lov og forskrift.

Som det vil fremgå i kapittel 6.9, vil utvalget anbefale en endring av det skillet mellom beskyttelsesvurderingen og statusvurderingen som har vært gjeldende i norsk praksis. Utvalget anser at det bør foretas en og samme vurdering i forhold til flyktningkonvensjonen artikkel 33(1) og artikkel 1A(2).

6.1.3 Nøkkeltall

Tabell 6.1 viser bildet når det gjelder asylankomster til Norge i perioden 1985-2003. Tallene for første halvår 2004 viser en nedgang på rundt 45 prosent sammenlignet med samme periode i 2003. Det har i løpet av årets seks første måneder kommet 3900 asylsøkere, mens det i samme periode i fjor ankom 7000.

Siden 1990 har særlig krigene og konfliktene på Balkan satt sitt preg på ankomstbildet. Så sent som i 2003 utgjorde asylsøkere fra Serbia og Montenegro[11] fortsatt den største asylsøkergruppen (2180 asylsøkere). Tabell 6.2 til 6.4 viser de fem største nasjonalitetsgruppene av asylsøkere i perioden 2001-2003:

Tabell 6.1 Asylankomster til Norge 1985-2003

1985	829
1986	2 722
1987	8 613
1988	6 602
1989	4 433
1990	3 962
1991	4 569
1992	5 240
1993	12 880
1994	3 380
1995	1 460
1996	1 780
1997	2 270
1998	8 370
1999	10 160
2000	10 840
2001	14 780
2002	17 480
2003	15 614

10. Gjelder i det vesentlige personer fra Tsjetsjenia.

11. De fleste søkerne kommer fra Kosovo.

Tabell 6.2 De fem største asylsøkergruppene i 2001

Russland	1318
Kroatia	1216
Somalia	1080
Irak	1056
Ukraina	1027

Tabell 6.3 De fem største asylsøkergruppene i 2002

Serbia og Montenegro	2460
Russland	1718
Irak	1624
Somalia	1534
Bosnia Hercegovina	810

Tabell 6.4 De fem største asylsøkergruppene i 2003

Serbia og Montenegro	2180
Afghanistan	2032
Russland	1893
Somalia	1601
Irak	938

Tabell 6.5 viser bildet når det gjelder innvilgede tillatelser i perioden 1994[12]-2003.

Som det fremgår av tallene har antallet innvilgede tillatelser ligget mellom 3213 og 4597 for årene 1999-2003.

De største nasjonalitetsgruppene når det gjelder innvilgede oppholdstillatelser for årene 2001-2003[13] fremgår av tabell 6.6 til 6.8.

12. Midlertidige oppholdstillatelser som er gitt i medhold av mellombels lov om arbeidsløyve eller opphaldsløyve til personar frå Bosnia-Hercegovina, og ordningen med kollektiv beskyttelse, er ikke angitt i tabellen. Medregnet er heller ikke 2.060 begrensede oppholdstillatelser som ble gitt til irakiske borgere i 2000-2001.

Som det fremgår av tabell 6.5, har antallet asylinnvilgelser historisk sett ligget lavt i Norge, men hadde en klar økning i 2003. Totalt sett ble det innvilget 3789 oppholdstillatelser, hvorav det ble innvilget asyl i 609 av sakene (16%), mens opphold ble innvilget på annet grunnlag i 3180 saker (84%). Økningen når det gjelder andelen saker hvor asyl ble innvilget i 2003 i forhold til i tidligere år, hadde i første rekke sammenheng med en praksisomlegging fra Utlendingsdirektoratets side.

I andre lands praksis varierer bildet når det gjelder fordelingen mellom antall tilfeller hvor flyktningstatus blir innrømmet under flyktningkonvensjonen, og antall tilfeller hvor opphold blir innvilget av andre grunner (hovedsaklig humanitære grunner). Tallene for våre naboland for 2003 fremgår av tabell 6.9:

For øvrig kan det bemerkes at land som Storbritannia og Tyskland tradisjonelt pleier å innvilge flyktningstatus i en langt høyere andel av saker enn Norge.[14]

Når det gjelder de sakene hvor søkeren innvilges opphold uten å anerkjennes som flyktning, har de andre europeiske landene vært tydeligere i sitt lovverk på å skille mellom hvem som får opphold av beskyttelsesgrunner og hvem som får opphold av rent humanitære grunner[15]. Utlendingsdirektoratet har i den senere tid forsøkt å tydeliggjøre dette skillet også i sine statistikker. I nyhetsmelding av 18.06.04 kunne direktoratet opplyse at det så langt i 2004 var innvilget opphold av beskyt-

13. Tallene omfatter kun tillatelser innvilget i førsteinstans.
14. Tallene for 2002 viser at det ble innvilget flyktningstatus i 6509 saker i Tyskland, hvilket utgjorde 80% av det totale antallet innvilgede tillatelser (8107). Britiske myndigheter innvilget flyktningstatus til 8100 personer (29%) av de 28065 som ble gitt en tillatelse. Den prosentvise andelen saker hvor flyktningstatus blir innvilget i Storbritannia vil trolig ligge høyere for 2004 som følge av regelendringer som ble gjennomført i april 2003.
15. Om opphold av humanitære grunner, se kapittel 9.6.

Tabell 6.5 Innvilgede tillatelser i perioden 1994 - 2003

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
UDI										
Asyl	22	29	6	83	95	181	97	292	332	588
Opphold hum.gr.lag	1353	913	610	550	1564	2609	2 856	4 036	2 958	2 961
Klageinstans										
Asyl	0	0	0	4	13	0	4	4	10	21
Opphold hum.gr.lag	4 303	996	255	175	249	423	343	265	326	219
Totalt	5678	1938	871	812	1921	3213	3300	4 597	3 626	3 789

Tabell 6.6 De fem største nasjonalitetsgruppene når det gjelder innvilgede tillatelser i 2001

DFR Jugoslavia	1 676
Somalia	650
Afghanistan	372
Irak	262
Pakistan	163

Tabell 6.7 De fem største nasjonalitetsgruppene når det gjelder innvilgede tillatelser i 2002

Somalia	986
Irak	620
Serbia og Montenegro	501
Afghanistan	301
Russland	230

Tabell 6.8 De fem største nasjonalitetsgruppene når det gjelder innvilgede tillatelser i 2003

Afghanistan	960
Somalia	897
Russland	719
Irak	146
Serbia og Montenegro	117

telsesgrunner til én av tre asylsøkere i de sakene som var realitetsbehandlet.[16]

Mens det frem til 2003 ankom et høyt antall asylsøkere med såkalt åpenbart grunnløse asylsøknader, ble ankomsttallene kraftig redusert i løpet av 2003 og videre inn i 2004.[17] Antallet søknader i denne kategorien var kun 155 i første halvår 2004, mot 473 i samme periode i 2003.

16. Av 3200 realitetsbehandlede saker var enten asyl eller opphold av beskyttelsesgrunner innvilget til 750 personer, mens 200 var gitt opphold av tungtveiende humanitære grunner.

6.1.4 Den videre fremstilling

Som angitt i kapittel 6.1.1, anses flyktningkonvensjonen å ha en sentral posisjon som folkerettslig beskyttelsesinstrument. I kapittel 6.4 skal non refoulement-bestemmelsen i flyktningkonvensjonen artikkel 33 presenteres nærmere sammen med andre bestemmelser og prinsipper av non refoulement-karakter.

Før drøftelsen av ulike returforbud er det imidlertid hensiktsmessig å foreta en nærmere gjennomgang av hvem som er å regne som flyktning etter flyktningkonvensjonen, og som derved kan anføre beskyttelsesvernet etter flyktningkonvensjonen artikkel 33. I kapittel 6.2 vil derfor tolkningsspørsmål i forhold til flyktningbegrepets innhold bli nærmere drøftet, og i kapittel 6.3 vil situasjonen når det gjelder overføringsflyktninger bli kommentert spesielt.

Før utvalget i kapittel 6.9 går nærmere inn på å drøfte hvilke beskyttelseskategorier man vil anbefale i forhold til en ny lovgivning, skal det gis en beskrivelse av rettsposisjonen for utlending som har krav på internasjonal beskyttelse (kapittel 6.5), og en beskrivelse av reglene om opphør av slik beskyttelse (kapittel 6.6)

Ordningen med kollektivbeskyttelse drøftes i kapittel 6.10 og asylsøkerprosessen i kapittel 6.11.

6.2 Flyktningbegrepets innhold

6.2.1 Innledning

I den videre fremstilling i kapittel 6.2 er det flyktningbegrepet i et folkerettslig perspektiv som skal analyseres. Enkelte sentrale tolkningsspørsmål skal påpekes, og det vil bli angitt hva som er gjel-

17. Dette har trolig sammenheng blant annet med at det generelt har vært en nedgang i ankomsttallene, og at det fra og med nyttår ble innført en 48-timers prosedyre for rask utskillelse og behandling av åpenbart grunnløse asylsøknader, jf. avsnitt 6.9.2.3. En annen faktor som kan bidra til å forklare den kraftige nedgangen er at Dublinsamarbeidet har blitt mer effektivt.

Tabell 6.9 Innvilgede tillatelser i asylsaker 2003

	Flyktningstatus	Opphold på annet grunnlag	Totalt antall innvilgelser
Sverige[a]	647 (12%)	4 871 (88%)	5 518
Finland[b]	7 (1%)	487 (99%)	494
Danmark[c]	724 (47%)	804 (53%)	1528

a. Tallene gjelder kun avgjørelser i førsteinstansen (Migrationsverket)
b. Tallene gjelder kun avgjørelser i førsteinstansen (Utlänningsverket)
c. Tallene gjelder avgjørelser i førsteinstansen (Utlændingestyrelsen). Medregnet blant de 804 tillatelser som er innvilget "på annet grundlag" er likevel 202 tillatelser som er innvilget av Integrationsministeriet, jf. at det kun er Integrationsministeriet som kan innvilge tillatelser på dette grunnlag etter dansk rett.

dende norsk praksis. Utvalgets forslag til regulering av flyktningbegrepet i en ny lov vil først bli nærmere drøftet i kapittel 6.9. Det vil imidlertid ikke være mulig å gi en klar løsning på alle de spørsmål som beskrives her i kapittel 6.2. Enkelte spørsmål vil også i fremtiden måtte overlates til norsk og internasjonal praksisutvikling.

6.2.2 Forfølgelsesgrunnene

6.2.2.1 Innledning

For at en asylsøker skal kunne gjøre gjeldende et krav på flyktningstatus, må risikoen for forfølgelse skyldes en av forfølgelsesgrunnene i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), dvs.:

> "[ ] rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller [ ] politisk oppfatning".

Tolkningen av begrepene "rase", "religion" og "nasjonalitet" har i liten grad vært opphav til særlig uenighet eller diskusjon i norsk praksis. Det vises til kapittel 9.2.2 hvor en nærmere definisjon av disse begrepene er angitt.

Kriteriene "medlemskap i en spesiell sosial gruppe" og "politisk oppfatning" har derimot gitt grunnlag for debatt om norsk praksis.[18] Det nærmere innhold av disse to siste begrepene skal derfor drøftes særskilt nedenfor.

6.2.2.2 Medlemskap i en spesiell sosial gruppe

Begrepet "medlemskap i en spesiell sosial gruppe" (heretter: sosial gruppe) kom inn i konvensjonsteksten under de avsluttende forhandlingene etter forslag fra den svenske representanten og møtereferatet gir liten veiledning om bakgrunnen. Av de ulike forfølgelseskriteriene i artikkel 1A(2) er det kriteriet sosial gruppe som har gitt opphav til størst tolkningstvil.

I de senere år har forfølgelseskriteriet sosial gruppe blitt vurdert i forhold til stadig flere forskjellige typer av forfølgelsessituasjoner, og aktuelle tolkningsspørsmål utfordrer de hittil fungerende rammene for flyktningretten. Det vises således til at forfølgelseskriteriet sosial gruppe er aktuelt for vurdering i forhold til saker som gjelder for eksempel

- forfølgelse på grunn av tilhørighet til en bestemt sosial klasse eller profesjonsgruppe (for eksempel landeiere, politikere, journalister, politi e.l.,
- kjønnsrelatert forfølgelse, herunder blant annet familievold mot kvinner,
- forfølgelse av medlemmene i en bestemt familie,
- forfølgelse på grunn av seksuell orientering,
- frykt for reaksjoner som ledd i statlig familieplanleggingspolitikk,
- forfølgelse av vitner i straffesaker,
- forfølgelse av avhoppere fra bestemte organisasjoner eller grupper,
- forfølgelse av overløpere i en konfliktsituasjon,
- forfølgelse av grupper med "negativ" sosial status osv.

Det synes å være relativt bred enighet om at begrepet sosial gruppe ikke kan tolkes så vidt at dette forfølgelseskriteriet får funksjon som et sikkerhetsnett som fanger opp alle tilfeller av forfølgelse som ikke er knyttet til de øvrige kategoriene av forfølgelsesgrunner.

Utfordringen i forhold til å fastlegge begrepet sosial gruppe som forfølgelseskriterium i flyktningdefinisjonen, ligger i å finne en balanse mellom hensynet til å gi beskyttelse mot forfølgelse, og hensynet til å fastsette en ramme for kategorien sosial gruppe som ikke får uoversiktlige konsekvenser for flyktningpolitikken. Når det gjelder tilfeller av kjønnsbasert forfølgelse, vises det til omtalen i kapittel 6.2.5.

UNHCRs håndbok har gitt lite konkret veiledning for tolkningen. UNHCR har imidlertid utarbeidet nye *Guidelines* (2002) som vil bli presentert nærmere nedenfor.

Når det gjelder statspraksis, forekommer det betydelige variasjoner i tilnærmingen til begrepet sosial gruppe som forfølgelseskriterium. Det går et hovedskille mellom de statene som tilhører en angloamerikansk rettstradisjon, og dem som tilhører en kontinental europeisk rettstradisjon, der Norge generelt hører hjemme. Praksistrekk innenfor de ulike rettstradisjonene skal derfor beskrives nærmere.

En overordnet tolkningslære som særlig har hatt innvirkning på statspraksis innenfor angloamerikansk rettstradisjon, er prinsippet om "ejusdem generis" (dvs. "av samme slag"). Utgangspunktet for dette tolkningsprinsippet er at et generelt begrep som i en tekstlig sammenheng følger etter en oppramsing av mer spesifikke begreper, skal tolkes slik at det innholdsmessig blir "av samme slag" som de mer spesifikke begrepene.

18. I UiOs rapport v/Cecilia Bailliet om grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag (jf. kapittel 6.8) uttales det på s. 112:
"Gjennomgangen av sakene avdekket at disse er de to kategorier som har vist seg å være mest problematiske når det gjelder saksbehandlernes forståelse."

Overført til den aktuelle kontekst, betyr dette at begrepet "sosial gruppe" må tolkes i lys av begrepene "rase", "religion" osv.

Blant kommentatorer på området innen litteraturen, er det særlig James C. Hathaway det henvises til når det gjelder betydningen av denne læren for tolkningen av begrepet sosial gruppe. Hathaway har gjennom sin analyse av forholdet mellom begrepet sosial gruppe og de øvrige fire forfølgelsesgrunnene i flyktningdefinisjonen definert fem konkrete subkategorier av sosial gruppe:

1. Kjønn
2. Seksuell orientering
3. Familie
4. Klasse eller kaste
5. Frivillige foreninger

Hathaway understreker at prinsippet ejusdem generis åpner for en mulig rettsutvikling av begrepet sosial gruppe i fremtidig folkerett. I norsk litteratur har Terje Einarsen argumentert for at konvensjonstekstens ordlyd, forstått i lys av den menneskerettslige og folkerettslige konteksten, gir klar støtte til en vid forståelse av begrepet sosial gruppe. Einarsen viser blant annet til verdenserklæringen artikkel 2, som gjelder diskriminering på området for menneskerettighetene, og som foruten de kategorier som for øvrig er uttrykkelig nevnt i flyktningdefinisjonen refererer til kategoriene kjønn, seksuell orientering, oppfatninger (andre enn "politiske"), sosial bakgrunn, formue, fødsel (herkomst), språk og status av annet slag.[19]

Innenfor anglo-amerikansk rettstradisjon har to ulike tilnærminger vært dominerende når det gjelder utvelgelse og avgrensning av de relevante subkategoriene: "Protected characteristics"-testen (også omtalt som en "immutability "-test), og "social perception"-testen.

Den første tilnærmingsmetoden - "protected characteristics"-testen - består i en undersøkelse av om den påståtte gruppen er definert:

1. by an innate, unchangeable characteristic,
2. by a past temporary or voluntary status that is unchangeable because of its historical permanence, or
3. by a characteristic or association that is so fundamental to human dignity that group members should not be compelled to forsake it.[20]

"Protected characteristics"-testen har blant annet sitt opphav i en avgjørelse av United States Board of Immigration Appeals (BIA), den såkalte *Acosta*-saken (1985). Acosta hadde søkt asyl i USA etter at han hadde vært med på å stifte en taxiforening (*COTAXI*) i El Salvador som nektet å delta i en streik mot myndighetene. Tre andre av grunnleggerne av denne foreningen ble myrdet etter først å ha mottatt drapstrusler. Acosta hadde også mottatt trusler og blitt overfalt av personer som han antok tilhørte geriljaen. BIA vurderte på denne bakgrunn om Acosta kunne anses å være forfulgt på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe. I premissene uttalte BIA blant annet:

> "We find the well-established doctrine of ejusdem generis, meaning literally of the same kind, to be most helpful in construing the phrase membership in a particular social group. [ ] The other grounds of persecution [ ] listed in association with membership in a particular social group are persecution on account of race, religion, nationality, and political opinion. Each of these grounds describes persecution aimed at an immutable [uforanderlig] characteristic: a characteristic that either is beyond the power of an individual to change or is so fundamental to individual identity or conscience that it ought not be requried to be changed. [ ] Thus, the other four grounds of persecution enumerated [ ] restrict refugee status to individuals who are either unable by their own actions, or as a matter of conscience should not be required, to avoid persecution. Applying the doctrine of ejusdem generis, we interpret the phrase persecution on account of membership in a particular social group to mean persecution that is directed toward an individual who is a member of a group of persons all of whom share a common, immutable [uforanderlig] characteristic. The shared characteristic might be an innate [medfødt, iboende] one such as sex, color, or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership. The particular kind of group characteristic that will qualify under this construction remains to be determined on a case-by case basis. However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change, or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or conscience. Only when this is the case does the mere fact of group membership become something comparable to the other four grounds of persecution [ ]."

BIA fant i sin vurdering at de relevante karakteristika for medlemmene i *COTAXI* verken var uforanderlige eller grunnleggende for deres identitet eller samvittighet, og Acosta ble ikke innrømmet flyktningbeskyttelse.

19. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen,2000)
20. UNHCR Guidelines, HCR/GIP/02/02 par. 6

En senere sentral avgjørelse i forhold til "protected characteristics"-testen er canadisk høyesteretts avgjørelse i den såkalte *Ward*-saken (1993). Ward var som tidligere medlem av *Irish National Liberation Army* (INLA) dømt til døden av INLA for å ha hjulpet fanger til å flykte. Canadisk høyesterett drøftet hvorvidt Ward kunne anses forfulgt på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe. Ut fra tilnærmet samme kriterier som dem som er gjengitt over i definisjonen av "protected-characteristics"-testen, fant domstolen at Ward ikke oppfylte vilkårene i flyktningdefinisjonen. Det ble lagt vekt på at frykten for forfølgelse ikke var basert på tidligere medlemskap i INLA, men på Wards handlinger, og at medlemskap i INLA ikke kunne anses som medlemskap i en spesiell sosial gruppe i konvensjonens forstand.

Den andre tilnærmingsmetoden - "social perception"-testen - består i en undersøkelse av

> "whether or not a group shares a common characteristic which makes them a cognizable group or sets them apart from society at large."[21]

En sentral avgjørelse under "social perception"-testen er australsk høyesteretts avgjørelse i *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* (1997). Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt frykt for tvangsmessig sterilisering under kinesisk familieplanleggingspolitikk kunne gi grunnlag for flyktningbeskyttelse. Australsk høyesterett fant at personer som motsatte seg kinesisk familieplanleggingspolitikk, og som derfor risikerte tvangsmessig sterilisering, ikke kunne regnes som medlemmer av en spesiell sosial gruppe fordi det var "no social attribute or characteristic linking the couples, nothing external that would allow them to be perceived as a particular social group for Convention purposes."

I praksis vil resultatet av vurderingen under "protected characteristics"-testen og "social percetion"-testen ofte bli det samme. Under begge tolkningsalternativer har familier, homofile og kvinner som har vært utsatt for kjønnsrelatert forfølgelse blitt ansett for å være omfattet av begrepet sosial gruppe.

Praksis i kontinental europeisk rettstradisjon (herunder i norsk rett) er lite utviklet når det gjelder å følge faste kriterier for tolkningen av begrepet sosial gruppe. Oppmerksomheten har vært rettet mot de fire øvrige forfølgelsesgrunnene og mot spørsmålet om risiko for forfølgelse. Praksis (herunder norsk praksis) viser likevel eksempler på at man har referert til tilsvarende tolkningskriterier som dem som blir anvendt innenfor anglo-amerikansk rettstradisjon.

Det er imidlertid neppe tvilsomt at det føres en mer restriktiv praksis innenfor kontinental europeisk rettstradisjon i forhold til flyktningvurderingen på dette feltet enn innenfor anglo-amerikansk rettstradisjon, med den konsekvens at flyktningstatus blir avslått og at beskyttelse heller blir innvilget under subsidiære beskyttelsesinstrumenter for søkere som har et klart beskyttelsesbehov.[22]

Det er likevel grunn til å understreke at en mer restriktiv praksis ikke er en nødvendig følge av mangelen på utviklede analysemetoder innenfor kontinental europeisk rettstradisjon. Et sterkere fokus rettet mot risikoen for forfølgelse åpner for at flyktningstatus kan bli innrømmet uten noen egentlig problematisering av om kriteriet "sosial gruppe" er oppfylt.

Fremtidig europeisk rettsutvikling vil antakelig bli videreutviklet som følge av at det i EUs statusdirektiv[23] er inntatt en nærmere definisjon av begrepet sosial gruppe i artikkel 10 nr. 1 (d):

> "A group shall be considered to form a particular social group where in particular:
> – members of that group share an innate characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it and
> – that group has a distinct identity in the relevant country, because it is perceived as being different by the surrounding society;
>
> depending on the circumstances in the country of origin a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation. Sexual orientation cannot be understood to include acts considered to be criminal in accordance with national law of the Member States: Gender related aspects might be considered, without by themselves alone creating a presumption for the applicability of this Article".

Det følger av definisjonen at det her stilles krav om at både kriteriene under "protected characteristic"-testen og kriteriene under "social perception"-testen må være oppfylt.

Etter avslutningen av drøftelsene under *Global Consultations* utarbeidet UNHCR i 2002 nye *Guide-*

21. UNHCR Guidelines, HCR/GIP/02/02 par. 7

22. Det vises for eksempel til at man i Norge først fra og med 1998, begynte å innfortolke forfølgelse på grunn av kjønn og forfølgelse på grunn av homofil orientering under forfølgelsesgrunnen "sosial gruppe", jf. retningslinjene for nye asylkriterier.

23. Council Directive 2004/83/EC

lines for tolkningen av begrepet sosial gruppe, som supplerer håndboken.[24] UNHCR har her fremmet en anbefaling til definisjon av begrepet sosial gruppe som er ment å forene både "protected characteristics"-testen og "social perception"-testen:

> "A particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one`s human rights".

Dette definisjonsforslaget er således videre enn EU-direktivet, ved at det er tilstrekkelig at *enten* kriteriene under "protected characteristic"-testen *eller* kriteriene under "social perception"-testen er oppfylt. Som nevnt foran har dette begrenset praktisk betydning, blant annet fordi EU-definisjonen etter sin ordlyd ikke er uttømmende.

Her oppsummeres enkelte av hovedpunktene fra UNHCRs *Guidelines*:

- En sosial gruppe kan ikke defineres alene ut fra den forfølgelse medlemmene risikerer, men faktisk forfølgelse som er rettet mot medlemmer av gruppen kan være en relevant faktor i forhold til vurderingen av om gruppens medlemmer blir oppfattet som en gruppe i samfunnet.
- Det er ikke et vilkår for å konstatere at en sosial gruppe eksisterer at gruppens medlemmer kjenner hverandre eller er tilknyttet hverandre som en gruppe. Det avgjørende er hvorvidt det er en felles karakteristikk som deles av gruppens medlemmer.
- Det er ikke et vilkår at alle medlemmene av gruppen risikerer forfølgelse.
- Det er ikke til hinder for å konstatere eksistensen av en sosial gruppe at gruppen er meget stor, og at dens medlemmer eventuelt utgjør en majoritet av befolkningen i forfølgelsesstaten.
- Dersom risikoen for forfølgelse skriver seg fra andre enn myndighetene og har sammenheng med søkerens tilhørighet til en sosial gruppe, er det ikke et vilkår at myndighetenes manglende vilje eller evne til å gi beskyttelse har sammenheng med det samme forhold.
- Dersom risikoen for forfølgelse skriver seg fra andre enn myndighetene er det ikke et vilkår at motivet for forfølgelsen kan knyttes til søkerens medlemskap i en spesiell sosial gruppe, dersom myndighetenes manglende vilje til å gi beskyttelse er begrunnet i søkerens medlemskap i gruppen. Dette leder for eksempel til at kvinner som blir utsatt for mishandling av sin ektefelle kan anses som forfulgt på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe dersom myndighetenes mangel på vilje til å gi beskyttelse har sammenheng med offerets kjønn.

Norsk praksis har tradisjonelt være basert på en snever tolkning av forfølgelseskriteriet sosial gruppe. I de fleste sammenhenger har man ansett at begrepet sosial gruppe gir statene en frihet ved tolkningen som åpner for en avveining av flyktningpolitiske ansvarsbetraktninger og innvandringsregulerende hensyn ved fastleggingen av hvilke grupper som skal kunne gjøre gjeldende krav på flyktningbeskyttelse under denne forfølgelsesgrunnen.

Gjennom asylkriteriene fra 1998 ble det fastsatt at kvinner som er forfulgt av kjønnsrelaterte årsaker, eller personer som er forfulgt på grunn av sin homoseksuelle legning, skal anses forfulgt som medlemmer av en sosial gruppe. Dette er de to hovedgruppene som siden har blitt ansett omfattet av begrepet sosial gruppe i norsk rett.[25] Asylkriteriene fra 1998 fastla likevel ikke så vide rammer for vurderingen som det UNHCR har anbefalt, jf. nærmere i kapittel 6.2.5.

Den snevre tolkningen i norsk praksis har delvis blitt kompensert ved at man i enkelttilfeller har operert med en vid tolkning av de øvrige forfølgelsesgrunnene, og ved at oppmerksomheten har vært rettet mot risikoen for forfølgelse, slik at flyktningstatus har blitt innvilget uten noen eksplisitt henvisning til at kravet til forfølgelsesgrunn er vurdert. Det vises i denne sammenheng blant annet til saker hvor flyktningstatus er innvilget til par som er forfulgt fordi de har inngått ekteskap mot familien(e)s vilje, og tilfeller hvor flyktningstatus er gitt til kvinner som har stått i fare for å bli presset inn i tvangsekteskap. I slike tilfeller vil det ikke alltid være opplagt at forfølgelsen kan tilskrives søkerens medlemskap i en sosial gruppe, jf. at denne typen overgrep kan ramme både kvinner og menn.

Én viktig forklaring på at man i norsk praksis har vært restriktiv i forhold til å anvende kriteriet sosial gruppe (ut over behovet for å sette visse rammer for flyktningpolitikken), er det kontrollteknisk aspektet. Allerede i forhold til spørsmålet om hvordan man skal vurdere saker som gjelder

24. UNCHR Guidelines, HCR/GIP/02/02

25. I rapportene fra UiO, jf. kapittel 6.8, er det på den ene side gitt eksempel på avgjørelser som gir grunn til å stille spørsmål ved hvor konsekvent asylkriteriene er fulgt opp i praksis, og på den annen side også vist til enkelte avgjørelser hvor forfølgelsesgrunnen sosial gruppe er anvendt i forhold til andre typetilfeller.

anførsler om kjønnsrelatert forfølgelse eller forfølgelse på grunn av homoseksuell legning, står man overfor et utfordrende bevistema. For eksempel vil en anførsel om at søkeren ved en eventuell retur til hjemlandet gjennom sin fremtidige livsførsel vil komme til å bryte med kvinnediskriminerende sedvaner og leveregler, ikke være helt enkelt å forholde seg til fra et bevismessig synspunkt. Kriteriet seksuell eller homofil legning er heller ikke like synlig/notorisk som for eksempel kriteriet rase.

Bevisproblematikken synes ikke å være noe uttalt tema i den internasjonale debatten om anvendelsesområdet for begrepet sosial gruppe. Med bakgrunn i den uklarhet som hersker om begrepets forpliktende innhold, synes det imidlertid opplagt at statene også må ha adgang til å legge vekt på blant annet kontrolltekniske hensyn.

Av grupper som kan tenkes omfattet av UNHCRs forslag til definisjon, men som det kan være tvil om hvorvidt vil bli innrømmet flyktningstatus under gjeldende norsk praksis,[26] nevnes som eksempel:

- Kvinner som er ofre for familievold, og som kommer fra samfunn hvor det vil være vanskelig å søke myndighetenes beskyttelse på grunn av myndighetenes holdning til kjønnsrollemønsteret i familien.
- Kvinner som risikerer å bli presset inn i ekteskap mot sin vilje, og som kommer fra samfunn hvor det vil være vanskelig å søke myndighetenes beskyttelse på grunn av myndighetenes holdning til kjønnsrollemønsteret i familien.
- Personer som er utsatt for en risiko for blodhevn fordi de er medlemmer av en bestemt familie.
- Politimenn eller tilsvarende som risikerer represalier etter å ha jobbet med å bekjempe en mektig kriminell organisasjon.
- Personer som har arbeidet for et regime som er styrtet og som risikerer represalier fra sine landsmenn fordi de blir oppfattet som landssvikere.

Det understrekes videre at norsk praksis ikke gir noe entydig bilde i forhold til slike typetilfeller som er eksemplifisert over, men at praksis spriker.

Utvalget legger følgende premisser til grunn for den nærmere vurderingen av norsk rett i forhold til flyktningkonvensjonen:

- Tolkningslæren er langt mer utviklet innenfor anglo-amerikansk rettstradisjon i forhold til begrepet sosial gruppe enn hva som er tilfellet innenfor norsk rett og innenfor kontinental europeisk rettstradisjon for øvrig. Gjennomføringen av en felles definisjon av begrepet sosial gruppe i EUs statusdirektiv vil føre til en endring av dette bildet. Praksis i de statene som praktiserer en anglo-amerikansk rettstradisjon, gir for øvrig ikke noe entydig eller klart inntrykk av at forskjellen i tilnærming har vesentlig praktisk betydning for resultatet av flyktningvurderingen.
- Mangelen på en presis definisjon av begrepet sosial gruppe i norsk rett skaper likevel en stor grad av uvisshet i forhold til flyktningvurderingen, og praksis viser et varierende bilde.
- Den norske tolkningen av begrepet sosial gruppe fremstår ikke som spesielt restriktiv i forhold til praksis i øvrige land som praktiserer en kontinental europeisk rettstradisjon.
- Den definisjonen og de anbefalinger som er gitt i UNHCRs *Guidelines* gir anvisning på en tolkning av begrepet sosial gruppe som vil innebære anerkjennelse av flyktningstatus til en noe videre krets enn dem som i dag anerkjennes under gjeldende norsk praksis. Kretsen av personer som faller inn under UNHCRs definisjon og retningslinjer vil delvis også kunne tolkes til å omfatte personer som etter gjeldende praksis kan få avslag på sine søknader både etter utlendingsloven § 15 første ledd annet punktum og utlendingsloven § 8 annet ledd. Dette gjelder for eksempel familiemedlemmer som risikerer å bli utsatt for blodhevn e.l. i hjemlandet.[27]

Ut fra dette kan trolig følgende generelle konklusjoner trekkes når det gjelder forholdet mellom norsk praksis og flyktningkonvensjonen i forhold til tolkningen av begrepet sosial gruppe:

Det folkerettslige innholdet av begrepet sosial gruppe er uklart og må anses å gi rom for en vid statlig handlefrihet. Selv om den norske tolkningen og anvendelsen av begrepet sosial gruppe er snever, er det neppe grunnlag for å konstatere at de folkerettslige forpliktelsene ikke er ivaretatt. På den annen side viser definisjonen av sosial gruppe i både EUs statusdirektiv og i UNHCRs anbefalinger at det er mulig å operere med en presisering av

[26] Noe annet er at det ville kunne være aktuelt å innvilge opphold på grunn av en rett til vern mot utsendelse, jf § 15 første ledd eller etter en skjønnsmessig vurdering av beskyttelsesbehovet, jf utlendingsloven § 8 annet ledd.

[27] I praksis finnes eksempler på at beskyttelse er gitt, men i de fleste tilfeller virker det som om denne typen beskyttelsesbehov ikke blir anerkjent som grunnlag for opphold i norsk praksis.

begrepet som vil kunne styrke forfølgelseskriteriets anvendelse i praksis og som vil legge forholdene bedre til rette for en dynamisk fortolkning. Som det vil fremgå i kapittel 6.9.2.2 vil utvalget foreslå at man i norsk rett lovfester en hovedregel om at sosial gruppe skal forstås slik som definert i EUs statusdirektiv.

6.2.2.3 Politisk oppfatning

I henhold til flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) foreligger det en rett til anerkjennelse som flyktning for personer som er forfulgt på grunn av politisk oppfatning.

I håndboken punkt 80 er politiske oppfatninger definert som oppfatninger "som er kritiske til myndighetenes politikk og metoder, [og] ikke tolereres av disse."

I EUs statusdirektiv er denne definisjonen noe videre utviklet, jf. artikkel 10 nr. 1 bokstav e:

> "[T]he concept of political opinion shall in particular include the holding of an opinion, thought or belief on a matter related to the potential actors of persecution mentioned in Article 6 and to their policies or methods [ ]."

I praksis vil situasjonen normalt være at søkeren frykter forfølgelse etter at hans eller hennes politiske oppfatninger har kommet til uttrykk gjennom politisk aktivitet. For den rettslige bedømmelsen er imidlertid omfanget av den eventuelle politiske aktiviteten av underordnet betydning, idet det er forfølgerens reaksjoner på denne som er avgjørende. I prinsippet er det den politiske oppfatning i seg selv som er utslagsgivende, men dersom utlendingen ikke kan etablere sannsynlighet for at den aktuelle oppfatningen har kommet tydelig til uttrykk, vil dette ofte kunne ha betydning for den bevismessige og risikomessige bedømmelsen.

Det er ikke et vilkår at søkeren faktisk har en slik politisk oppfatning som forfølgerne tillegger vedkommende. Også den som er forfulgt på grunn av (feilaktig) tillagt politisk oppfatning, må ha krav på flyktningbeskyttelse.

I forhold til saker som gjelder frykt for straff fordi søkeren har forlatt hjemlandet i strid med hjemlandets lovgivning - såkalt republikkflukt - kan det være grunnlag for særskilte vurderinger. Det vises til håndboken punkt 61:

> "Lovgivningen i visse stater fastsetter strenge straffer for borgere som reiser illegalt ut av landet eller som blir værende i utlandet uten tillatelse. Der det foreligger grunn til å tro at en person, på grunn av hans illegale utreise eller uautoriserte utenlandsopphold, risikerer strenge straffer, vil anerkjennelse som flyktning være berettiget hvis det kan vises til at hans motiver for å forlate eller oppholde seg utenfor landet er knyttet til grunner anført i 1951-konvensjonens artikkel 1A(2) (jf. punkt 66)."

I disse tilfellene synes det altså som om det kan være grunn til å vektlegge hvorvidt søkeren faktisk hadde et politisk motiv (politisk oppfatning) i forhold til den handling som potensielt kan utløse reaksjoner fra hjemlandets myndigheter.

Et forhold som har vært særlig drøftet i nyere teori er at kvinner som bryter med sosiale normer for kvinners livsførsel i hjemlandet, må anses forfulgt på grunn av politisk oppfatning dersom de gjennom sine handlinger risikerer å bli utsatt for forfølgelse. Ofte blir denne typen tilfeller vurdert i forhold til forfølgelseskriteriet sosial gruppe, noe som kan tolkes som en manglende anerkjennelse av at kvinners politiske handlinger ofte kan ha en annen karakter enn hva som gjelder for menn. Også i andre sammenhenger kan det være viktig å ha et bevisst kjønnsperspektiv til vurderingene, jf. UNHCRs anbefalinger for saker som gjelder kjønnsbasert forfølgelse:[28]

> "33. The image of a political refugee as someone who is fleeing persecution for his or her direct involvement in political activity does not always correspond to the reality of the experiences of women in some societies. Women are less likely than their male counterparts to engage in high profile political activity and are more often involved in "low level" political activities that reflect dominant gender roles. For example, a woman may work in nursing sick rebel soldiers, in the recruitment of sympathisers, or in the preparation and dissemination of leaflets. Women are also frequently attributed with political opinions of their family or male relatives, and subjected to persecution because of the activities of their male relatives. While this may be analysed in the context of an imputed political opinion, it may also be analysed as being persecution for reasons of her membership of a particular social group, being her "family". These factors need to be taken into account in gender-related claims.
>
> 34. Equally important for gender-related refugee claims is to recognise that a woman may not wish to engage in certain activities, such as providing meals to government soldiers, which may be interpreted by the prosecutor(s) as holding a contrary political opinion."

[28] HCR/GIP/02/01

Et annet vurderingsspørsmål knyttet til forfølgelseskriteriet politisk oppfatning, er hvordan man skal vurdere tilfeller som gjelder straffetrussel overfor politiske forbrytere, jf. håndboken punkt 85 og 86 :

> "85. Hvorvidt en politisk lovovertreder også kan bli betraktet som flyktning vil avhenge av flere andre faktorer. Forfølgelse for en lovovertredelse kan, avhengig av omstendighetene, være et påskudd for å straffe en lovovertreder for hans politiske oppfatning eller for å ha gitt uttrykk for den. Det kan også være grunn til å mistenke at en politisk lovovertreder vil utsettes for urimelig eller vilkårlig straff for den påståtte lovovertredelsen. Slik urimelig eller vilkårlig straff vil utgjøre forfølgelse.
>
> 86. For å avgjøre hvorvidt en politisk lovovertreder kan anses som flyktning, må en også ta hensyn til følgende elementer: søkerens personlighet, hans politiske oppfatning, motivet bak handlingen, den begåtte handlings karakter, rettsforfølgelsens karakter og dens motiver, og til sist arten av den lov som rettsforfølgelsen er basert på. Disse elementene kan vise at vedkommende person har en frykt for forfølgelse og ikke bare for rettsforfølgelse og straff – i henhold til loven – for en handling han har begått."

I forbindelse med asylkriteriene fra 1998 ble det, som vist i kapittel 6.1.2 foretatt en endring i norsk politikk ved at det ble åpnet for at også personer som er forfulgt på grunn av deltagelse i væpnet kamp i visse tilfeller skal kunne regnes som forfulgt på grunn av politisk oppfatning:

> "Utgangspunktet har tidligere vært at myndighetenes reaksjoner på væpnet kamp mot de samme myndigheter ikke i seg selv har vært ansett som forfølgelse på grunn av "politisk oppfatning" og følgelig ikke har gitt grunnlag for asyl i Norge. Dette gjelder selv om den væpnede kampen normalt vil ha et udiskutabelt politisk motiv. Unntak har bare vært gjort i helt spesielle tilfeller, for eksempel der den væpnede kampen har rettet seg mot et "quislingregime" , som baserer sin eksistens på nærværet av en utenlandsk okkupasjonsmakt.
>
> Endringen innebærer at spørsmålet om asyl i disse tilfellene skal avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering der et bredere spekter av momenter enn tidligere skal være relevant. Den følgende oppregningen av slike enkeltmomenter er ikke uttømmende. Samtidig vil de momenter som nevnes ikke nødvendigvis være avgjørende isolert sett, idet utfallet normalt vil være avhengig av at flere momenter trekker i samme retning.

Praksisendringen dekker ikke tilfeller der noen av utelukkelsesgrunnene som er angitt i 1951-konvensjonens artikkel 1F foreligger (krigsforbrytelser, handlinger som strider mot FNs formål og prinsipper mv.). Heller ikke skal det gis asyl til personer som driver væpnet kamp for grupper og organisasjoner som utgjør utstrakt bruk av denne type overgrep, selv om den enkelte søker ikke selv har utført slike overgrep.

Videre er det i utgangspunktet en klar forutsetning at kampen retter seg mot en form for diktaturstat og at regulær opposisjonell virksomhet er avskåret, formelt og/eller reelt sett. I denne sammenheng kan det imidlertid i enkelte tilfeller åpnes for en noe mer nyansert og helhetlig tilnærming, spesielt i enkelte minoritetskonflikter i land med et styre som kan ha en form for reell parlamentarisk basis, men hvor det samtidig foregår undertrykking og menneskerettighetsovergrep, kf. nedenfor. Som tidligere vil også fare for forfølgelse på grunn av væpnet kamp mot en okkupasjonsmakt kunne gi grunnlag for asyl, selv om okkupasjonsmakten har et folkevalgt styre.

Også det internasjonale samfunns bedømmelse av den kampen som føres, og av regimet den føres mot, kommer inn som momenter i den nevnte helhetsvurderingen. Man bør se nærmere på det historiske og folkerettslige grunnlaget for eventuelle territoriale krav, og på graden av folkelig oppslutning rundt bevegelsen. Også graden av forholdsmessighet mellom de mål som settes og de midler som benyttes i kampen vil ha betydning i vurderingen, selv om utelukkelsesgrunnene i 1951-konvensjonens artikkel 1 F ikke er anvendelig, verken individuelt eller mer kollektivt (kf. over).

Det er i utgangspunktet irrelevant om søkeren har deltatt direkte i den væpnede kampen, som frontsoldat, eller mer indirekte i stabsfunksjoner eller lignende. I prinsippet vil også søkerens individuelle motiver for å delta i kampen være avgjørende. Normalt vil disse være av politisk karakter, men unntaksvis vil det kunne foreligge andre motiver. Våpenleverandører eller lignende utenfor organisasjonen vil i praksis kunne ha hatt primært økonomiske motiver for sin virksomhet, og da skal asyl ikke gis. På den annen side skal de tvangsrekrutterte likestilles med de som har hatt genuint politiske motiver for frivillig deltagelse i kampen, dersom det legges til grunn at også de førstnevnte risikerer forfølgelse ved retur.

Spesielt i tvilstilfeller bør det, i den grad slike opplysninger er tilgjengelige, legges vekt på hvordan man i utenlandsk, særlig øvrig nor-

disk, praksis bedømmer statusspørsmålet i relasjon til personer som tilhører samme gruppe."

Som det fremgår av sitatet, står man her overfor spørsmål som må avgjøres gjennom en samlet vurdering hvor utenrikspolitiske betraktninger også er en del av bildet. Den enkelte stat må ha en viss handlefrihet i forhold til hvordan man velger å utvikle praksis.

6.2.3 Forfølgelsesbegrepet

Flyktningdefinisjonen i artikkel 1A(2) fastsetter at en flyktning er en person som av nærmere angitte grunner har en velgrunnet frykt for forfølgelse. Selve forfølgelsesbegrepet er ikke nærmere presisert i definisjonen eller i forarbeidene. Einarsen skriver blant annet følgende om dette:[29]

> "Selve forfølgelsesbegrepet er imidlertid ikke nærmere definert i 1951-konvensjonen. En mulig forklaring på det er at det kan være praktisk vanskelig å regne opp i detalj alle former for overgrep som kan karakteriseres som forfølgelse og utløse behov for beskyttelse. En annen forklaring kunne være at det var praktisk med et fleksibelt nøkkelbegrep i flyktningdefinisjonen for å fange opp uforutsette situasjoner.[30] Forarbeidene indikerer nærmest at en mer detaljert definisjon først og fremst ble ansett som overflødig, fordi det ble tatt for gitt at forfølgelseskriteriet prinsipielt sett ville dekke alle personer med et særlig behov for folkerettslig vern og alternativ nasjonal beskyttelse utenfor hjemlandet – traktatkonsipistene synes med andre ord å ha forutsatt at det ikke ville være så vanskelig å avgjøre hvem som var flyktning bare de faktiske forhold ble klarlagt[31]. Som utgangpunkt er det derfor rimelig å anta at forfølgelsesbegrepet er fullt forenlig med et inkluderende ("vidt") flyktningbegrep."

I håndboken har UNHCR kommentert følgende i punkt 51 til 53:

> "51. Det finnes ingen universelt akseptert definisjon av "forfølgelse", og ulike forsøk på å formulere en slik definisjon har vært lite vellykkede. Fra artikkel 33 i 1951-konvensjonen kan en slutte at en trussel mot liv eller frihet på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe alltid er forfølgelse. Andre alvorlige krenkelser av menneskerettigheter - med bakgrunn i de samme grunner - vil også utgjøre forfølgelse.
>
> 52. Hvorvidt andre skadelige handlinger eller trusler vil utgjøre forfølgelse vil avhenge av omstendighetene i hvert enkelt tilfelle, inkludert det subjektive element, som er omtalt i de foregående punkter. Ettersom frykten for forfølgelse er av subjektiv karakter, er det nødvendig å vurdere vedkommende persons oppfatninger og følelser. Ethvert faktisk eller forventet tiltak mot ham må nødvendigvis sees på bakgrunn av slike oppfatninger og følelser. Avhengig av de varierende psykologiske forutsetningene og omstendighetene i hver enkelt sak, vil tolkningen av hva som utgjør forfølgelse nødvendigvis variere.
>
> 53. I tillegg kan en søker ha vært utsatt for forskjellige tiltak som i seg selv ikke utgjør forfølgelse (f.eks. ulike former for diskriminering), i noen tilfeller kombinert med andre ugunstige faktorer (f.eks. en generell atmosfære av usikkerhet i hjemlandet). I slike situasjoner kan de ulike elementene, dersom de sees under ett, påvirke søkerens sinnsstilstand på en slik måte at de rimeliggjør en påstand om en velgrunnet frykt for forfølgelse på "kumulativt grunnlag". Det er naturligvis ikke mulig å gi en generell regel for hvilke kumulative grunner som kan gi opphav til et berettiget krav på flyktningstatus. Dette vil nødvendigvis avhenge av alle omstendighetene, herunder geografiske, historiske og etnologiske forhold."

Det er ikke utviklet noen mer presis definisjon av forfølgelsesbegrepet i norsk praksis. Praksis er basert på at det i hvert enkelt tilfelle skal foretas en konkret helhetsvurdering. Man har da et tilsvarende utgangspunkt som sitert fra håndboken punkt 51 til 53.

At flere ulike typer av krenkelser som ikke hver for seg utgjør forfølgelse må vurderes i sammenheng, er ikke prinsipielt bestridt i norsk rett.

Som det fremgår av sitatet fra håndboken punkt 51, har UNHCR forutsatt at alvorlige krenkelser av menneskerettigheter vil konstituere forfølgelse. Koplingen mellom menneskerettighetene og tolkningen av forfølgelsesbegrepet i flyktningkonvensjonen forfektes også i flyktningfaglig litteratur. Terje Einarsen, som har drøftet dette bredt, fremholder blant annet:

---

29. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000)
30. Jf. Grahl-Madsen 1966 s. 193:
"It seems as if the drafters have wanted to introduce a flexible concept which might be applied to circumstances as they might arise; or in other words, that they capitulated before the inventiveness of humanity to think up new ways of persecuting fellow men."
31. Jf Weis 1961 s 22: "The term "persecution" has nowhere been defined and this was probably deliberate. a threat to life or freedom on one of the grounds stated in the [1950] Statute and the [1951] Convention will always be persecution, but what is persecution in the particular case is a question of fact."

> "[Det er grunn] til å presisere at det er en opplagt innholdsmessig og verdimessig sammenheng mellom de to regelsettene. Dette medfører at en rettsvitenskapelig analyse av forfølgelsesbegrepet må relateres til og forholde seg til rettsutviklingen på menneskerettighetsområdet. Forstått som bredt aksepterte, moralske normer for vern av grunnleggende verdier, interesser og menneskelige behov, kan menneskerettighetene gi verdifull veiledning med hensyn til hvilke overgrep eller krenkelser som skal eller kan danne grunnlag for flyktningestatus." [32]

Menneskerettsperspektivet ved tolkningen av forfølgelsesbegrepet gir grunnlag for en dynamisk utvikling av forfølgelsesbegrepets innhold.

Det er klart at ikke alle menneskerettskrenkelser vil kunne utgjøre forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand. Innenfor den flyktningfaglige litteraturen har det derfor vært gjort forsøk på å gi en mer presis angivelse av hvilke (kategorier) menneskerettsbrudd som henholdsvis *alltid* vil konstituere forfølgelse under flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), og hvilke som *kan* konstituere forfølgelse.

Terje Einarsen har understreket begrensningene i forhold til hva man kan oppnå ved en slik klassifisering:

> "En klassifisering av de ulike typer menneskerettigheter vil aldri i seg selv kunne gi svar på avgrensningsspørsmål i forhold til 1951-konvensjonen. Man kan ikke bestemme hvorvidt en krenkelse skal kunne telle som "forfølgelse" utelukkende ut fra en kategorisering av hvilke krenkelsestyper som alltid vil være relevante, hvilke som ofte er relevante, og hvilke som sjelden eller aldri vil være relevante. Arten av krenkelsene vil med andre ord bare kunne gi et mer eller mindre klart utgangspunkt – og en forståelsesramme – for den vurderingen som må foretas i konkrete saker. Formålet med inndelingen må være å utvikle et hensiktsmessig arbeidsredskap for vurderingen av om noen er en 'flyktning'."

For at overgrepene skal kunne konstituere forfølgelse, må de i henhold til hva som er lagt til grunn i EUs statusdirektiv, være av en så alvorlig karakter, enten som enkeltstående handlinger eller i sin gjentakelse, at man vil karakterisere dem som alvorlige brudd på fundamentale menneskerettigheter. Det vises særlig til de menneskerettsprinsipper som det i henhold til artikkel 15(2) i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ikke er tillatt å gjøre unntak fra. Det gjelder retten til liv, forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdigende behandling, forbudet mot slaveri og forbudet mot at straffelover gis tilbakevirkende kraft. Verken retten til privatliv (EMK artikkel 8) eller for eksempel retten til religionsfrihet (EMK artikkel 9) er blant de rettigheter som er ufravikelige etter EMK artikkel 15(2).

Noen generell og absolutt kopling mellom forfølgelsesbegrepet og krenkelse av en bestemt kategori menneskerettigheter kan imidlertid ikke oppstilles.

Eksempel på tilfeller hvor det i norsk praksis har blitt lagt til grunn at søkeren ville bli utsatt for menneskerettskrenkelser uten at dette har blitt ansett som forfølgelse, har man blant annet i to saker som har blitt behandlet av Borgarting lagmannsrett.

En kjennelse fra lagmannsretten i 2002[33] gjaldt spørsmålet retur av en homofil mann (A) til Iran. Lagmannsretten la blant annet til grunn at A måtte avfinne seg med en formell straffetrussel[34] i Iran mot homofil praksis. Uten at lagmannsretten kommenterte det uttrykkelig, må det legges til grunn at allerede det å ha et system for alvorlig straffereaksjoner rettet mot homofil praksis i seg selv utgjør en menneskerettskrenkelse. Lagmannsretten la imidlertid til grunn at det å returnere noen til en situasjon hvor vedkommende ville være nødt til å tåle begrensninger med hensyn til sin livsutfoldelse slik som i det konkrete tilfellet, ikke ville være i strid med EMK artikkel 8:

> "Lagmannsretten bemerker at de begrensninger homofile i Iran må tåle med hensyn til åpen utfoldelse av sin seksuelle legning på grunn av sosial og religiøs fordømmelse i samfunnet, åpenbart ikke kan anses som forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand eller gi krav på vern mot utsendelse. Retten finner det videre klart at det å nekte en homofil utlending opphold slik at han må returnere til et hjemland hvor homofil praksis kan straffes og sosial fordømmelse av homofile må påregnes, ikke kan anses som brudd på EMK art. 8."

En annen kjennelse fra lagmannsretten i 2002[35] gjaldt spørsmålet om retur av en iransk borger som hadde konvertert til kristendommen. Lagmannsretten forutsatte at søkeren måtte avfinne seg med begrensninger i religionsfriheten i forhold til hva som ellers ville være åpenbare rettigheter i henhold til blant annet

32. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 290

33. Kjennelse 10. juni 2002, sak 02-01351 K/04
34. Det følger av premissene at det her var tale om dødsstraff.
35. Kjennelse 14. februar 2004 sak 02-00021 K/04

EMK artikkel 9 (uten at retten henviste eksplisitt til denne eller andre liknende menneskerettsbestemmelser):

> "Når det gjelder spørsmålet om forfølgelsesfare i forbindelse med åpen, utadrettet misjoneringsvirksomhet, er lagmannsretten enig med byretten i at det må legges til grunn at dette sosialt og kulturelt ikke er akseptabelt i Iran - dvs. at det er uaktuelt på grunn av reaksjoner fra befolkningen i sin alminnelighet. Det må derfor forutsettes at de kjærende parter begrenser sin misjoneringsvirksomhet til de foreliggende sosiale og kulturelle rammebetingelser. Under en slik forutsetning finner lagmannsretten, som byretten, at det er relativt lite sannsynlig at de kjærende parter vil være utsatt for forfølgelse fra iranske myndigheter."

I EUs statusdirektiv er kravet til alvoret ved de potensielle overgrepene definert slik i artikkel 9 nr. 1:

> "Acts of persecution within the meaning of article 1A of the Geneva Convention must:
> a) be sufficiently serious by their nature or repetition as to constitute a severe violation of basic human rights, in particular the rights from which derogation cannot be made under Article 15(2) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; or
> b) be an accumulation of various measures, including violations of human rights which is sufficiently severe as to affect an individual in a similar manner as mentioned in (a)."

I statusdirektivet artikkel 9 nr. 2 er det gitt eksempel på ulike typer av overgrep som vil kunne utgjøre forfølgelse dersom overgrepene er tilstrekkelig alvorlige til å dekkes av kriteriene i artikkel 9 nr. 1. Artikkel 9 nr. 2 lyder:

> "Acts of persecution as qualified in paragraph 1, can, inter alia, take the form of:
> a) acts of physical or mental violence, including acts of sexual violence;
> b) legal, administrative, police, and/or judicial measures which are in themselves discriminatory or which are implemented in a discriminatory manner;
> c) prosecution or punishment, which is disproportionate or discriminatory;
> d) denial of judicial redress resulting in a disproportionate or discriminatory punishment;
> e) prosecution or punishment for refusal to perform military service in a conflict, where performing military service would include crimes or acts falling under the exclusion clauses as set out in Article 12 (2);
> f) acts of a gender-specific or child-specific nature."

Som det vil fremgå i kapittel 6.9.2.3, foreslår utvalget at tilsvarende eksempler på relevante overgrep innarbeides i en ny, norsk flyktningbestemmelse.

Flyktningdefinisjonen inneholder ingen nærmere angivelse av hvem som må stå ansvarlig for forfølgelsesrisikoen for at det skal foreligge en rett til flyktningbeskyttelse. Et sentralt spørsmål i så måte er om de statlige myndigheter i flyktningens hjemland må stå bak forfølgelsesrisikoen, eller om også en risiko for forfølgelse fra ikke-statlige aktører skal kunne gi rett til anerkjennelse som flyktning.

UNHCR har fremholdt at også ikke-statlige aktører skal kunne regnes som relevante "agents of persecution", jf. håndboken punkt 65:

> "Forfølgelse er normalt knyttet til handlinger som er utført av myndighetene i et land. Den kan også utgå fra deler av befolkningen som ikke respekterer de standarder som er satt av landets lovgivning. Et slikt tilfelle kan være religiøs intoleranse som utgjør forfølgelse i et ellers sekularisert land, der betydelige fraksjoner i befolkningen ikke respekterer den øvrige befolkningens religiøse overbevisning. Der alvorlig diskriminerende eller andre krenkende handlinger utføres av lokalbefolkningen, kan det anses som forfølgelse hvis det med viten tolereres av myndighetene, eller hvis myndighetene nekter, eller viser seg ute av stand til, å tilby effektiv beskyttelse."

Som det fremgår av sitatet, er det selvsagt en forutsetning for retten til internasjonal beskyttelse i forhold til ikke-statlige aktører at beskyttelse ikke kan søkes fra hjemlandets myndigheter. Hjemlandets myndigheter må derfor enten mangle vilje eller evne til å gi effektiv beskyttelse.

UNHCRs vurdering av at også ikke-statlige aktører kan opptre som relevante "agents of persecution", har bred støtte i litteraturen og i statspraksis. I Norge var utgangspunktet frem til 1998 at en risiko for forfølgelse fra ikke-statlige aktører bare kunne gi grunnlag for anerkjennelse som flyktning dersom hjemlandets myndigheter manglet vilje til å gi beskyttelse. Gjennom asylkriteriene fra 1998 ble praksis justert slik at anerkjennelse som flyktning nå også blir gitt i de tilfeller hvor hjemlandets myndigheter mangler evne til å gi beskyttelse.

I EUs statusdirektiv er følgende definisjon av "actors of persecution or serious harm" inntatt i artikkel 6:

> "Actors of persecution or serious harm include:
> a) the State;

b) parties or organisations controlling the State or a substantial part of the territory of the State;
c) non-State actors, if it can be demonstrated that the actors mentioned in (a) and (b), including international organisations, are unable or unwilling to provide protection against persecution or serious harm as defined in Article 7."

I asylpraksis er det i dag en stadig økning av antallet saker hvor søkerne anfører familierelaterte eller andre konfliktforhold på den private arena som grunnlag for sitt beskyttelsesbehov. Det fastlagte prinsippet om at også ikke-statlige aktører skal kunne anses som relevante "agents of persecution", kan neppe anses å innebære en full avklaring i forhold til hvordan alle tilfeller skal vurderes. En utvikling i retning av en mer utvidet tolkning av begrepet sosial gruppe, sammen med en utvidet tolkning av "the causal link" (kravet til årsakssammenheng), gjør at spørsmålet om flyktningbeskyttelse har blitt aktuelt i forhold til en rekke forfølgelsessituasjoner som ganske sikkert ikke var i traktatpartenes tanker som beskyttelsesrelevante ved konvensjonens tilblivelse. Som oftest vil det vesentligste problemet være knyttet til andre kriterier i flyktningbegrepet ("sosial gruppe", "på grunn av" osv.) enn selve forfølgelsesbegrepet.

Et ytterligere spørsmål er hvem det eventuelt er aktuelt å henvise til som relevante "actors of protection" foruten de statlige myndighetene i søkerens hjemland. Spørsmålet er ikke kommentert nærmere i håndboken.

I EUs statusdirektiv er følgende bestemmelse inntatt i artikkel 7:

1. Protection can be provided by:
   a) the State; or
   b) parties or organisations, including international organisations, controlling the State or a substantial part of the territory of the State.
2. Protection is generally provided when the actors mentioned in paragraph 1 take reasonable steps to prevent the persecution or suffering of serious harm, inter alia, by operating an effective legal system for the detection, prosecution and punishment of acts constituting persecution or serious harm, and the applicant has access to such protection.
3. When assessing whether an international organisation controls a State or a substantial part of its territory and provides protection as described in paragraph 2, Member States shall take into account any guidance which may be provided in relevant Council acts."

Den aktuelle problemstillingen er ikke nærmere berørt i prinsipielle uttalelser eller avgjørelser i norsk rett. Ut fra de utgangspunkter man ellers har for konvensjonstolkningen i norsk rett, vil man nok likevel legge til grunn en konkret og individuell vurdering av den enkelte søkers situasjon, og det faktiske behovet for internasjonal beskyttelse.

6.2.4 Beviskrav og risikokrav

6.2.4.1 Innledning

Når det skal fastlegges om det er sannsynliggjort en tilstrekkelig forfølgelsesfare til at søkeren har krav på internasjonal beskyttelse, må det tas stilling til både bevismessige spørsmål og risikospørsmål. Ofte blandes de to forhold sammen. Prinsipielt sett er det imidlertid snakk om to forskjelligartede vurderinger.

Beviskravet gjelder sannsynliggjøringen av sakens faktum, i praksis knyttet opp mot søkerens egen forklaring om hvem han eller hun er, hva han eller hun har vært utsatt for og om forholdene generelt i hjemlandet, holdt opp mot andre opplysninger som måtte foreligge i saken. Risikokravet gjelder hvor stor grad av sannsynlighet som - med utgangspunkt i det fastlagte faktum - skal kreves for at risikoen faktisk vil materialisere seg i overgrep mot søkeren dersom han eller hun returneres til hjemlandet. Beviskrav og risikokrav vil i praksis ofte bli vurdert i sammenheng.

6.2.4.2 Beviskravet

Det er ikke angitt noe i selve flyktningkonvensjonen om hvilke krav som stilles til bevis for at en utlending oppfyller definisjonskriteriene i art. 1A(2).

I håndboken er blant annet bevisspørsmålet nærmere kommentert. Under underoverskriften "Benefit of the doubt"[36], er følgende prinsipielle utgangspunkt fastsatt:

> "203. Etter at søkeren har gjort et oppriktig forsøk på å underbygge sin historie, kan det fortsatt være manglende bevis for deler av hans utsagn. Som forklart ovenfor (punkt 196), er det knapt mulig for en flyktning å "bevise" alle forhold i sin sak. Skulle dette ha

[36] I den norske oversettelsen: "Tvilen bør komme søkeren til gode"

vært et krav, ville utvilsomt majoriteten av alle flyktninger ikke blitt anerkjent. Det er derfor ofte nødvendig å la tvilen komme søkeren til gode.
204. Imidlertid bør tvilen komme søkeren til gode først når alt tilgjengelig bevismateriale er samlet inn og kontrollert og når saksbehandleren anser søkeren generelt for å være troverdig. Søkerens utsagn må være sammenhengende og troverdige, og må ikke være i strid med allment kjente fakta."

UNHCR anbefaler følgelig at det må legges vekt på den vanskelige bevismessige situasjonen som mange flyktninger befinner seg i når man avgjør hvilke beviskrav som kan stilles i den enkelte sak. Samtidig påpekes at tvilen bare bør komme søkeren til gode i de tilfeller hvor vedkommende fremstår som generelt troverdig.

I EUs statusdirektiv artikkel 4 nr. 5 er det fastsatt at anførsler fra søkeren som ikke er dokumentert, likevel skal legges til grunn dersom:

a) the applicant has made a genuine effort to substantiate his application;
b) all relevant elements, at his/her disposal, have been submitted, and a satisfactory explanation regarding any lack of other relevant elements has been given;
c) the applicant`s statements are found to be coherent and plausible and do not run counter to available specific and general information relevant to the application's case;
d) the applicant has filed his or her application for international protection at the earliest possible time, unless the applicant can demonstrate good reason for not having done so; and
e) the general credibility of the applicant has been established.

De utgangspunkter for bevisvurderingen som her er gjengitt, samsvarer i hovedsak med det som er anbefalt i håndboken. I motsetning til i håndboken er det imidlertid inntatt en eksplisitt henvisning til at utlendingen må ha fremmet søknad om internasjonal beskyttelse på tidligst mulig tidspunkt med mindre det kan gis en god forklaring på hvorfor dette ikke er gjort.

Som nevnt i kapittel 6.1.2 har oppfatningen i norsk rett vært at det alminnelige kravet til sannsynlighetsovervekt i sivilprosessen også gjelder i forhold til flyktningvurderingen under flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), men ikke i forhold til beskyttelsesvurderingen under flyktningkonvensjonens artikkel 33(1), jf. utlendingsloven § 15 første ledd første punktum. Gjennom asylkriteriene fra 1998 ble det lempet på beviskravet i forhold til flyktningvurderingen i forvaltningspraksis, men uten at dette synes å ha påvirket det beviskrav som anvendes av domstolene.

Som det vil fremgå i kapittel 6.9.2.4 vil utvalget foreslå at man går bort fra den tilnærmingen man hittil har hatt i norsk rett, hvor man har operert med et skille mellom flyktningvurderingen i relasjon til artikkel 33(1) og flyktningvurderingen i relasjon til artikkel 1A(2). En av de viktigste konsekvensene av dette vil være at beviskravene for anerkjennelse som flyktning justeres i samsvar med beviskravene for retten til vern mot utsendelse etter artikkel 33(1).

Beviskravet må tilpasses den konkrete situasjon som søkeren befinner seg i med henblikk på faktiske muligheter for å føre bevis, og vedkommendes generelle troverdighet. Det vil videre være vesentlig å se hen til hvilken type overgrep søkeren eventuelt risikerer og hvilken grad av risiko som foreligger for at et slikt overgrep eventuelt vil inntreffe dersom det anførte faktum legges til grunn.

6.2.4.3 Risikovurderingen

I flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen artikkel 1A er risikokravet definert som et krav om at søkerens situasjon må være tilstrekkelig alvorlig til å gi grunnlag for velgrunnet frykt.

Med grunnlag i definisjonen kan det sluttes at risikokravet både har et subjektivt og et objektivt element. Søkeren må oppleve frykt i forhold til sin situasjon i hjemlandet, og frykten må ut fra en objektivisert bedømmelse kunne vurderes som velgrunnet.

I praksis vil det sentrale vurderingsspørsmål som oftest gjelde om det ut fra en objektivisert bedømmelse foreligger en tilstrekkelig fare for at den anførte risiko faktisk vil materialisere seg i overgrep ved retur. Samtidig som det er klart at det ikke er tilstrekkelig å påvise en fjern mulighet for at overgrep kan inntreffe, må ikke kravet til risiko fastsettes strengere enn at søkere med en reell grunn til å frykte forfølgelse sikres rett til beskyttelse. Noe krav om sannsynlighetsovervekt - i betydningen mer enn 50% risiko for at forfølgelse vil finne sted - kan derfor ikke komme på tale i denne sammenheng. Det er verken hensiktsmessig eller mulig å angi noe nærmere om hvilken grad av risiko som kreves for flyktningbeskyttelse. Risikoterskelen må fastsettes etter en konkret vurdering av den enkelte sak, hvor det blant annet vil være naturlig å legge vekt på alvoret ved den type overgrep risikoen relaterer seg til. For likevel å belyse avstanden mellom det sannsynlighetskrav

man opererer med i bevissammenheng og i risikovurderingen, kan følgende eksempel trekkes frem: Dersom det er mulig å fastslå en 10% risiko for at søkeren vil bli drept eller lemlestet ved retur, vil risikoen åpenbart være tilstrekkelig høy til at søkeren har krav på flyktningbeskyttelse.

I håndboken punkt 42 heter det i siste setning:

> "Generelt bør søkerens frykt anses som velgrunnet hvis han, i rimelig grad, kan vise at fortsatt opphold i hjemlandet vil bli uutholdelig for ham av grunner som angitt i definisjonen, eller at det av samme grunner ville være uutholdelig for ham hvis han måtte vende tilbake dit."

I de sammenhenger hvor risikoen for forfølgelse ikke anses tilstrekkelig høy etter en objektivisert bedømmelse, oppstår i enkelte tilfeller et spørsmål om betydningen av at søkeren har en forsterket subjektiv frykt som kan tilskrives vedkommendes personlige situasjon eller bakgrunn. Spørsmålet er i praksis særlig relevant i tilfeller hvor søkeren er spesielt sårbar fordi vedkommende er traumatisert som følge av tidligere overgrep, for eksempel i tilfeller hvor søkeren har sittet i torturfengsel eller hvor søkeren har vært utsatt for seksuelle overgrep. Tre ulike hovedsynspunkter forekommer i forhold til dette spørsmålet:

1. Søkerens individuelle forhold er uten betydning, slik at det bare er den risikograd som kan stadfestes gjennom en objektivisert bedømmelse som skal tillegges vekt.
2. Individuelle forhold knyttet til søkeren kan ha betydning som momenter i en samlet vurdering av om frykten kan anses som velgrunnet.
3. Individuelle forhold knyttet til søkeren kan i visse tilfeller tas i betraktning som selvstendig grunnlag for flyktningstatus.

I håndboken gis det klart uttrykk for at individuelle forhold knyttet til søkeren kan ha betydning som momenter (i alle fall) i en samlet vurdering, jf. blant annet følgende kommentar i punkt 41:

> "Frykten må være rimelig. Imidlertid kan en overdreven frykt være velgrunnet, hvis sinnstilstanden kan anses som berettiget, alle sakens forhold tatt i betraktning."

Eldre analyser av statspraksis når det gjelder statenes løsning av dette tolkningsspørsmålet, har vist et varierende bilde.[37]

Enkelte kommentatorer som har argumentert for at søkerens individuelle forhold kan ha betydning i en samlet vurdering, eller som selvstendig grunnlag for flyktningstatus, har funnet støtte for en slik oppfatning i flyktningkonvensjonen artikkel 1C(5). Bestemmelsen gjelder en reservasjon mot anvendelsen av opphørsklausulene i de tilfeller hvor flyktningen på grunn av tidligere forfølgelsesovergrep kan anføre tvingende grunner til at vedkommende ikke kan returnere. Reservasjonen mot opphør relaterer seg etter sin ordlyd kun til statuttflyktningene i henhold til artikkel 1A(1), dvs. dem som allerede var anerkjent som flyktninger på tidspunktet for konvensjonens tilblivelse. Dersom man skulle kunne utlede noe forpliktende innhold av artikkel 1C(5) annet ledd relatert til risikovurderingen under artikkel 1A(2), ville dette derfor forutsette en utvidende tolkning, hvor man både ser bort fra at artikkel 1C(5) etter sin ordlyd gjelder opphør, og hvor man ser bort fra at bestemmelsen etter sin ordlyd refererer til artikkel 1A(1) og ikke til artikkel 1A(2). En slik utvidet tolkning kan det ikke være grunnlag for når det er statenes forpliktelser som skal fastlegges. Noe annet er at statene, innenfor rammen av sin handlefrihet, kan innvilge flyktningstatus på bakgrunn av tidligere individuelle forhold.

Det som er drøftet ovenfor vedrørende betydningen av subjektiv frykt hos personer som tidligere har vært utsatt for forfølgelsesovergrep, gjelder stort sett på lik linje i forhold til andre personer med en personlig situasjon som gjør at de opplever en forsterket frykt. Dette kan gjelde for eksempel barn, enslige kvinner, og personer med alvorlige helseproblemer.

Et spørsmål av mer teoretisk art, men som likevel kan tenkes å få en viss praktisk betydning, er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for risikovurderingen. I praksis kan spørsmålet få betydning i to sammenhenger. For det første i de tilfeller hvor en asylsøker sto i fare for forfølgelse på tidspunktet for utreise fra hjemlandet, og eventuelt frem til vedkommende ankom tilfluktslandet, men hvor risikoen er redusert på det tidspunkt vedtak skal fattes, og for det andre i de tilfeller hvor risikoen har oppstått eller økt etter at søkeren forlot hjemlandet.

Terje Einarsen har skrevet blant annet følgende om den tidsmessige fikseringen av risikoen:

> "Det er et anerkjent prinsipp i den internasjonale flyktningeretten at en person ikke blir "flyktning" gjennom statlig anerkjennelse, men at slik status skal anerkjennes fordi han

[37] Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 384

eller hun er "flyktning". Statlig anerkjennelse eller ikke-anerkjennelse har folkerettslig sett deklarativ og ikke konstitutiv virkning. Utgangspunktet er med andre ord at flyktningestatus erverves ipso facto når de materielle kriteriene i art. 1 A(2) er oppfylt. Dette kan skje innenfor et tidsrom som strekker seg fra tidspunktet for utreisen fra hjemlandet ex tunc og frem til situasjonen for søkeren ex nunc. Det følger da logisk at hvis risikoen på minst ett tidspunkt innenfor dette tidsrom er stor nok til å begrunne søkerens frykt for å bli forfulgt i 1951-konvensjonens forstand, så utløses søkerens flyktningestatus prinsipielt sett fra det samme tidspunkt. Søkeren har sin status i behold inntil det eventuelt gjør seg gjeldende en opphørs- eller eksklusjonsgrunn, jf. art. 1 C-F. Systemet for tidsmessig fiksering etter 1951-konvensjonen skulle derfor i utgangspunktet være klart nok." [38]

Når det gjelder situasjoner med økende risiko, har det ikke vært noe konfliktforhold mellom statenes praksis og de synspunkter på folkeretten som her er beskrevet. I visse tilfeller kan det imidlertid oppstå særskilte spørsmål knyttet til *sur place*-tematikken, jf. pkt. 6.2.7.

Det som derimot har aktualitet som et omstridt spørsmål, er den situasjon som oppstår dersom man står overfor et tilfelle av redusert risiko i tidsrommet mellom søkerens utreise fra hjemlandet og det tidspunkt hvor vedtak om asylspørsmålet skal fattes. I statspraksis har det her vært lagt mer eller mindre ensidig vekt på risikobildet slik dette avtegner seg på vedtakstidspunktet i et fremoverskuende perspektiv.

Forskjellen i tilnærming kan i visse tilfeller ha betydning. Dersom man legger til grunn at det er risikobildet på flukttidspunktet som er avgjørende, vil det relevante spørsmålet på vedtakstidspunktet være om opphørsklausulen i flyktningkonvensjonen artikkel 1C(5) kommer til anvendelse fordi risikoen for forfølgelse er redusert. Dette har også faktisk betydning dersom det legges til grunn at det for opphør kreves at risikoen er redusert til et lavere nivå enn at man bare kan konstatere ikke-oppfyllelse av kriteriet "velgrunnet frykt", jf. kapittel 6.6 om opphørsklausulene.

Når det skal fastlegges hvilke folkerettslige forpliktelser som gjelder, må det her anses forsvarlig å legge avgjørende vekt på at man synes å stå overfor en relativt entydig statspraksis, og at det ikke følger klart av verken konvensjonen eller håndboken at praksis er i strid med en lojal konvensjonsfortolkning.

6.2.5 Flyktningvurderingen i et kjønnsperspektiv

I rapporten fra UiO om implementering av et kjønnsperspektiv i flyktningretten er det understreket at implementeringen av et helhetlig kjønnsperspektiv vil innebære anerkjennelse av at kjønn kan være en relevant faktor ved fortolkningen av alle vilkårene i flyktningkonvensjonens artikkel 1A(2).[39]

I 2002 ga UNHCR egne retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse[40]. Retningslinjene drøfter ulike kriterier i flyktningdefinisjonen, og understreker behovet for en kjønnssensitiv fortolkning.

Kvinner vil ofte kunne være mer utsatt for visse former for overgrep og overgrepssituasjoner enn menn. Dette gjelder for eksempel overgrep i form av kjønnsdiskriminerende lovgivning, seksuelle overgrep, tvangsekteskap, barneekteskap, vold i hjemmet, æresdrap og kjønnslemlestelse.

I praksis og i folkerettslig teori har oppmerksomheten i første rekke vært rettet mot kravet til forfølgelsesgrunn og kravet til årsakssammenheng mellom forfølgelsesgrunn og forfølgelse. Mens kvinner på samme måte som menn vil kunne være forfulgt på grunn av blant annet "politisk oppfatning", er det forholdet mellom kjønnsbasert forfølgelse og konvensjonsgrunnen "medlemskap i en spesiell sosial gruppe" som har vært viet særlig oppmerksomhet.

En rettsavgjørelse som har fått stor oppmerksomhet når det gjelder vurderingen av kvinner som sosial gruppe, er den såkalte *Fatin*-saken (1993) fra en av de føderale apelldomstolene i USA. Saken gjaldt en iransk kvinne som søkte asyl under henvisning til at hun ikke ønsket å følge de normer for en kvinnes rolle i samfunnet som hun måtte underkaste seg ved retur til Iran, herunder blant annet krav om offentlig å bære slør. Retten vurderte tre aktuelle definisjoner av sosial gruppe relatert til den konkrete saken:

1. Alle kvinner i Iran,
2. iranske kvinner som ikke ønsker å tilpasse seg myndighetenes kjønnsspesifikke lover og sosiale normer, men som i en presset situasjon likevel bøyer seg, eller
3. iranske kvinner som finner de kjønnsspesifikke lovene så provoserende at de ikke akter å følge dem

38. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s 413

39. Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2004

40. Gender-Related Persecution (HC/GIP/02/02)

Søkeren ble ansett å tilhøre den andre undergruppen fordi hun ikke ville nekte å følge normene dersom dette ikke var praktisk mulig å unngå. Retten konstaterte at det å tvinge noen til å opptre i strid med dypt følte oppfatninger, kan utgjøre forfølgelse. Ut fra en vurdering av søkerens situasjon i den konkrete saken, mente retten imidlertid at tilpasningen i dette tilfellet ikke ville bli "so profoundly abhorrent that it could aptly be called persecution."

I UNHCRs retningslinjer er det påpekt at det sentrale i mange saker som gjelder kjønnsrelatert forfølgelse vil være om kravet til årsakssammenheng er oppfylt, dvs. kravet om at risikoen for forfølgelse foreligger på grunn av for eksempel medlemskap i en spesiell sosial gruppe.

Det kanskje mest belysende eksempel på denne typen problematikk er tilfeller av familievold mot kvinner. At en voldelig ektemann mishandler sin ektefelle, vil vanskelig kunne anses å være begrunnet i at ektefellen tilhører en sosial gruppe. Dersom myndighetene ut fra en kvinnediskriminerende holdning mangler vilje til å gi utsatte kvinner beskyttelse, kan det imidlertid være aktuelt å vurdere om kvinner i den aktuelle staten utgjør en sosial gruppe, og om kravet til årsakssammenheng er oppfylt gjennom at mangelen på myndighetsbeskyttelse skyldes tilhørighet til denne gruppen.

UNHCR har argumentert for en vid fortolkning av kravet til årsakssammenheng i disse tilfellene, og har blant annet uttalt:

> "In cases where there is a risk of being persecuted at the hands of a non-State actor (e.g. husband, partner or other non-State actor) for reasons which are related to one of the Convention grounds, the causal link is established, whether or not the absence of State protection is Convention related. Alternatively, where the risk of being persecuted at the hands of a non-State actor is unrelated to a Convention ground, but the inability or unwillingness of the State to offer protection is for reasons of a Convention ground, the causal link is also established." [41]
>
> "Significant to gender-related claims is also an analysis of forms of discrimination by the State in failing to extend protection to individuals against certain types of harm. If the State, as a matter of policy or practice, does not accord certain rights or protection from serious abuse, then the discrimination in extending protection, which results in serious harm inflicted with impunity, could amount to persecution. Particular cases of domestic violence, or of abuse for reasons of one`s differing sexual orientation, could for example, be analysed in this context." [42]

En sentral avgjørelse i forhold til vurderingen av kvinner som sosial gruppe og vold i hjemmet, er en britisk avgjørelse fra House of Lords i saken *Islam and Shah* (1999). Saken gjaldt to gifte, pakistanske kvinner som hadde forlatt hjemlandet på grunn av alvorlig fysisk mishandling fra sine ektemenn, og som anførte at hjemlandets myndigheter ville være uvillige eller ute av stand til å forhindre fortsatt mishandling. Flertallet av dommerne la til grunn at pakistanske kvinner kunne anses som en sosial gruppe i konvensjonens forstand, og at søkerne kunne anses forfulgt som medlemmer av denne sosiale gruppen. Flertallets begrunnelse for å komme frem til at pakistanske kvinner kunne anses som en sosial gruppe i konvensjonens forstand, var noe forskjellig, og var både basert på argumentasjon som hadde nærhet til "protected characteristics"-testen og argumentasjon som hadde nærhet til "social perception"-testen.

Gjennom asylkriteriene fra 1998 ble det i Norge fastsatt at kvinner som er forfulgt av kjønnsrelaterte årsaker, eller personer som er forfulgt på grunn av homoseksuell legning, skal anses forfulgt som medlemmer av en spesiell sosial gruppe. Dette er de to hovedgruppene som siden har blitt ansett omfattet av begrepet sosial gruppe i norsk rett. Det er grunn til å understreke at selv om det gjennom asylkriteriene fra 1998 ble fastsatt at kvinner som er utsatt for kjønnsbasert forfølgelse skal anerkjennes som flyktninger, ble det ikke drøftet en slik tilnærming til kravet til årsakssammenheng som UNHCR har argumentert for i de tilfeller hvor det er private aktører som er de potensielle overgriperne, jf. sitatene ovenfor. Selv om mangelen på statlig beskyttelse skulle skyldes en kvinnediskriminerende politikk fra statens side, vil det neppe alltid bli ansett å foreligge et rettskrav på flyktningbeskyttelse i norsk rett. I de saker hvor opphold har blitt innvilget har dette ofte skjedd med grunnlag i en humanitær vurdering etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Det finnes imidlertid enkelte eksempler på at flyktningbeskyttelse er innrømmet.

6.2.6 Internflukt

I de tilfeller hvor en asylsøker har mulighet for å ta opphold i et trygt område i sitt hjemland, vil det være aktuelt å foreta en vurdering av om søkeren kan henvises til å søke beskyttelse gjennom såkalt internflukt.

41. Anbefalingene om kjønnsrelatert forfølgelse (HCR/GIP/02/01) para. 21

42. Anbefalingene om kjønnsrelatert forfølgelse (HCR/GIP/02/01) para. 15

UNHCR har gitt sine anbefalinger senest i Guidelines fra 2003 (HCR/GIP/03/04). Innledningsvis i retningslinjene kommenteres blant annet følgende:

> "Some have located the concept of internal flight or relocation alternative in the "well-founded fear of being persecuted" clause of the definition, and others in the "unwilling ... or unable ... to avail himself of the protection of that country" clause. These approaches are not necessarily contradictory, since the definition comprises one holistic test of interrelated elements. How these elements relate, and the importance to be accorded to one or another element, necessarily falls to be determined on the facts of each individual case."

I henhold til UNHCR kan den videre analyse inndeles i en relevansanalyse og en rimelighetsanalyse. Under relevansanalysen er spørsmålet hvorvidt det faktisk foreligger et aktuelt område for internflukt. Sentrale kriterier under denne analysen vil blant annet være:

a) Is the area of relocation practically, safely, and legally acessible to the individual? If any of these conditions is not met, consideration of an alternative location within the country would not be relevant.
b) Is the agent of persecution the State? National authorities are presumed to act throughout the country. If they are the feared persecutors, there is a presumption in principle that an internal flight or relocation alternative is not available.
c) Is the agent of persecution a non-State agent? Where there is a risk that the non-State actor will persecute the claimant in the proposed area, then the area will not be an internal flight or relocation alternative. This finding will depend on a determination of whether the persecutior is likely to pursue the claimant to the area and whether State protection from the harm feared is available there.
d) Would the claimant be exposes to a risk of being persecuted or other serious harm upon relocation? This would include the original or any new form of persecution or other serious harm in the area of relocation.

I forhold til rimelighetsanalysen er følgende hovedspørsmål formulert:

– Can the claimant, in the context of the country concerned, lead a relatively normal life without facing undue hardship? If not, it would not be reasonable to expect the person to move there.

Forhold av betydning ved rimelighetsanalysen vil i henhold til UNHCR blant annet være søkerens "age, sex, health, disability, family situation and relationships, social or other vulnerabilities, ethnic, cultural or religious considerations, political and social links and compatibility, language abilities, educational, professional and work background and opportunities, and any past persecution and its psychological effects."

Verken når det gjelder relevansvurderingen eller rimelighetsvurderingen er det noen konflikt av prinsipiell karakter mellom de anbefalinger som er gitt av UNHCR og de utgangspunkter som gjelder for vurderingen i norsk praksis. De enkelte kriteriene er imidlertid ikke på samme tydelige måte definert i norsk rett. I norsk praksis presiseres vurderingstema normalt ikke på annen måte enn at man spør om søkeren ved å ta opphold i en annen del av hjemlandet kan unngå forfølgelse, og om dette kan gjøres uten at søkeren kommer i en situasjon som ville gi grunnlag for opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd.

Når det gjelder tilfeller hvor det eventuelt er aktuelt å vurdere flyktningstatus på grunn av en risiko for forfølgelse som har sammenheng med konfliktforhold på den private arena - for eksempel tvangsekteskap, kjønnslemlestelse, mishandling i ekteskap, æresdrap osv.) - må spørsmålet om muligheten for internflukt formuleres som et mer generelt spørsmål om hvorvidt det er rimelig og mulig for søkeren å holde seg skjult for forfølgerne i hjemlandet.

6.2.7 Sur place-tilfeller

I enkelte tilfeller oppstår spørsmålet om hvorvidt flyktningstatus skal gis til personer som befinner seg utenfor hjemlandet når de omstendigheter som begrunner forfølgelsesfaren oppstår.

Som nevnt i kapittel 6.1.2 pleier man vanligvis å skille mellom to undergrupper, de såkalte "objektive" og "subjektive" sur place-tilfellene.

Med objektive sur place-tilfeller siktes det til tilfeller hvor søkeren befinner seg utenlands på det tidspunkt da det skjer en endring av situasjonen i hjemlandet som skaper fare for forfølgelse ved en retur.

Med subjektive sur place-tilfeller siktes det til de tilfeller hvor søkeren selv, fra en "trygg plattform" i utlandet - for eksempel gjennom politisk agitasjon, religiøs konvertering e.a. - utløser en forfølgelsesfare som ikke forelå ved utreisen. Det er her igjen vanlig å operere med to ytterligere undergrupper av tilfeller. På den ene side har man de tilfeller hvor den aktivitet fra søkerens side som utløser forfølgelsesfaren er en naturlig forlengelse

av en aktivitet som ble påbegynt allerede før utreisen, de såkalte "brotilfeller", og på den annen side de tilfeller hvor aktiviteten er uten tilknytning til tidligere aktivitet fra søkerens side.

I håndboken er følgende uttalt i punkt 94-96:

> "94. Kravet om at en person må befinne seg utenfor hjemlandet for å være flyktning betyr ikke at han nødvendigvis må ha forlatt landet illegalt, eller at han må ha forlatt det på grunn av en velgrunnet frykt. Han kan ha bestemt seg for å søke anerkjennelse av sin flyktningstatus etter allerede å ha oppholdt seg i utlandet en stund. En person som ikke var en flyktning da han forlot hjemlandet, men som blir en flyktning på et senere tidspunkt, kalles en flyktning "*sur place*".
>
> 95. En person blir flyktning "*sur place*" på grunn av omstendigheter som har oppstått i hjemlandet i løpet av hans fravær. Diplomater og andre offisielle tjenestemenn stasjonert i utlandet, krigsfanger, studenter, arbeidsmigranter og andre har søkt om flyktningstatus under sine opphold i utlandet og har blitt anerkjent som flyktninger.
>
> 96. En person kan bli flyktning "*sur place*" som følge av sine egne handlinger, slik som ved å omgås allerede anerkjente flyktninger, eller ved å gi uttrykk for sitt politiske syn i oppholdslandet. Hvorvidt slike handlinger er tilstrekkelige til å begrunne en velgrunnet frykt for forfølgelse, må avgjøres ved en grundig undersøkelse av omstendighetene. Det må spesielt tas hensyn til hvorvidt slike handlinger kan ha blitt kjent for myndighetene i personens hjemland og hvordan de mest sannsynlig vil bli ansett av disse myndighetene."

I EUs statusdirektiv er det fastsatt at det skal foreligge en rett til anerkjennelse som flyktning i de objektive sur place-tilfellene, jf. artikkel 5 nr. 1:

> 1. A well-founded fear of being persecuted or a real risk of suffering serious harm may be based on events which have taken place since the applicant left the country of origin.

Når det gjelder de "subjektive sur place-tilfellene", overlater direktivet frihet til statene til å fastsette hva som nærmere skal gjelde, jf. artikkel 5 punkt 2 og 3:

> 2. A well-founded fear of being persecuted or a real risk of suffering serious harm may be based on activities which have been engaged in by the applicant since he left the country of origin, in particular where it is established that the activities relied upon constitute the expression and continuation of convictions or orientations held in the country of origin.
>
> 3. Without prejudice to the Geneva Convention, Member States may determine that an applicant who files a subsequent application shall normally not be granted refugee status, if the risk of persecution is based on circumstances which the applicant has created by his own decision since leaving the country of origin.

I norsk praksis har man - med utgangspunkt i at søkeren uansett har blitt vurdert berettiget til oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 15, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd - operert med en hovedregel om rett til flyktningstatus i de objektive sur place-tilfellene, og i de subjective sur place-tilfellene hvor aktiviteten i utlandet er en naturlig forlengelse av en aktivitet som ble påbegynt allerede før utreisen. Ellers har flyktningstatus som hovedregel ikke blitt innrømmet. I asylkriteriene fra 1998 ble det imidlertid lagt til grunn at asyl skulle gis i homofilitilfeller dersom søkeren risikerte forfølgelse ved retur, i prinsippet uavhengig av fortid i hjemlandet før utreisen.

Som det vil fremgå i kapittel 6.9.4, vil utvalget gå inn for at man anerkjenner flyktningstatus under artikkel 1A(2) i videre utstrekning enn hva som til nå har vært tilfeller i norsk praksis i relasjon til de subjektive sur place-tilfellene.

6.2.8 Eksklusjon

6.2.8.1 Innledning

Flyktningkonvensjonen artikkel 1D til 1F har særskilte klausuler om eksklusjon fra flyktningstatus.

Artikkel 1D gjelder eksklusjon fra flyktningvernet for utlendinger som allerede nyter beskyttelse fra andre organer eller institusjoner under FN enn UNHCR, dvs. hovedsaklig palestinske flyktninger som hører inn under UNRWAs[43] mandat. Eksklusjonsklausulen i artikkel 1E gjelder utlending som er bosatt i et tredjeland, og der er innrømmet de rettigheter og plikter som er knyttet til statsborgerskap i vedkommende land.

Eksklusjonsklausulene i artikkel 1D og 1E har vist seg lite aktuelle i norsk praksis, og har hatt liten eller ingen anvendelse i de senere år. Det er heller ingen grunn til å anta at de vil få en mer utbredt anvendelse i fremtiden. Det vises i denne sammenheng til at en utlending som faller inn under anvendelsesområdet for artikkel 1D og 1E, normalt vil falle utenfor flyktningdefinisjonen uansett.

---

43. United Nations Relief and Work Agency for Palestine Refugees in the Near East

Artikkel 1F gjelder eksklusjon fra flyktningstatus for utlendinger som anses "uverdige" for flyktningbeskyttelse:

> "Bestemmelsene i denne konvensjon skal ikke ha anvendelse på personer om hvem det er alvorlig grunn til å anta at de:
> a) har gjort seg skyldig i en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten, således som disse forbrytelser er definert i de internasjonale avtaler som tar sikte på å gi bestemmelser om slike forbrytelser;
> b) har gjort seg skyldig i en alvorlig ikke-politisk forbrytelse utenfor tilfluktslandet, før han fikk adgang til dette land som flyktning;
> c) har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med de Forente Nasjoners formål og prinsipper."

Det er grunn til å understreke at selv om vilkårene for eksklusjon fra flyktningstatus etter artikkel 1F foreligger, og utlendingen dermed ikke nyter godt av non refoulement-bestemmelsen i flyktningkonvensjonen artikkel 33(1), kan andre menneskerettsforpliktelser gi vern mot utsendelse, jf. kapittel 6.4.

Som følge av et forsterket fokus på internasjonal terrorisme og straffeforfølgelse av krigsforbrytere mv., kan det være grunn til å anta at artikkel 1F vil få økt oppmerksomhet i tiden fremover.

6.2.8.2 Særskilt om eksklusjon etter flyktningkonvensjonen artikkel 1F

Generelt

Eksklusjonsklausulen i artikkel 1F skal særlig ivareta tre formål:

For det første er det ønskelig å forhindre at flyktningstatus tilkjennes personer som anses "uverdige" for flyktningbeskyttelse. Det er således en iboende sammenheng mellom de grunnleggende ideer om humanitet, rettferdighet og flyktningbeskyttelse. Eksklusjon av "uverdige" asylsøkere er viktig for å bevare flyktningkonvensjonens moralske integritet.

For det annet er det et formål i seg selv å forhindre at personer som har gjort seg skyldig i slike forbrytelser som omhandlet i artikkel 1F, skal kunne utnytte konvensjonsvernet etter flyktningkonvensjonen til å unndra seg utlevering og påfølgende straffeforfølgelse. Dette siste sto særlig i fokus da flyktningkonvensjonen ble utviklet, noe som hadde sammenheng med krigsforbryteroppgjøret etter den annen verdenskrig.

For det tredje bidrar artikkel 1F til å ivareta statenes behov for å nekte adgang til utlendinger som kan utgjøre en sikkerhetsrisiko.

En utlending som det er aktuelt å ekskludere etter artikkel 1F, vil det også kunne være aktuelt å straffeforfølge i Norge. Dersom straffeforfølgning ikke er aktuelt, eller dersom slik forfølgning ikke er aktuell i Norge, er utgangspunktet at den som eventuelt ekskluderes skal sendes ut av landet. På grunn av det absolutte returforbudet som eksisterer i visse typer av situasjoner, vil den som blir ekskludert fra flyktningstatus likevel kunne ha rett til beskyttelse i riket.

I forhold til eksklusjonsklausulene i artikkel 1F (a) og (c), gjelder ingen begrensninger i tid eller rom. Også handlinger som er foretatt etter at utlendingen ble anerkjent som flyktning, og eventuelt også handlinger som er foretatt i tilfluktsstaten, vil derfor kunne gi grunnlag for eksklusjon. Eksklusjonsklausulene i bokstav a og c vil i en slik situasjon også få virkning som "opphørsklausuler".

I forhold til eksklusjonsklausulen i artikkel 1F (b) gjelder imidlertid både geografiske og tidsmessige begrensninger i forhold til hvilke forbrytelser som kan danne grunnlag for eksklusjon. Det er bare forbrytelser foretatt utenfor tilfluktsstaten, før utlendingen fikk adgang til dette land som flyktning, som kan danne grunnlag for eksklusjon. Dersom utlendingen har begått en alvorlig ikke-politisk forbrytelse i tilfluktsstaten eller utenfor tilfluktsstaten etter at vedkommende ankom som flyktning - hvilket vil si det tidspunkt da oppholdstillatelse på grunnlag av et vedtak om anerkjennelse som flyktning ble gitt[44] - kan dette ikke danne grunnlag for eksklusjon eller opphør av flyktningstatus dersom forbrytelsen ikke samtidig kan plasseres under artikkel 1F(a) eller (c). I disse tilfellene skal flyktningen eventuelt straffeforfølges i tilfluktsstaten.

Det forhold at en flyktning utgjør en fare for rikets sikkerhet i tilfuktsstaten, eller at vedkommende eventuelt har blitt domfelt for en særlig alvorlig forbrytelse i tilfluktsstaten og av den grunn utgjør en fare for samfunnet der, gir ikke grunnlag for eksklusjon. I slike tilfeller kan det derimot være aktuelt å vurdere unntak fra vernet mot utsendelse, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 33(2), se fremstillingen i kapittel 6.4.2.1.

I EUs statusdirektiv er det på tross av det som er beskrevet over, fastsatt i artikkel 14 nr. 4 og 5 at medlemsstatene også i artikkel 33(2)-tilfellene skal kunne nekte flyktningstatus, eller tilbakekalle, oppheve eller unnlate å fornye slik status. I realiteten innebærer dette at man i EU-sammenheng har

44. Denne tolkningen er lagt til grunn i EUs statusdirektiv artikkel 12

åpnet for en videre adgang til eksklusjon enn hva det etter en tradisjonell oppfatning har blitt ansett at flyktningkonvensjonen tillater. Dersom andre beskyttelsesinstrumenter enn flyktningkonvensjonen er til hinder for retur på tross av et eventuelt eksklusjonsvedtak, fastsetter direktivutkastet likevel at utlendingen skal ha rett til å nyte visse grunnleggende rettigheter så lenge han eller hun oppholder seg i medlemsstaten, jf. statusdirektivet artikkel 14B nr. 6.

Som et overordnet prinsipp for tolkningen av artikkel 1F har UNHCR fremholdt at statene må foreta en restriktiv tolkning av denne klausulen, med bakgrunn i de alvorlige konsekvenser en eksklusjon vil kunne medføre, jf. UNHCRs *Guidelines* fra 2003.[45]

> "[G]iven the possible serious consequences of exclusion, it is important to apply them with great caution and only after a full assessment of the individual circumstances of the case. The exclusion clauses should, therefore, always be interpreted in a restrictive manner." [46]

Dette anbefalte utgangspunktet for tolkningen utfordres imidlertid ved at det i dag finnes andre internasjonale beskyttelsesinstrumenter som sikrer vern mot utsendelse til de alvorligste formene for overgrep, jf. kapittel 6.4.2.2 til 6.4.2.5. I forhold til de stater som er forpliktet til å gi vern under slike internasjonale beskyttelsesinstrumenter, eller hvor et slikt beskyttelsesvern uansett følger av nasjonal lovgivning, vil derfor ikke argumentene for en varsom tolkning av artikkel 1F ha samme vekt. Det subsidiære utsendelsesvernet vil være et vektig argument for en utvidet tolkning av hvem som kan anses "uverdige" for anerkjennelse som flyktning, jf. hensynet til å bevare flyktningkonvensjonens moralske integritet.

Blant statene synes den fremherskende oppfatning å være at utviklingen av et sterkere utsendelsesvern under andre menneskerettsinstrumenter er et argument for en utvidet adgang til å ekskludere fra flyktningstatus. Resultatet kan da bli at vedkommende inntil videre får bli, men ikke har krav på samme status eller rettsposisjon som en flyktning. Også EU's statusdirektiv bærer klart preg av at eksklusjonsklausulene i første rekke blir ansett å ha betydning for statusvurderingen og ikke beskyttelsesspørsmålet.

Beviskravet etter flyktningkonvensjonen artikkel 1F er hvorvidt det er "alvorlig grunn til å anta" at utlendingen har begått slike handlinger som nevnt i artikkel 1F(a) til (c).

Et særskilt spørsmål som er nært knyttet til bevisvurderingen, er hvor langt et medvirkningsansvar under artikkel 1F strekker seg i forhold til handlinger begått av andre. Mens det som oftest i praksis vil kunne søkes veiledning fra tolkningen av straffeansvarsbestemmelser i annen folkerett i forhold til artikkel 1F(a) og 1F(c), gjelder dette ikke på samme måte i forhold til slike ikke-politiske forbrytelser som artikkel 1F(b) refererer seg til.

Terje Einarsen gir følgende introduksjon til problemstillingen:

> "I en rekke av verdens verste konfliktområder hvor det kommer asylsøkere fra, er den ytre situasjonen nettopp karakterisert av at regimer som selv begår grove brudd på menneskerettighetene, utfordres av væpnede frigjøringseller motstandsbevegelser eller mindre grupper av samme slag som også tar i bruk metoder som - i varierende omfang - rammer sivilbefolkningen. En kan f eks tenke på situasjonen i land som Afghanistan, Sri Lanka, Tsjetsjenia, Liberia og Colombia. I de tilfeller hvor det kommer frem at søkeren har vært medlem av en slik organisasjon, vil et sentralt rettsspørsmål kunne være hvor langt ansvaret for andre medlemmers handlinger går. En grunn til at dette spørsmålet er praktisk viktig, er at det av bevismessige grunner kan være vanskelig å få detaljert nok kjennskap til søkerens egne handlinger, med mindre søkeren allerede i utgangspunktet forklarer seg om sin egen konkrete deltagelse." [47]

Medvirkningsspørsmålet har også særlig relevans i forhold til medlemmer av grupper som nasjonalt eller internasjonalt utfører terroristhandlinger i form av attentater, flykapringer mv.

UNHCR har blant annet gitt følgende generelle kommentarer i sine Guidelines:

> "In general, individual responsibility flows from the person having committed, or made a substantial contribution to the commission of the criminal act, in the knowledge that his or her act or omission would facilitate the criminal conduct. The individual need not physically have committed the criminal act in question. Instigating, aiding and abetting and participating in a joint criminal enterprise can suffice.
>
> The fact that a person was at some point a senior member of a repressive government or a member of an organisation involved in unlawful

45. Application of the Exclusion Clauses: Article 1F (HCR/GIP/03/05)
46. Jf. tilsvarende håndboken punkt 149.
47. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 589

violence does not in itself entail individual liability for excludable acts. A presumption of responsibility may, however, arise where the individual has remained a member of a government clearly engaged in activities that fall within the scope of Article 1F. Moreover, the purposes, activities and methods of some groups are of a particularly violent nature, with the result that voluntary membership thereof may also raise a presumption of individual responsibility. Caution must be exercised when such a presumption of responsibility arises, to consider issues including the actual activities of the group, its organisatinal structure, the individual`s position in it, and his or her ability to influence significantly its activities, as well as the possible fragmentation of the group. Moreover, such presumptions in the context of asylum proceedings are rebuttable.

As for ex-combatants, they should not necessarily be considered excludable, unless of course serious violations of international human rights law and international humanitarian law are reported and indicated in the individual case."

I EUs statusdirektiv er det presisert i artikkel 12 nr. 3 at også personer "who instigate or otherwise participate in the commission of" slike forbrytelser som nevnt i artikkel 1F, skal ekskluderes.

Både UNHCR og flere kommentatorer på feltet har argumentert for at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering slik at "the gravity of the offence in question is weighed against the consequences of exclusion."[48] Da temaet ble drøftet under *Lisbon Roundtable* som ledd i *Global Consultations*, fremkom det imidlertid at en slik proporsjonalitetsvurdering i liten grad anvendes i stater hvor retten til beskyttelse uansett er sikret under subsidiære beskyttelsesinstrumenter.[49]

Eksklusjon etter artikkel 1F(a)

Flyktningkonvensjonen artikkel 1F(a) er en dynamisk bestemmelse som er nær knyttet til den internasjonale strafferetten, jf. håndboken punkt 150:

"Når den omtaler forbrytelser mot freden, krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten, refererer konvensjonen generelt til "internasjonale avtaler som tar sikte på å gi bestemmelser om slike forbrytelser"."

Artikkel 1F(a) må således tolkes i lys av en rekke forskjellige og stadig nye instrumenter og bestemmelser innenfor internasjonal strafferett. Roma-statuttene som etablerte Den internasjonale straffedomstolen (ICC), utgjør - sammen med statuttene for Jugoslavia-domstolen og Rwanda-domstolen - den siste utviklingen av instrumenter innenfor internasjonal strafferett som vil være av stor betydning for tolkningen av artikkel 1F(a). Eksklusjonsklausulen i artikkel 1F(a) har imidlertid hatt liten eller ingen anvendelse i norsk praksis.

Eksklusjon etter artikkel 1F(b)

I norsk praksis er det artikkel 1F(b) som har hatt størst praktisk betydning som grunnlag for eksklusjon. Det er også grunn til å anta at det er denne klausulen som vil ha størst aktualitet i fremtiden som følge av at den retter seg mot ikke-politiske forbrytelser.

Eksklusjonsklausulen i artikkel 1F(b) reiser vanskelige tolkningsspørsmål, blant annet i forhold til hva som kan anses som en "alvorlig forbrytelse", og hva som ligger i begrepet "ikke-politisk forbrytelse".

I forhold til hva som kan regnes som "alvorlig forbrytelse", er følgende uttalt i UNHCR *Guidelines* punkt 14:

"In determining whether a particular offence is sufficiently serious, international rather than local standards are relevant. The following factors should be taken into account: the nature of the act, the actual harm inflicted, the form of procedure used to prosecute the crime, the nature of the penalty, and whether most jurisdictions would consider it a serious crime. Thus, for example, murder, rape and armed robbery would undoubtedly qualify as serious offences, whereas petty theft would obviously not."

Det er med andre ord sterkt fordømmelsesverdige handlinger som skal føre til eksklusjon.

I forhold til skillet mellom politiske og ikke-politiske forbrytelser, er blant annet følgende av særlig interesse kommentert i UNHCR *Guidelines* para. 15:

"A serious crime should be considered non-political when other motives (such as personal resasons or gain) are the predominant feature of the specific crime committed. [...] Egregious acts of violence, such as acts those commonly considered to be of a "terrorist" nature, will almost certainly fail the predominance test, being wholly disproportionate to any political objective. Furthermore, for a crime to be regarded as political in nature, the political objectives

48. UNHCR Guidelines para. 24
49. Jf. konklusjon nr. 12 fra Lisbon Roundtable.

should be consistent with human rights principles."

Eksklusjon etter artikkel 1F(c)

I håndboken er blant annet følgende angitt om eksklusjonsgrunnlaget i artikkel 1F(c):

> "Det vil sees at denne meget generelt formulerte utelukkelsesklausulen overlapper utelukkelsesklausulen i artikkel 1F(a); for det er åpenbart at en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten også er en handling i strid med FNs formål og prinsipper. Mens artikkel 1F(c) ikke introduserer noen bestemte nye elementer, er den ment generelt å omfatte handlinger som er i strid med FNs formål og prinsipper som ikke måtte være godt nok dekket av de to forutgående utelukkelsesklausulene. Sett i denne sammenheng må det antas – selv om det ikke er uttrykkelig uttalt – at handlinger omfattet av denne klausulen også må være av kriminell art".[50]

Det følger av dette at artikkel 1F(c) i praksis har mindre betydning som selvstendig eksklusjonsgrunn.

6.3 Overføringsflyktninger

Utlendingsloven § 17 første ledd fastsetter at bare flyktning som er i riket eller på norsk grense har krav på asyl. En søknad om asyl fremsatt fra utlandet vil derfor bli avslått på formelt grunnlag. Beskyttelsestrengende som oppholder seg utenlands kan likevel få asyl ved å bli overført til Norge med innreisetillatelse gjennom en egen ordning for såkalte overføringsflyktninger. Her er det satt begrensninger i forhold til hvor mange som får komme. Overføringsflyktninger har derfor ofte vært omtalt som kvoteflyktninger.[51]

Regler om overføring av flyktninger er gitt i utlendingsloven §§ 21 og 22. De aller fleste overføringsflyktninger som kommer til Norge er personer som UNHCR går inn for å overføre fra det landet de først søkte tilflukt i, fordi det ikke er utsikter til at flyktningene kan integreres der, og muligheten for å returnere til hjemlandet er minimal. UNHCR ber først og fremst om gjenbosetting for flyktninger som står i fare for å bli sendt tilbake til en farefull situasjon i hjemlandet, og flyktninger som er i fare i det første asyllandet. I tillegg ber UNHCR om gjenbosetting for flyktninger som ikke får nødvendig medisinsk behandling i førstelandet, for særlig traumatiserte flyktninger og flyktninger som har familie i et tredjeland.

Det har vært bred politisk enighet om at Norges folkerettslige og humanitære forpliktelser tilsier en viss flyktninginnvandring. I St.meld. nr. 39 (1987-88) Om innvandringspolitikken ga Regjeringen uttrykk for at konvensjonsflyktninger skulle prioriteres, med unntak av grupper og enkeltpersoner som har sterke grunner for å søke tilflukt her. Det ble påpekt at et høyt antall asylsøkere ville redusere Norges muligheter til å motta overføringsflyktninger, som ofte befinner seg i en svakere posisjon enn mange asylsøkere. En liberal asylpolitikk ble ansett å føre til at personer med økonomiske midler kunne fristes til å reise direkte til det landet de ønsket å søke asyl i, inklusive dem som har muligheten til å søke beskyttelse gjennom UNHCR i nærheten av hjemlandet. Man slo fast at en slik fremgangsmåte innebærer en urettferdighet i forhold til flyktninger som ikke har mulighet til å komme seg videre ved egen hjelp. Å kanalisere flest mulig asylsøkere gjennom UNHCR ble også ansett å kunne redusere omfanget av menneskesmuglergeskjeften, som undertiden kan ta form av utnyttelse av vanskeligstilte. Regjeringen la til grunn at man, så langt det var forsvarlig, burde arbeide for å dreie flyktninginnvandringen over fra asylsøkere til overføringsflyktninger. I forbindelse med vedtakelsen av utlendingsloven ga også Stortingets justiskomité uttrykk for at et høyt antall asylsøkere vil redusere Norges muligheter til å motta overføringsflyktninger. I januar 1997 ble det for øvrig vedtatt en bestemmelse om kollektiv beskyttelse i masseflyktsituasjoner, som supplerer reglene om overføringsflyktninger, jf. kapittel 6.10.1.

Hvorvidt en person som overføres skal innvilges flyktningstatus i Norge, avgjøres av Utlendingsdirektoratet, som foretar en selvstendig vurdering av om utlendingen fyller vilkårene. Det er med andre ord ingen automatikk i at flyktningstatus og asyl innvilges. Alternativet er at de får opphold på humanitært grunnlag. I de tilfeller der avgjørelsen av statusspørsmålet tas etter innreisen, skal direktoratet legge tilbørlig vekt på om søkeren hadde grunn til å regne med å bli behandlet som flyktning, jf. utlendingsloven § 21 annet ledd. De aller fleste som overføres innvilges flyktningstatus.

Av praktiske grunner er det begrenset hvilke saksbehandlingsregler som gjelder i saker om overføring av flyktninger. Reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V om saksforberedelse og vedtak gjelder ikke, jf. utlendingsloven § 22 tredje ledd første punktum.[52] Videre er klageadgangen begrenset. Utlendingsloven § 22 tredje ledd annet

50. Håndboken punkt 162.
51. Se for eksempel St.meld. nr. 39 (1987-88) Om innvandringspolitikken s. 7.

punktum slår fast at Utlendingsdirektoratets vedtak bare kan påklages "av den hvis sak det uttrykkelig er tatt stilling til."

I utlendingsforskriften § 80 første ledd annet punktum er det presisert at "sak mottatt til vurdering i forbindelse med overføring anses ikke som sak det uttrykkelig er tatt stilling til."

Det forekommer så å si aldri at avslag på forespørsler om overføring blir påklaget.

Antallet kvote-/overføringsflyktninger Norge har mottatt har variert opp gjennom årene. I 1997 var kvoten på 1000 plasser, og fra 1997 til 2002 på 1500 plasser. I oktober 2002 kunngjorde Kommunal- og regionaldepartementet at man så seg nødt til å halvere kvoten for 2003 fra 1500 til 750 på grunn av den sterke tilstrømmingen av asylsøkere. Også kvoten for 2004 er satt til 750 personer. Regjeringen har besluttet å ta imot 1000 overføringsflyktninger i 2005, og vil deretter vurdere en ytterligere økning.[53]

6.4 Vernet mot retur – "non refoulement"

6.4.1 Innledning

Både i folkeretten og i de fleste nasjonalstaters lovgivning eksisterer det ulike typer av forbud mot at utlendinger returneres til visse former for alvorlige overgrepssituasjoner.

Både i internasjonal og i norsk terminologi omtales slike forbud gjerne under vignetten *non-refoulement*. Uttrykket er avledet av det franske ordet *refouler*, som betyr å "drive tilbake" eller "avskjære".

I den videre fremstilling vil det bli gitt en beskrivelse av non refoulement-prinsippets innhold og rekkevidde i folkeretten så langt det har betydning for Norges internasjonale forpliktelser (kapittel 6.4.2.1 til 6.4.2.5). Det vil videre bli gitt en vurdering av forholdet mellom de folkerettslige forpliktelsene og returvernet i gjeldende utlendingslov (kapittel 6.4.3).

6.4.2 Vernet mot utsendelse – internasjonale forpliktelser

6.4.2.1 Flyktningkonvensjonen artikkel 33

Flyktningkonvensjonen har en egen bestemmelse om vern mot utsendelse i artikkel 33(1):

> "Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe."

Det er grunn til å understreke at vernet etter artikkel 33(1) ikke er avhengig av at det har funnet sted en formell flyktninganerkjennelse. Også en asylsøker må ha rett til vern etter artikkel 33(1) inntil det er tatt stilling til om vedkommende oppfyller vilkårene for anerkjennelse som flyktning. Statene kan heller ikke komme unna sine forpliktelser under konvensjonen ved å operere med et snevert nasjonalt flyktningbegrep.

I henhold til alminnelig lære må forfølgelsesbegrepet i artikkel 33(1) ("hvor hans liv eller frihet ville være truet") tolkes i samsvar med forfølgelsesbegrepet i artikkel 1A(2). Etter artikkel 1A(2) er det ikke nødvendigvis et krav om at det skal foreligge en trussel mot "liv eller frihet". Dersom man skulle fastholde at artikkel 33(1) bare gjelder i situasjoner hvor det foreligger en trussel mot "liv eller frihet", ville det oppstå en situasjon hvor asylsøkeren får rett til anerkjennelse som flyktning, uten samtidig å ha rett til det mest sentrale og grunnleggende element i flyktningvernet - retten til vern mot utsendelse etter artikkel 33(1).

Vernet mot utsendelse etter artikkel 33(1) er ikke absolutt. For det første har flyktningkonvensjonen egne eksklusjonsklausuler (jf. kapittel 6.2.8), og de som faller inn under disse eksklusjonsklausulene, vil ikke kunne påberope utsendelsesvernet etter artikkel 33(1). (Den som er ekskludert kan imidlertid påberope et eventuelt vern etter andre internasjonale beskyttelsesinstrumenter, som for eksempel EMK, SP, Torturkonvensjonen mv.) For det andre fastsetter flyktningkonvensjonen artikkel 33(2) unntak fra vernet etter første ledd også utenfor eksklusjonstilfellene:

> "Denne bestemmelse skal dog ikke kunne påberopes av en flyktning som med rimelig grunn anses for en fare for det lands sikkerhet hvor han befinner seg, eller som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for samfunnet i vedkommende land."

I de tilfeller hvor artikkel 33(2) kommer til anvendelse, kan flyktningen altså returneres uten at det foreligger grunnlag for eksklusjon eller tilbakekall av flyktningstatus.[54]

52. NOU 1983:47 s. 365 og Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 213
53. Pressemelding 26.08.2004

54. Jf. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 597-598:
"Vedkommende person vil [ ] forbli flyktning inntil han eller hun er blitt fysisk returnert til hjemlandet, men et helt vesentlig element i flyktningvernet er da falt bort."

Ved tolkningen av artikkel 33(2) må det has i mente at det gjennom utviklingen på menneskerettsfeltet har blitt etablert en absolutt skranke mot retur til de groveste formene for menneskerettskrenkelser, så som tortur, umenneskelig og nedverdigende behandling, jf. kapittel 6.4.2.5. Et spørsmål som er gjenstand for en viss uenighet, er om denne utviklingen skal anses å ha direkte betydning for tolkningen av flyktningkonvensjonen artikkel 33(2) slik at unntaksbestemmelsen på tross av ordlyden ikke åpner for retur heller i disse tilfellene, eller om vernet mot retur til de groveste formene for menneskerettskrenkelser eventuelt må utledes direkte av andre supplerende beskyttelsesinstrumenter. I forhold til stater som uansett er bundet av EMK artikkel 3 mv., er dette spørsmålet kun av teoretisk interesse, og utvalget går derfor ikke nærmere inn på det.

Etter det første alternativet i artikkel 33(2) kan det gjøres unntak fra returvernet for flyktning "som med rimelig grunn anses for en fare for det lands sikkerhet hvor han befinner seg".

Det vil være opp til den enkelte stat å avgjøre om flyktningen er å anse som en sikkerhetstrussel. Det vises til kapittel 13.5 om begrepet "rikets sikkerhet".

Etter det andre alternativet i artikkel 33(2) gjelder det et unntak fra returvernet for flyktning som:

> " har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for samfunnet i vedkommende land."

I en sak for Oslo byrett - M.V. mot staten (1997) - ble spørsmålet om anvendelsen av unntaksklausulen i artikkel 33(2) kommentert av UNHCR. Flyktningen var dømt til fengsel i 14 måneder for fem tilfeller av voldsforbrytelser; to tilfeller av legemsfornærmelser med skade til følge, ett tilfelle av legemsbeskadigelse, ett tilfelle av grov legemsbeskadigelse og ett tilfelle av grov legemsbeskadigelse med særlig farlig redskap. Saken gjaldt ikke direkte anvendelsen av artikkel 33(2), men opphørsklausulen i artikkel 1C(5) og utvisning. I forbindelse med sin uttalelse i saken bemerket UNHCR likevel følgende i forhold til artikkel 33(2):

> "The exception [ ], contained in article 33(2) of the 1951 Convention, is not applicable in this case given, in particular, the nature of his crimes."

Utvalgets drøftelser fremgår i kapittel 6.9.8.

6.4.2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) artikkel 3 oppstiller et forbud mot at noen utsettes for "tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff."

Gjennom praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (Menneskerettsdomstolen) er det fastslått at EMK artikkel 3 ikke bare er forpliktende i forhold til statenes handlinger på eget territorium, men at bestemmelsen også har såkalt ekstraterritoriell virkning. Dette innebærer at statene er forpliktet til å avstå fra å returnere noen til et land eller område hvor de vil risikere å bli utsatt for slike overgrep som EMK artikkel 3 forbyr.

Forbudet mot tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling i EMK artikkel 3 er helt generelt i den forstand at det ikke er nødvendig å påvise noen bestemt grunn til at man risikerer å bli utsatt for krenkelse for å kunne påberope seg vernet etter bestemmelsen. Også den som risikerer tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling i forbindelse med ellers lovmessig straffeforfølgning i hjemlandet, vil derfor kunne påberope seg det ekstraterritorielle vernet.

Det gjelder heller ikke et krav om at det er myndighetene i returlandet som står bak trusselen om overgrep, eller at de kan gjøres folkerettslig ansvarlig for de potensielle overgrepene. Også en risiko for tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling i forbindelse med en krigs- eller borgerkrigssituasjon, eller i tilknytning til andre situasjoner med utbredt vold og uroligheter, vil derfor kunne utløse et vern mot retur etter EMK artikkel 3.[55] Tilsvarende vil det også kunne foreligge et vern mot retur selv om det er private aktører som står bak trusselen om overgrep, dersom myndighetene i hjemstaten er uten vilje eller ute av stand til å gi nødvendig beskyttelse. Det vises i denne sammenheng til Menneskeretttsdomstolens uttalelser i saken *H.L.R mot Frankrike* (1997).[56] Saken gjaldt spørsmålet om mulig vern mot utsendelse til Colombia av en narkotikadømt colombianer (H.L.R) som hadde samarbeidet med fransk politi etter at han selv ble arrestert. I forhold

55. Jf. i denne sammenheng saken Ahmed mot Østerrike (1996) (appl. no. 25964/94). Ahmed var tidligere innvilget flyktningstatus i Østerrike, og domstolen fant at en retur til Somalia som følge av tilbakekall av flyktningstatus på grunn av en straffedom, ville være i strid med artikkel 3. Det ble vist til at situasjonen i Somalia ikke var endret etter at Ahmed var innvilget flyktningstatus. Domstolen viste særlig til Kommisjonens beskrivelse av situasjonen i Somalia (para. 44): "The country was still in a state of civil war and fighting was going on between a number of clans vying with each other for control of the country. There was no indication that the dangers to which the applicant would have been exposed in 1992 had ceased to exist or that any public authority would be able to protect him."

56. Appl. no. 24573/94

til anvendelsesområdet for EMK artikkel 3 uttalte Menneskerettsdomstolen:

> "Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection." [57]

Et særskilt spørsmål er om det også utenfor de situasjoner hvor det foreligger en risiko for overgrep ved retur, kan foreligge et vern etter EMK artikkel 3. Dette er relevant i forhold til saker hvor tungtveiende humanitære hensyn kan tale mot en utsendelse.

Saken *D mot UK* (1997) gjaldt spørsmålet retur av en AIDS-syk mann, D, til St. Kitts.[58] D var straffedømt for innføring av narkotika til Storbritannia og det var fattet vedtak om utvisning. D hadde på tidspunktet for Menneskerettsdomstolens avgjørelse bare noen få måneder igjen å leve i henhold til de medisinske prognosene. Det ble lagt stor vekt på at D hadde et etablert et behandlingsmiljø rundt seg i Storbritannia og at det ville få dramatiske konsekvenser å gjennomføre en retur til St. Kitts hvor pleiesituasjonen ville være en helt annen.

Menneskerettsdomstolen uttalte blant annet følgende om anvendelsesområdet for artikkel 3 i denne typen saker:

> "It is true that this principle has so far been applied by the Court in context in which the risk to the indiviual of being subjected to any of the proscribed forms of treatment in the receiving country or from the proscribed forms of treatment emanates from intentionally inflicted acts of the public authorities in the receiving country or from those of non-State bodies in that country when the authorities there are unable to afford him appropriate protection. [ ]
>
> Aside from these situations and given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, the Court must reserve to itself sufficient flexibility to address the application of that Article in other contexts which might arise. It is not therefore prevented from scrutinising an applicant's claim under Article 3 where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article (art. 3). To limit the application of Article 3 in this manner would be to undermine the absolute character of its protection. In any such contexts, however, the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny, especially the applicant's personal situation in the expelling State." [59]

Menneskerettsdomstolen bemerket videre:

> "Although it cannot be said that the conditions which would confront him in the receiving country are themselves a breach of the standards of Article 3, his removal would expose him to a real risk of dying under most distressing circumstances and would thus amount to inhuman treatment." [60]

Menneskerettsdomstolens argumentasjon viser at det ikke er et vilkår for krenkelse at man risikerer en overgrepshandling etter retur, men at man ut fra en totalvurdering av søkerens situasjon i oppholdsstaten, sammenholdt med den forventede situasjonen i mottakerstaten, kan komme til at selve utsendelsen må karakteriseres som "umenneskelig behandling".

Menneskerettsdomstolen og kommisjonen har i senere avgjørelser fremholdt at det var "exceptional circumstances" som var avgjørende i *D mot UK*. Den prinsipielle holdningen til at det også utenfor de rene overgrepstilfeller kan være humanitære forhold som leder til at en utsendelse må anses som en krenkelse av artikkel 3, står imidlertid ved lag.

I forhold til de situasjoner hvor spørsmålet gjelder beskyttelse mot overgrep, er spørsmålet hvilke krav som kan stilles til alvoret av det mulige overgrepet.

Alle tilfeller av tortur vil også være å anse som umenneskelig og nedverdigende behandling. Det vil derfor ikke være nødvendig i ekstraterritoriell sammenheng å ta stilling til grensedragningen mellom tortur på den ene side og umenneskelig og nedverdigende behandling på den annen side. Det aktuelle tolkningsspørsmålet vil normalt være hvilket alvor en krenkelse må ha for å utgjøre *umenneskelig eller nedverdigende behandling*.

Tradisjonelt har det vært antatt at ikke enhver handling som utgjør forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand, også utgjør umenneskelig eller nedverdigende behandling i henhold til EMK artikkel 3. Det har med andre ord blitt stilt strengere krav til alvoret ved det aktuelle overgrep når

57. Para. 40
58. Appl. no. 30240/96
59. Para. 49
60. Para. 53

vurderingen har blitt foretatt i forhold til EMK artikkel 3.

Menneskerettsdomstolen anvender gjerne følgende standardformulering for å beskrive hvilket alvor en handling må ha for å utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 3:

> "[I]ll-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim."[61]

Når det gjelder beviskravet og kravet til risiko etter artikkel 3, formulerer Menneskerettsdomstolen dette normalt som et krav om at "substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if deported, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country." [62]

Det er formuleringen "substantial grounds have been shown" som her gir en presisering av beviskravet, mens formuleringen "a real risk" gjelder risikokravet. I forhold til risikokravet pleier Menneskerettsdomstolen normalt også å bemerke følgende:

> "The Court's examination of the existence of a risk of ill-treatment in breach of Article 3 at the relevant time must necessarily be a rigorous one in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe." [63]

En drøftelse av risikoterskelen etter EMK artikkel 3 er foretatt av Terje Einarsen, særlig under henvisning til domstolens avgjørelser i sakene *Soering mot UK*, *Cruz Varas mot Sverige*, *Vilvarajah m.fl. mot UK*, *Ahmed mot Østerrike*, *Chahal mot England* og *H.L.R. mot Frankrike*.[64] Det fremgår at praksis neppe gir et bilde av at domstolen har operert med et konsekvent krav til terskelen for bevis eller risiko.

I det følgende skal domstolens avgjørelser i to saker presenteres kort. Det gjelder *Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia*[65] og *H.L.R. mot Frankrike*.

Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia (1991) gjaldt fem tamiler fra Sri Lanka som hadde søkt asyl i Storbritannia. De ble returnert til Sri Lanka i 1988. Tre av de fem hevdet at de hadde blitt utsatt for mishandling av henholdsvis indiske fredsstyrker og lankesisk politi ved retur. Alle fem fikk vende tilbake til Storbritannia i 1989 og ble innvilget midlertidig opphold. Spørsmålet om hvorvidt den tidligere utsendelsen var i strid med artikkel 3 ble likevel prøvet for Domstolen.

Domstolen fant at det ikke forelå krenkelse, og begrunnet sin avgjørelse med blant annet følgende:

> "The evidence before the Court concerning the background of the applicants, as well as the general situation, does not establish that their personal position was any worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country. Since the situation was still unsettled there existed the possibility that they might be detained and ill-treated as appears to have occured previously in the Eur. Court HR, Case of some of the applicants [ ]. A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3." [66]

H.L.R mot Frankrike gjaldt som nevnt en mann fra Colombia som ble utvist fra Frankrike etter å ha blitt dømt til 5 års fengsel for smugling av 580 gram kokain. Han hadde samarbeidet med fransk politi og navngitt tre andre som var involvert i smuglingen. En av de tre ble arrestert som følge av samarbeidet og hadde fremsatt trusler overfor H.L.R på grunn av arrestasjonen og H.L.R.s samarbeid med fransk politi. Vedkommende var nå returnert til Colombia og H.L.R. anførte at han risikerte å bli likvidert ved en eventuell retur. I saken ble det fremlagt et brev fra H.L.Rs tante i Colombia hvor det fremkom at det var fremsatt trusler mot H.L.R. Det ble anførte at samfunnets sentrale institusjoner i Colombia var infiltrert eller korrumpert av narkotikakartellene, og at staten i realiteten var ute av stand til å gi H.L.R. beskyttelse. Det ble i denne sammenheng vist til at bare 10% av drapene i Colombia ledet til domfellelse gjennom rettssystemet.

Menneskerettsdomstolen uttalte blant annet følgende i forhold til risikovurderingen:

> "Although drug traffickers sometimes take revenge on informers, there is no relevant evidence to show in H.L.R.`s case that the alleged risk is real. His aunt's letters cannot by themselves suffice to show that the threat is

61. Cruz Varas v. Sverige, 15576/89
62. For eksempel Ahmed mot Østerrike (25964/94)
63. Vilvarajah m.fl. mot UK, jf. presentasjon av dommen nedenfor.
64. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 439-451
65. Appl. no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87
66. Para. 11

real. Moreover, there are noe documents to support the claim that the applicant's personal situation would be worse than that of other Colombians, were he to be deported.

[ ]

The Court is aware, too, of the difficulties the Colombian authorities face in containing the violence. The applicant has not shown that they are incapable of affording him appropriate protection." [67]

Terje Einarsen har blant annet kommentert følgende i tilknytning til dommen:

"Det er [ ] sannsynlig at Domstolen foretrekker å kunne balansere virkningen av sitt (reelle) *prinsipielle* standpunkt - som nok ikke blir delt av alle statsmyndigheter i medlemsstatene - med et særlig strengt beviskrav, eventuelt med en utvei til en høyere risikoterskel i de mest "provoserende" enkeltsakene. Det er ikke helt urimelig å tolke avgjørelsen i H.L.R. nettopp i dette lys." [68]

Et videre spørsmål er om det i ekstraterritoriell sammenheng gjelder et unntak fra vernet i EMK artikkel 3, for eksempel i forhold til personer som truer rikets sikkerhet eller er mistenkt for terrorisme, og eventuelt er begjært utlevert av en annen stat. I henhold til EMK artikkel 15 nr. 2 tilhører EMK artikkel 3 de ikke-derogable (ikkefravikelige) rettighetene i konvensjonen. I saken *Chahal mot UK* (1996) fastslo Menneskerettsdomstolen under dissens 12-7 at EMK artikkel 3 er ufravikelig også i ekstraterritoriell sammenheng.[69] Problemstillingen i saken var om Chahal, som var mistenkt for medvirkning til terrorisme i India og som britiske myndigheter anså som en alvorlig sikkerhetsrisiko i Storbritannia, kunne utvises til India. Menneskerettsdomstolen understreket at artikkel 3 gir uttrykk for en av de mest grunnleggende verdier i et demokratisk samfunn og at bestemmelsen setter et absolutt forbud mot tortur eller umenneskelig behandling eller straff, uavhengig av det potensielle offerets egne handlinger. Bestemmelsen åpner ikke for unntak, og det er ikke tillatt å fravike forbudet. Det er heller ikke rom for å balansere risikoen for slik behandling mot grunnlaget for utsendelsen:

"Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society [ ]. The Court is well aware of the immense difficulties by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocol Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation [ ].

[ ]

The prohibition provided by Article 3 against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such ill-treatment is engaged in the event of expulsion [ ]. In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 is thus wider than that provided by Article 32 and of 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees [ ]." [70]

Mindretallet i Chahal-saken tok til orde for at det burde kunne foretas en avveining av risikoen for individet mot statens sikkerhetsbehov.

Etter at Chahal-saken ble avgjort i 1996, har terrorbekjempelse kommet i fokus på en helt ny måte som følge av den internasjonale utviklingen. Av særlig interesse er FNs sikkerhetsråds utferdigelse av resolusjon 1373 av 28.09.2001. Resolusjonen inneholder dels bindende normer som er adressert til alle stater (riktig nok slik at det folkerettslig kun er FNs medlemsstater som blir direkte rettslig forpliktet, jf. resolusjonens punkt 1 og 2), og dels oppfordringer til statene om å iverksette nærmere tiltak for å forhindre og motvirke terrorisme (punkt 3). I tillegg pekes det på det nære forholdet mellom internasjonal terrorisme og organisert kriminalitet (punkt 4), og det erklæres at terrorisme strider mot FNs formål og prinsipper (punkt 5). I det følgende skal de utsagn som antas å ha utlendingsrettslig betydning kommenteres.

I punkt 2 bokstav c er det bestemt at alle stater skal nekte trygt tilholdssted ("safe haven") for dem som finansierer, planlegger, støtter eller begår terrorhandlinger, eller som tilbyr trygt tilholdssted. Hva dette nærmere bestemt innebærer i relasjon til

67. Para. 42 og 43
68. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 449
69. Appl. no. 22414/93
70. Para. 79 og 80

asyl og asylrelaterte spørsmål, kan være diskutabelt. Bestemmelsen synes primært å rette seg mot stater som av politiske, religiøse eller ideologiske grunner med viten og vilje gir ly til terrorister. Den kan ikke tolkes slik at statene ikke kan gi terrormistenkte noen som helst beskyttelse mot forfølgelse, tortur eller umenneskelig behandling (jf. nedenfor). Bestemmelsen kan heller ikke tolkes slik at det skal gjelde en ubetinget plikt til å utvise terrorister. Dette følger av sammenhengen med punkt 2 bokstav e om at terrorister skal bringes for retten (straffeforfølges), i praksis enten i oppholdsstaten eller i et annet land etter begjæring om utlevering. Punkt 2 bokstav c kan utvilsomt ikke forstås slik at terrormistenkte ikke skal nyte godt av rettssikkerhetsgrantier.

Etter punkt 3 bokstav f skal statene se til at asylsøkere som har planlagt, tilrettelagt for eller deltatt i gjennomføringen av terrorhandlinger ikke blir innrømmet flyktningstatus. De nødvendige tiltak for dette formål skal treffes i samsvar med bestemmelser i nasjonal rett og folkeretten, som inkluderer menneskerettighetene. Nært beslektet er oppfordringene om å hindre at status som flyktning blir misbrukt til å begå terrorhandlinger og at politiske motiver blir brukt som grunnlag for å avslå begjæringer om utlevering av antatte terrorister (etter punkt 3 bokstav g).

Med bakgrunn i det som her er gjennomgått kan det ikke hevdes at resolusjon 1373 på noe punkt er uforenlig med eksistensen av et absolutt vern mot tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling. Menneskerettsdomstolens avgjørelse i Chahal-saken stenger heller ikke for utelukkelse fra flyktningstatus eller tilbakekall av en begunstiget oppholdsstatus, eller for straffeforfølgning innenfor menneskerettslige rammer.

Når det gjelder spørsmålet om retur til dødsstraff, har Norge sluttet seg til forbudene mot dødsstraff som er fastsatt i tilleggsprotokoller til EMK.[71]

6.4.2.3 *Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 7*

I FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 7 finnes en bestemmelse som svarer til EMK artikkel 3, og som fastsetter at ingen må "utsettes for tortur eller for grusom, umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff. I særdeleshet må ingen, uten sitt frie samtykke, utsettes for medisinske eller vitenskapelige eksperimenter."

Gjennom Menneskerettskomiteens praksis har også denne bestemmelsen fått ekstraterritoriell virkning. I sin *General Comment* nr. 20 (1992) uttalte Menneskerettskomiteen:

> "2. The aim of the provisions of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights is to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity.[ ]
>
> 3. The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority.
>
> [ ]
>
> 8. The Committee notes that it is not sufficient for the implementation of article 7 to prohibit such treatment or punishment or to make it a crime. State parties should inform the Committee of the legislative, administrative, judicial and other measures they take to prevent and punish acts of torture and cruel, inhuman and degrading treatment in any territory under their jurisdiction.
>
> 9. In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement. States parties should indicate in their reports what measures they have adopted to that end."

Det er ingenting som tilsier at vernet under SP artikkel 7 er videre enn vernet under EMK artikkel 3.

6.4.2.4 *FNs konvensjon mot tortur artikkel 3*

FNs konvensjon mot tortur (torturkonvensjonen) fastslår i artikkel 3(1) at ingen traktatparter skal utvise, returnere eller utlevere en person til et annet land hvor det er grunn til å tro at vedkommende vil stå i fare for å bli utsatt for tortur. Også

[71] Tilleggsprotokoll nr. 6 som forbyr dødsstraff annet enn i krigstid, og Tilleggsprotokoll nr. 13 som forbyr dødsstraff også i krigstid.

FNs konvensjon om politiske og sivile rettigheter artikkel 7 og EMK artikkel 3 forbyr tortur.

FNs komité mot tortur (Torturkomiteen) behandler klager fra personer som mener seg rammet av brudd på torturkonvensjonen. Forholdsvis mange slike klager er fremsatt av personer som oppholder seg i europeiske land etter å ha fått avslag på søknad om asyl. Torturkomiteen har da uttalt seg om hva som skal til for at en person kan anses vernet mot utsendelse i medhold av torturkonvensjonen artikkel 3(1). Følgende passus er illustrerende for de avgjørelser komiteen har truffet i denne type saker:

> "The Committee must evaluate whether there are substantial grounds for believing that the complainant would be personally in danger of being subjected to torture upon return to Sweden. In assessing the risk, the Committee must take into account all relevant considerations, pursuant to article 3, paragraph 2, of the Convention, including the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights. However, the Committee recalls that the aim of such determination is to establish whether the individual concerned would be personally at risk of being subjected to torture in the country to which he would return. It follows that the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a particular person would be in danger of being subjected to torture upon his return to that country; additional grounds must exist to show that the individual concerned would be personally at risk. Similarly, the absence of a consistent pattern of gross violations of human rights does not mean that a person cannot be considered to be in danger of being subjected to torture in his or her specific circumstances." [72]

I en annen sak har komiteen blant annet vist til sin *General Comment* til artikkel 3:

> "The Committee recalls its General Comment on article 3, which states that the Committee is to assess whether there are 'substantial grounds for believing that the author would be in danger of torture' if returned, and that the risk of torture 'must be assessed on grounds that go beyond mere theory or suspicion'. The risk need not be 'highly probable', but it must be 'personal and present'. [ ] In this regard, in previous decisions, the Committee has determined that the risk of torture must be 'foreseeable, real and personal.'" [73]

Utvalget antar at kravene til bevis og risiko etter EMK artikkel 3 og torturkonvensjonen artikkel 3(1) for praktiske formål er sammenfallende.

6.4.2.5 Non refoulement som folkerettslig sedvanerettsprinsipp

Som det fremgår av kapittel 6.4.2.1 til 6.4.2.4 over, er Norge bundet av flere internasjonale konvensjoner som inneholder særskilte non refoulement-bestemmelser.

Mange kommentatorer fremholder i dag at det innenfor folkeretten har utviklet seg et non refoulement-prinsipp som har fått karakter av folkerettslig sedvanerett, jf. i denne sammenheng også konklusjon nr. 1 fra *Cambridge Expert Roundtable* (9.-10. juli 2001):

> "Non-refoulement is a principle of customary international law".

Det er alminnelig enighet om at ingen kan sendes tilbake til tortur, men for øvrig hersker en viss uenighet om i hvilke situasjoner prinsippet har en absolutt karakter.

Det kan uansett ikke fastslås at det er utviklet noe sedvanerettsprinsipp som har en videre rekkevidde enn hva som følger direkte av de konvensjonsbestemmelser som Norge allerede er bundet av, jf. i denne sammenheng særlig EMK artikkel 3 som fortolket av Menneskerettsdomstolen, og flyktningkonvensjonen artikkel 33. Det som likevel er relevant å ta i betraktning, er at det gjennom statspraksis i mange av de vestlige, asylmottakende land som det er naturlig å sammenligne seg med, gis beskyttelse og opphold til en videre krets av personer enn dem som anses å være vernet mot utsendelse under internasjonale non refoulement-prinsipper. Dette gjennomføres normalt ved at statenes lovgivning åpner for at det også utenfor rekkevidden av de bestemmelser som gir *rett til* beskyttelse (og som gjenspeiler internasjonale konvensjonsforpliktelser), gis opphold til en videre krets av personer. Slik er også situasjonen i Norge, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd.[74]

Et relevant spørsmål i lovgivningsmessig sammenheng er om denne praksisen bør føre til at man eventuelt utvider beskyttelsesbestemmelsenes rekkevidde, enten gjennom å innføre mer vidtrek-

72. Communication No. 228/2003: Sweden. 02/12/2003.CAT/C/31/D/228/2003 para. 7

73. Communication No. 203/2002: Netherlands. 21/11/2003.CAT/C/31/D/203/2002 para. 7.3

74. For en omtale av tilsvarende bestemmelser i andre lands lovgivning, vises det til kapittel 9.

kende beskyttelsesbestemmelser i nasjonal lovgivning, eller gjennom at man i praksis tolker konvensjonsbestemmelsene utvidende. Alternativet er at man holder fast ved en relativt restriktiv tolkning av beskyttelsesbestemmelsene, og viderefører en praksis hvor beskyttelse også innvilges etter en skjønnsmessig vurdering utenfor rammen av de bestemmelser som gir et rettskrav på vern mot retur. Den nærmere drøftelse av disse spørsmål vil bli foretatt i kapittel 6.9.

6.4.3 Vernet mot utsendelse i utlendingsloven

Returforbudet i gjeldende utlendingslov står i § 15 første og tredje ledd, og lyder:

> "Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område. Tilsvarende vern skal gjelde utlending som av liknende grunner som angitt i flyktningdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling.
>
> [ ]
>
> Vernet etter første ledd gjelder ikke utlending som med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet eller som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og som av denne grunn utgjør en fare for samfunnet. Vernet gjelder heller ikke når det foreligger omstendigheter som angitt i flyktningkonvensjonen art. 1F."

Ved en sammenligning av § 15 første og tredje ledd med det som er gjennomgått i kapittel 6.4.2, fremgår det at bestemmelsens ordlyd ikke gir et dekkende uttrykk for Norges internasjonale forpliktelser.

Returforbudet i utlendingsloven § 15 første ledd første punktum er ment å svare til returforbudet i henhold til flyktningkonvensjonen artikkel 33(1). Selv om det samsvarer med ordlyden i artikkel 33(1) at bestemmelsen henviser til situasjoner hvor "liv eller frihet" er truet, må som nevnt konvensjonens formulering på dette punkt tolkes i samsvar med forfølgelsesbegrepet i artikkel 1A(2).

Returforbudet i utlendingsloven § 15 første ledd annet punktum er ment å svare til returforbudet i EMK artikkel 3 og tilsvarende generelle forbud mot retur til de alvorligste formene for overgrep. Mens EMK artikkel 3 nedlegger et forbud mot "tortur eller umenneskelig eller nedverdigende" behandling eller straff, henviser § 15 første ledd annet punktum kun til en nærliggende fare for å "miste livet" eller bli utsatt for "umenneskelig behandling".

Når det gjelder unntaksbestemmelsen i § 15 tredje ledd, svarer denne i første punktum til bestemmelsen i flyktningkonvensjonen artikkel 33(2). I annet punktum er det henvist til flyktningkonvensjonens eksklusjonsklausuler i artikkel 1F. Som det fremgår av fremstillingen i kapittel 6.4.2, vil det ikke være adgang til å oppstille denne type unntak i forhold til vernet etter blant annet EMK artikkel 3.

På tross av de forhold som er påpekt ovenfor, foreligger det ingen direkte motstrid mellom norsk rett og Norges folkerettslige forpliktelser. For det første er EMK og SP del av norsk rett, og for det annet fastsetter utlendingsloven § 4 at loven skal anvendes i samsvar med de internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.

6.5 Rettsposisjonen for utlending som har rett til internasjonal beskyttelse (spørsmålet om rett til asyl mv.)

6.5.1 Spørsmålet om hvorvidt det foreligger en rett til asyl

6.5.1.1 Flyktninger

Ordet asyl betyr "fristed". Når man i folkerettslig sammenheng stiller spørsmål ved om en flyktning har rett til asyl, vil dette normalt kunne forstås som et spørsmål om flyktningen har rett til beskyttelse og formalisert oppholdstillatelse i tilfluktsstaten. Hvorvidt en slik formalisert oppholdstillatelse benevnes som "asyl" eller ganske enkelt som "oppholdstillatelse", vil være folkerettslig irrelevant.

I gjeldende utlendingslov er ordningen at det i § 17 er fastsatt i hvilke tilfeller en flyktning har rett til "asyl", mens det i § 18 er fastsatt at en flyktning som er gitt rett til asyl, har rett til arbeids- og oppholdstillatelse. Anvendelsen av selve karakteristikken "asyl" som en ren statusbetegnelse, slik som i utlendingsloven § 17, kan derfor være egnet til å skape uklarhet om forholdet mellom asylbegrepet i henholdsvis norsk rett og i folkeretten.

Flyktningkonvensjonen har ingen egen asylbestemmelse, og pålegger ikke statene en plikt til å innrømme flyktninger en formalisert oppholdstillatelse (asyl/fristed). En asylrettslig bestemmelse finnes derimot i FNs verdenserklæring om menneskerettighetene av 10. desember 1948 artikkel 14:

> "Enhver har rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse."

Under forberedelsen av artikkel 14 ble den engelske formuleringen "the right to [ ] enjoy [ ] asylum", endret fra "the right to [ ] be granted [ ] asylum". Bakgrunnen var at en rett til asyl ble ansett å berøre staters suverenitet i større utstrekning enn statene kunne akseptere. De forpliktelser som følger av konvensjonen - plikten til å etterleve non refoulement-prinsippet og plikten til å sørge for respekt for grunnleggende menneskerettigheter under oppholdet i tilfluktsstaten - innebærer likevel i realiteten at tilfluktsstaten som hovedregel må tilby en formalisert oppholdstillatelse for å oppfylle sine forpliktelser.[75] Unntak gjelder i de tilfeller hvor utlendingen eventuelt kan henvises til å søke beskyttelse i et annet land, for eksempel på grunnlag av første asyllandprinsippet. Det faktiske behovet for å innrømme en rett til en formalisert oppholdstillatelse vil likevel oppstå i det land som til slutt får ansvar for å sikre vedkommende beskyttelse.

6.5.1.2 Andre med rett til internasjonal beskyttelse

I forhold til utlendinger som ikke er flyktninger etter flyktningkonvensjonen, men som likevel er vernet mot utsendelse etter EMK artikkel 3 eller andre internasjonale beskyttelsesinstrumenter, foreligger det ingen folkerettslig forpliktelse til å innvilge en formalisert oppholdstillatelse. Rekkevidden av det ekstraterritorielle vernet etter ulike internasjonale beskyttelsesintrumenter rekker ikke lenger enn til å sikre utlendingen et vern mot retur. Den klare hovedregel i statspraksis er imidlertid at det innrømmes en rett til formalisert oppholdstillatelse også i disse tilfellene.

I folkeretten finnes det også visse regionale beskyttelsesinstrumenter som Norge ikke er bundet av og som forplikter statene til å innrømme formalisert oppholdstillatelse i visse tilfeller.[76] En tilsvarende ordning er det lagt opp til i EUs statusdirektiv, hvor det er fastsatt at det også utenfor flyktningkonvensjonens anvendelsesområde som hovedregel skal innrømmes en formalisert oppholdstillatelse ("subsidiary protection") til utlendinger som risikerer alvorlige overgrep ved retur.

I norsk rett foreligger en rett til formalisert oppholdstillatelse også for dem som er omfattet av vernet mot utsendelse i utlendingsloven § 15 første ledd uten å bli anerkjent som flyktninger, jf. utlendingsforskriften § 21 første ledd. Hvorvidt det også foreligger en rett til formalisert oppholdstillatelse i de tilfeller hvor utlendingen er omfattet av eksklusjonsklausulene i flyktningkonvensjonen, eller for øvrig kan knyttes til uverdige forhold, må anses mer uavklart.

6.5.2 Andre rettigheter

Hvilken rettsposisjon statene er forpliktet til å sikre en flyktning etter flyktningkonvensjonen, følger av artikkel 3 til 33. Hva som er tema for de ulike bestemmelsene, indikeres delvis gjennom kapitteloverskriftene: Alminnelige bestemmelser (kapittel I), Rettslig stilling (kapittel II), Ervervsmessig beskjeftigelse (kapittel III), Velferd (kapittel IV) og Administrative tiltak (kapittel V). Generelt kan det bemerkes at konvensjonens rettighetsmeny stort sett gir uttrykk for rettigheter som det uansett ikke ville være aktuelt å fravike i norsk rett.

I forhold til andre med rett til internasjonal beskyttelse eksisterer det ingen spesiell rettighetsregulering. Det er de generelle folkerettslige forpliktelsene som påhviler den enkelte stat som utgjør rammen for statens handlingsrom i forhold til å regulere denne gruppens rettssituasjon.

I det følgende skal de i flyktningpolitisk sammenheng mest interessante rettighetsbestemmelsene i flyktningkonvensjonen nevnes særskilt, samtidig som det gis en beskrivelse av hvilke særrettigheter som i dag innrømmes flyktninger gjennom gjeldende norsk lovgivning og praksis sammenlignet med andre med rett til internasjonal beskyttelse. Det skal også gis noen kommentarer til bildet i utenlandsk rett og til hvilke løsninger det er lagt opp til i forbindelse med EU-prosessen med å etablere et felles europeisk asylsystem.

I flyktningkonvensjonen artikkel 7 nr. 1 er følgende prinsipielle utgangspunkt nedfelt:

> "Med mindre denne konvensjon inneholder gunstigere bestemmelser, skal en kontraherende stat innrømme flyktninger samme behandling som den innrømmer utlendinger i sin alminnelighet."

I norsk rett har situasjonen tradisjonelt vært at flyktninger på rettighetssiden i en del sammenhenger har stått i en gunstig særstilling i forhold til andre utlendinger.

Blant bestemmelser som det ellers kan være særskilt grunn til å merke seg, er blant annet bestemmelsen i artikkel 23 om "offentlig forsorg" ("public relief"):

---

75. En drøftelse av asylbegrepets folkerettslige innhold er blant annet foretatt i Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) på s. 113 flg.
76. For eksempel OAU-konvensjonen, jf. kapittel 4.3.3.6.

> "De kontraherende stater skal innrømme flyktninger som lovlig bor innenfor deres territorium samme behandling som statsborgere med hensyn til offentlig forsorg."

I gjeldende norsk rett er situasjonen at flyktninger og andre utlendinger som skal være i landet i minst ett år, er likestilt med norske statsborgere i trygderettslig og sosialrettslig sammenheng. Flyktninger er likevel stilt noe gunstigere ved at de innrømmes minstepensjon uten krav til forutgående botid på 40 år i Norge. Det gjøres også unntak fra kravet om minst tre års medlemskap i folketrygden frem til uføre- eller dødsfallstidspunkt for å få uførepensjon eller pensjon som gjenlevende ektefelle.[77] Denne fordelaktige rettsposisjonen for flyktninger er ikke noe som kan utledes som en rettighet av artikkel 23. Det kan for øvrig bemerkes at en flyktning på nærmere vilkår også kan få et særskilt stipend fra Lånekassen til videregående opplæring eller grunnskoleopplæring som vedkommende har rett til etter opplæringslova § 4A-1.[78]

I henhold til flyktningkonvensjonen artikkel 28(1) har flyktninger krav på å få utstedt et særskilt reisedokument:

> "De kontraherende stater skal utstede reisedokumenter til flyktninger som lovlig bor på deres territorium, for at de skal kunne foreta reiser utenfor territoriet, med mindre tvingende hensyn til nasjonal sikkerhet og offentlig orden er til hinder for det, og vedlegget til denne konvensjon skal ha anvendelse på slike dokumenter. De kontraherende stater kan utstede slikt reisedokument til enhver annen flyktning på deres territorium; de skal spesielt stille seg velvillig til spørsmålet om å utstede slikt reisedokument til flyktninger på deres territorium som ikke er i stand til å skaffe seg reisedokument fra det land hvor de har sin vanlige bopel."

I utlendingsloven er flyktningers rett til reisebevis inntatt i § 19 første ledd. Det skal i henhold til denne bestemmelsen som hovedregel utstedes et særskilt "reisebevis for flyktning". Også andre utlendinger som får opphold på grunnlag av en søknad om asyl, kan ha krav på å få utstedt reisedokument, men da i form av et alminnelig "utlendingspass", jf. utlendingsloven § 19. Reisebevis for flyktning og utlendingspass er nærmere omtalt i kapittel 13.10.

Andre sentrale bestemmelser finner man i artikkel 31 om strafferettslig immunitet for ulovlig innreise og opphold, bevegelsesfrihet og bistand til videre innreise til et annet land; artikkel 32 om skranker for å utvise flyktninger med lovlig opphold; og returvernet i artikkel 33.

For øvrig er det grunn til å merke seg at flyktningkonvensjonen fastsetter i hvilke tilfeller flyktningstatus opphører, jf. nærmere om dette kapittel 6.6. Det bemerkes allerede her at tilsvarende bestemmelser ikke er gjennomført fullt ut i norsk rett overfor andre som har rett til internasjonal beskyttelse enn flyktninger.

Flyktningkonvensjonen har ikke særskilte bestemmelser om rett til familiegjenforening. Det gjelder likevel et anerkjent internasjonalt prinsipp om at statene skal respektere familiens enhet i flyktningtilfellene, jf. kapittel 8.3.2. Folkeretten må vurderes som mer uklar for familiemedlemmer til en utlending som har rett til internasjonal beskyttelse uten å fylle vilkårene for å være flyktning, jf. kapittel 8.3.1. Som nevnt i kapittel 6.1.1.2 gjelder det en presumsjonsregel i norsk rett for at også de nærmeste familiemedlemmer til en flyktning fyller vilkårene for flyktningstatus. I utlendingsforskriften finnes det enkelte bestemmelser på familiegjenforeningsfeltet som stiller flyktninger i en gunstigere posisjon enn andre utlendinger. Det mest sentrale i denne sammenheng er at det gjelder unntak fra underholdskravet, jf. utlendingsforskriften § 25 fjerde ledd bokstav a. For øvrig kan det også bemerkes at norske myndigheter dekker utgiftene for familiemedlemmenes reise til Norge når gjenforening er innvilget i flyktningtilfellene.

Flyktningkonvensjonen inneholder ingen bestemmelse om at flyktningen etter en viss tid har krav på varig oppholdstillatelse. I artikkel 34 er det likevel fastsatt at "de kontraherende stater skal så vidt mulig lette flyktningers assimilering og erverv av statsborgerskap."

I norsk rett har både flyktninger og de som har fått beskyttelse på subsidiært grunnlag rett til bosettingstillatelse etter tre års botid. Mens hovedregelen er at botiden beregnes fra tidspunktet for innvilgelse av den første tillatelsen, beregnes botiden fra søknadstidspunktet for flyktninger, jf. utlendingsforskriften § 44 annet ledd.[79]

Når det gjelder bildet i utenlandsk rett synes situasjonen i høy grad å være den samme som i Norge, i den forstand at det er små forskjeller mellom hvilke rettigheter som er innrømmet flyktnin-

77. Jf. folketrygdloven §§ 3-2 sjette ledd, 3-9 tredje ledd, 12-3 fjerde ledd og 17-3 første og annet ledd
78. Jf. Retningslinjer fra Statens Lånekasse for utdanning punkt 1.1
79. For overføringsflyktninger beregnes botiden fra ankomsttidspunktet.

ger etter flyktningkonvensjonen og hvilke rettigheter som er innrømmet andre utlendinger med rett til beskyttelse etter folkeretten. Det kan nevnes at man i Nederland og Danmark overhodet ikke opererer med noen forskjeller i rettsposisjon mellom de to gruppene. I svensk og finsk rett er det færre og mindre betydningsfulle forskjeller enn i norsk rett; for eksempel er det ingen forskjeller når det gjelder retten til familiegjenforening. I motsetning til i norsk rett opererer man imidlertid i svensk og finsk rett med en mer symbolsk markering av forskjellen ved at flyktninger får utstedt en særskilt "flyktingförklaring".

I EUs statusdirektiv er det åpnet for at medlemsstatene i visse sammenhenger kan operere med ulike sett av rettigheter for henholdsvis flyktninger og personer med subsidiær beskyttelse. Det er åpnet for at statene i sin nasjonale lovgivning også på enkelte andre punkter kan operere med en svakere rettsposisjon for personer med subsidiær beskyttelse enn for flyktninger. Dette gjelder blant annet:

- varighet av tillatelsen (1 år for subsidiær beskyttelse og 3 år for flyktninger)
- vilkår for opphør av tillatelsen
- adgang til arbeidsmarkedet osv.

Mest sentralt i denne sammenheng er det likevel at det ikke er fastsatt en plikt i EU-direktivet om familiegjenforening til å innvilge rett til familiegjenforening til familiemedlemmene av andre som har fått opphold i asylsaker enn dem som har fått status som flyktninger.[80]

6.6 Opphør av retten til beskyttelse

6.6.1 Flyktninger

6.6.1.1 Generelt

Flyktningkonvensjonen artikkel 1C fastsetter at retten til anerkjennelse som flyktning i visse tilfeller kan opphøre:

> "Denne konvensjon skal ikke lenger ha anvendelse på en person som omfattes av bestemmelsene i avsnitt A, hvis:
> 1. han frivillig på nytt har søkt det lands beskyttelse han er borger av; eller
> 2. han etter å ha mistet sitt borgerskap, frivillig har gjenervervet det; eller
> 3. han har ervervet nytt statsborgerskap og nyter beskyttelse av det land han er blitt borger av; eller
> 4. han frivillig på nytt har bosatt seg i det land han forlot, eller som han oppholdt seg utenfor på grunn av frykt for forfølgelse; eller
> 5. han ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning ikke lenger er til stede. Bestemmelsene i dette punkt skal dog ikke ha anvendelse på flyktninger som omfattes av denne artikkels avsnitt A, punkt 1, og som kan påberope tvingende grunner, i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avvise beskyttelse fra det land i hvilket han har statsborgerrett;
> 6. han ikke er borger av noe land, og, på grunn av at de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning ikke lenger er til stede, er i stand til å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel.
>
> Bestemmelsene i dette punkt skal dog ikke ha anvendelse på flyktning som omfattes av denne artikkels avsnitt A, punkt 1, og som kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å nekte å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel."

Opphørsklausulen i artikkel 1C er inkorporert i norsk rett gjennom utlendingsloven § 16 annet ledd første punktum:

> "Flyktning som går inn under flyktningkonvensjonen art. 1C-F kan helt eller delvis utelukkes fra de rettigheter og det vern som er fastsatt i dette kapittel og som ikke gjelder saksbehandlingen."

Når en av opphørsgrunnene i flyktningkonvensjonen artikkel 1C foreligger, opphører søkeren å være flyktning i folkerettslig sammenheng. Etter norsk rett er det imidlertid nødvendig å treffe vedtak om tilbakekall av flyktningstatus etter utlendingsloven § 18 annet ledd for at det skal inntreffe noen rettsvirkninger av opphøret på nasjonalt plan. Bestemmelsen i § 18 annet ledd lyder:

> "Innvilget asyl kan tilbakekalles når flyktningen ikke lenger går inn under flyktningdefinisjonen, jfr. § 16, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Vedtak om tilbakekall treffes av Utlendingsdirektoratet."

Selv om utlendingen etter flyktningkonvensjonen har opphørt å være flyktning, er det ingen automatikk i at dette følges opp av norske myndigheter med et vedtak om tilbakekall av flyktningstatus. Tilbakekallsbestemmelsen i utlendingsloven § 18 annet ledd fastslår kun at status kan tilbakekalles.

80. Direktiv 2003/86 EC, nærmere omtalt i kapittel 8.4.

I norsk praksis blir de opphørsgrunnene som refererer seg til handlinger fra utlendingen selv (dvs. artikkel 1C(1) til (4)) vurdert når myndighetene blir kjent med handlingene. I forhold til de opphørsgrunnene som gjelder endringer i det land søkeren er borger av, eller hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel (dvs. artikkel 1C(5) og (6)), er det i praksis utelukkende i tilknytning til utvisningssaker at tilbakekall blir vurdert . Ellers foretas i praksis ingen vurdering av om det har inntruffet endringer i hjemlandet eller det tidligere oppholdslandet som gjør at opphørsgrunnene i artikkel 1C (5) og (6) kommer til anvendelse.

Også i mange andre land er anvendelsen av opphørsklausulene svært begrenset, jf. konklusjon nr. 2 fra *Lisbon Roundtable*:

> "A number of countries do not invoke the cessation clauses at least in part because of the administrative costs involved, including the costs of implementing review procedures; the recognised likelihood that even where cessation results, it may not lead to return because those whose refugee status has ceased will have the possibility to remain under another status; and/or a State preference for naturalization under Article 34 of the Convention."

Et særskilt spørsmål er om flyktningstatus automatisk opphører dersom søkeren faller inn under en av opphørsgrunnene, eller om det er en tilleggsforutsetning at søkeren ikke lenger oppfyller kriteriene i flyktningdefinisjonen i artikkel 1A(2).

I litteraturen er det en relativt samstemt oppfatning at det er et tilleggsvilkår for opphør at søkeren ikke lenger kan anses å kvalifisere for flyktningstatus etter flyktningdefinisjonen. Terje Einarsen fremholder at opphørsklausulene snarere bør oppfattes som "retningslinjer" eller "presumpsjoner" enn som "regler".[81]

I norsk praksis synes det som om man opererer fra et utgangspunkt om at handlinger fra søkeren som nevnt i artikkel 1C(1) til (4) gir en sterk presumpsjon for at utlendingen ikke lenger har et behov for beskyttelse, og at det legges en tung bevisbyrde på utlendingen for det motsatte. Norsk praksis må imidlertid tolkes i lys av at opphørsspørsmålet i utgangspunktet kun gjelder et statusspørsmål i norsk rett.

6.6.1.2 Opphør etter artikkel 1C(1)

Flyktningkonvensjonen artikkel 1C (1) fastslår at utlendingens flyktningstatus bortfaller dersom vedkommende frivillig på nytt har søkt det lands beskyttelse han er borger av. I dette tilfellet vil situasjonen være at utlendingens egne handlinger gir en klar indikasjon for at vedkommende ikke lenger frykter forfølgelse i hjemlandet.

I håndboken punkt 119 er det oppstilt tre vilkår for at opphørsklausulen skal komme til anvendelse:

- Frivillighet fra søkerens side
- Beskyttelseshensikt fra søkerens side
- Oppnåelse av beskyttelse

I punkt 121 til 125 er vilkårene nærmere drøftet, jf. i denne sammenheng særlig punkt 121 og 125:

> "121. Hvis en flyktning ikke handler ut fra egen fri vilje, vil han ikke opphøre å være flyktning. Hvis han får instruks fra myndigheter, f.eks. i det land hvor han er bosatt, om mot sin egen vilje å handle på en måte som kan oppfattes som om han igjen søker beskyttelse i det land han er borger av, som ved å søke konsulatet om nasjonalt pass, vil han ikke opphøre å være flyktning bare fordi han adlyder en slik instruks. Han kan også bli tvunget av omstendigheter som han ikke rår over til å benytte seg av en viss beskyttelse fra det land han er borger av. Eksempelvis må han kanskje søke om skilsmisse i sitt hjemland, siden ingen annen skilsmisse har den nødvendige internasjonale anerkjennelse. En slik handling kan ikke betraktes som at han "frivillig på nytt søker beskyttelse", og vil ikke berøve en person hans flyktningstatus.
>
> [ ]
>
> 125. Når en flyktning besøker sitt tidligere hjemland uten nasjonalt pass, men f.eks. med et reisedokument som er utstedt av det land han har bopel i, har enkelte stater betraktet dette som at han på nytt har søkt beskyttelse i hjemlandet og som at han i overensstemmelse med denne opphørsklausulen har mistet sin flyktningstatus. Imidlertid bør slike tilfeller bedømmes individuelt. Det har en annen betydning i vurderingen av flyktningens forhold til hjemlandet dersom han besøker en gammel eller syk forelder, enn ved jevnlige besøk i landet i form av ferie eller i den hensikt å etablere forretningsmessige forhold."

I norsk forvaltningspraksis synes vurderingene særlig å være rettet mot om søkeren kan anses å ha tilkjennegitt at han ikke lenger har behov for beskyttelse etter flyktningkonvensjonen. Det blir foretatt en konkret vurdering av hvilke omstendigheter som ligger til grunn for at søkeren eventuelt har søkt om hjemlandets reisedokumenter mv. Det tas imidlertid utgangspunkt i at denne type hand-

81. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 506

linger eller initiativ fra utlendingens side gir en presumpsjon for at vedkommende ikke lenger har et beskyttelsesbehov etter flyktningkonvensjonen. For å unngå tilbakekall av flyktningstatus må derfor utlendingen selv sannsynliggjøre at vedkommendes opptreden ikke er uforenlig med et fortsatt beskyttelsesbehov.

Det er grunn til å påpeke at når det gjelder reiser tilbake til utlendingens hjemland - jf. sitatet fra håndboken punkt 125 over - er Norge ett av de landene som vurderer dette som opphørsgrunn under artikkel 1C(1). Hjemreiser vil normalt lede til opphør dersom ikke flyktningen kan gi en meget god begrunnelse for at reisen ikke er uforenlig med et fortsatt beskyttelsesbehov. Det vises også til at norsk reisebevis for flyktning innehar en begrensning i gyldighetsområde som gjør at det ikke er gyldig for reise til flyktningens hjemland, jf. utlendingsforskriften § 66 fjerde ledd. Dersom det blir klarlagt at en flyktning har vært tilbake i hjemlandet, vil det normalt være en klar indikasjon for at vedkommende har gjenervervet hjemlandets reisedokument.

6.6.1.3 Opphør etter artikkel 1C(2)

Flyktningkonvensjonen artikkel 1C(2) fastslår at utlendingens flyktningstatus bortfaller dersom vedkommende frivillig gjenerverver hjemlandets statsborgerskap etter først å ha mistet dette.

Opphørsklausulen har klare likhetstrekk med klausulen i artikkel 1C(1). Utlendingen har søkt hjemlandets beskyttelse, og det foreligger en klar indikasjon for at han ikke lenger frykter forfølgelse i hjemlandet.

I håndboken punkt 128 er det understreket at gjenervervelsen av hjemlandets statsborgerskap må ha skjedd frivillig, men at også passiv gjenervervelse av hjemlandets statsborgerskap leder til opphør dersom utlendingen hadde en mulighet for å motsette seg gjenervervet, men "med viten og vilje" unnlot å benytte denne muligheten.

6.6.1.4 Opphør etter artikkel 1C(3)

Flyktningkonvensjonen artikkel 1C(3) fastslår at utlendingens flyktningstatus bortfaller dersom han har ervervet nytt statsborgerskap og nyter beskyttelse av det land han er blitt borger av. Utlendingen vil i disse tilfeller ikke lenger ha behov for internasjonal beskyttelse, da han har oppnådd nasjonal beskyttelse fra sitt nye hjemlands myndigheter. Det vises til håndboken punkt 129 til 132.

Det bemerkes at opphørsklausulen ikke bare kommer til anvendelse dersom utlendingen erverver nytt statsborgerskap i et tredjeland, men selvsagt også dersom vedkommende erverver statsborgerskap i tilfluktslandet. I norsk praksis fattes det imidlertid ikke et formelt vedtak om tilbakekall av flyktningstatus dersom statsborgerskap innvilges.

6.6.1.5 Opphør etter artikkel 1C(4)

Flyktningkonvensjonen artikkel 1C (4) fastslår at flyktningstatus bortfaller dersom utlendingen har bosatt seg i det land han forlot, eller som han oppholdt seg utenfor på grunn av frykt for forfølgelse. I disse tilfellene oppstår det en presumpsjon for at utlendingen ikke lenger har et internasjonalt beskyttelsesbehov.

I håndboken er det kommentert følgende i punkt 133 og 134:

> "133. Denne fjerde opphørsklausulen gjelder både for flyktninger med statsborgerskap og for statsløse flyktninger. Den gjelder for flyktninger som har vendt tilbake til sitt hjemland eller til sitt tidligere oppholdsland, når statusen som flyktning ikke har opphørt under første eller andre opphørsklausul mens de ennå befant seg i tilfluktslandet.
>
> 134. Klausulen bruker uttrykket "frivillig på nytt har bosatt seg". Dette skal forstås som tilbakevending til det land flyktningen er borger av eller hvor han tidligere hadde vanlig bopel i den hensikt å bo der. Et midlertidig besøk i flyktningens tidligere hjemland uten nasjonalt pass, men for eksempel med et reisedokument utstedt av oppholdslandet, innebærer ikke en "gjenetablering" og vil ikke medføre tap av flyktningstatus under denne klausulen."

I norsk praksis har denne opphørsklausulen liten eller ingen praktisk anvendelse, fordi tilfeller hvor utlendingen har krysset grensen til hjemlandet blir vurdert under artikkel 1C(1) (jf. sitatet fra håndboken punkt 125 i kapittel 6.6.1.2). Etter sistnevnte opphørsklausul er vurderingstemaet som nevnt om utlendingen må anses for å ha søkt hjemlandets beskyttelse. Opphør vil derfor kunne inntreffe uten, eller forut for, at utlendingen kan anses å ha "bosatt seg" i hjemlandet.

6.6.1.6 Opphør etter artikkel 1C(5)

Flyktningkonvensjonen artikkel 1C(5) fastsetter at flyktningstatus bortfaller dersom utlendingen ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning ikke lenger er til stede. Unntak gjelder for flyktning som kan påberope seg tvingende grun-

ner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avvise beskyttelse fra det land i hvilket han har statsborgerrett.

Det er tilfluktsstaten som har adgang til og ansvar for å vurdere om opphørsklausulen i artikkel 1C(5) kommer til anvendelse. UNHCR kan imidlertid fatte beslutninger i forhold til sitt mandat som vil være av stor interesse på dette feltet, jf. *Note on the Cessation Clauses* 1997, kapittel VIII, *UNHCR`s Role*:

> "UNHCR may declare that its competence ceases to apply in regard to persons falling within situations spelled out in the Statute. The situations specified are akin to the cessation clauses of the 1951 Convention. On this basis, UNHCR has, over the past years, declared cessation of refugee status in regard to certain nationality groups of refugees under its mandate. The declaration of cessation of UNHCR`s competence is undertaken essentially to provide a legal framework for discontinuation of UNHCR`s protection and material assistance to the refugees and to promote with States of asylum concerned the provision of an alternative residence status to the former refugees. UNHCR normally assists in the repatriation of former refugees who wish to go home but who may not have the necessary resources to do so."

UNHCR har videre utarbeidet nye *Guidelines* om anvendelsen av artikkel 1C(5) og (6).[82] Retningslinjene gjelder i første rekke de tilfeller hvor opphørsklausulen i artikkel 1C(5) og (6) anvendes i forhold til grupper av flyktninger. Man gjentar i denne sammenheng tidligere synspunkter om at situasjonsendringen i flyktningenes hjemland må være av "fundamental character", "enduring nature" og "effective", jf. ExCom-konklusjon nr. 69 1992.

Når det gjelder synspunktet om at situasjonen i flyktningens hjemland må ha gjennomgått endringer av en fundamental karakter, kan det særlig vises til kommentarene i ExCom-konklusjon nr. 69 1992:

> "(I)n taking any decision on application of the cessation clauses based on "ceased circumstances", States must carefully assess the fundamental character of the changes in the country of nationality or origin, including the general human rights situation, as well as the particular cause of fear of persecution, in order to make sure in an objective and verifiable way that the situation which justified the granting of refugee status has ceased to exist."

Tradisjonelt har det vært bred støtte i litteraturen for det Terje Einarsen omtaler som en effektiv dobbeltgaranti mot for tidlig opphør av flyktningstatus:

"Fortsatt oppfyllelse av kriteriene i den generelle definisjonen i art. 1A(2) vil alltid stenge for opphør, men i tillegg må det kreves en vesentlig endring av den demokratiske og menneskerettslige situasjonen i hjemlandet for at søkerens flyktningstatus skal opphøre etter art. 1C(5)." [83]

I UNHCRs nye *Guidelines* synes kravet om fundamentale endringer som et generelt vilkår å være noe mer dempet:

> "Where indeed a "particular cause of fear of persecution" has been identified, the elimination of that cause carries more weight than a change in other factors. Often, however, circumstances in a country are inter-linked, be these armed conflict, serious violations of human rights, severe discrimination against minorities, or the absence of good governance, with the result that resolution of the one will tend to lead to an improvement in others. All relevant factors must therefore be taken into consideration. An end to hostilities, a complete political change and return to a situation of peace and stability remain the most typical situation in which Article 1C(5) or (6) applies."

I EUs statusdirektiv opereres det med løsere kriterier for opphør enn i anbefalingene fra UNHCR, jf. direktivet artikkel 11 nr. 2:

> "In considering points (e) and (f) of paragraph 1, [merknad: tilsvarende flyktningkonvensjonen artikkel 1C(5) og (6)], Member States shall have regard to whether the change of circumstances is of such a significant and non-temporary nature that the refugee`s fear of persecution can no longer be regarded as well-founded."

Direktivet krever derfor ikke at det har funnet sted endringer av fundamental karakter, men retter oppmerksomheten mot om det foreligger en fortsatt oppfyllelse av kriteriene i den generelle definisjonen i artikkel 1A(2).

Mens UNHCRs retningslinjer i første rekke retter seg mot de tilfeller hvor det foretas en vurdering av mulig opphør i forhold til en hel gruppe av flyktninger, har opphørsklausulen i artikkel 1C(5) som nevnt bare hatt anvendelse i enkeltsaker i norsk praksis, og så godt som alltid bare i tilfeller hvor et spørsmål om utvisning har vært til vurdering.

82. Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees – 10.02.2003

83. Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen, 2000) s. 533

I UNHCRs nye *Guidelines* er det inntatt et eget punkt om opphør i individuelle sammenheng:

> "A strict interpretation of Article 1C(5) and (6) would allow their application on an individual basis. [ ] Yet Article 1C(5) and (6) have rarely been invoked in individual cases. States have not generally undertaken periodic reviews of individual cases on the basis of fundamental changes in the country of origin. These practices acknowledge that a refugee`s sense of stability should be preserved as much as possible. They are also consistent with Article 34 of the 1951 Convention, which urges States "as far as possible (to) facilitate the assimilation and naturalization of refugees". Where cessation clauses are applied on an individual basis, it should not be done for the purposes of a re-hearing de novo."

Det må klart kunne legges til grunn at norsk praksis med hensyn til å foreta individuelle vurderinger av opphør i utvisningstilfeller ikke er i strid med de begrensninger som følger av artikkel 1C(5), selv om man i disse tilfellene opererer ut fra en forutsetning om at ikke-oppfyllelse av inklusjonskriteriene i artikkel 1A(2) er tilstrekkelig for opphør. Så lenge det er en straffbar handling fra flyktningens side som har aktualisert spørsmålet om opphør, kan det ikke anses som noen krenkelse av et berettiget behov for forutberegnelighet at det foretas en ny bedømmelse av flyktningspørsmålet.

Det følger av artikkel 1C(5) annet ledd at opphørsklausulen i første ledd ikke får anvendelse i forhold til en utlending som var anerkjent som flyktning på tidspunktet for flyktningkonvensjonens tilblivelse (artikkel 1A(1)), og som kunne påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse, for å avvise beskyttelse fra det land i hvilket han hadde statsborgerrett. Et tilfelle hvor slike "tvingende grunner" kan foreligge, er dersom flyktningen som medlem av en minoritetsgruppe har vært utsatt for så alvorlige og traumatiserende overgrep fra medlemmer av majoritetssamfunnet at det ikke er mulig å forvente at vedkommende - på tross av en endring av situasjonen - skal kunne oppfatte sin egen situasjon som tilstrekkelig trygg til å leve i hjemlandet.

I UNHCRs nye *Guidelines* er det understreket at artikkel 1C(5) annet ledd må tolkes slik at den gjelder flyktninger i henhold til artikkel 1A(2), og at en slik analogisk tolkning "reflects a general humanitarian principle that is now well-grounded in State practice." Det påpekes imidlertid at EUs statusdirektiv ikke inneholder noen bestemmelse med tilsvarende innhold som i artikkel 1C(5) annet ledd.

6.6.1.7 Opphør etter artikkel 1C(6)

Opphørsklausulen i artikkel 1C(6) gjelder samme vurderingsspørsmål som opphørsklausulen i artikkel 1C(5), men refererer til statsløse flyktninger som på grunn av opphør av de forhold som førte til at vedkommende ble anerkjent som flyktning er i stand til å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin bopel.

6.6.2 Andre med rett til internasjonal beskyttelse

I forhold til en utlending som har fått beskyttelse under subsidiære beskyttelsesinstrumenter, gjelder ingen særskilt regulering av opphørsspørsmålet i folkeretten.

Utgangspunktet vil da være at retten til beskyttelse opphører når vilkårene for slik beskyttelse ikke lenger foreligger.

I norsk rett vil spørsmålet om et fortsatt behov for beskyttelse under utlendingsloven § 15 i prinsippet kunne prøves i forbindelse med fornyelse av søknaden, jf. utlendingsloven § 11, jf. utlendingsforskriften § 36 første ledd. Det forutsettes her at grunnlaget for den tidligere tillatelsen "fortsatt er til stede".

I EUs statusdirektiv er følgende fastsatt i artikkel 16 som vilkår for opphør av subsidiær beskyttelse:

1. "A third country national or stateless person shall cease to be eligible for subsidiary protection when the circumstances which led to the granting of subsidiary protection status have ceased to exist or have changed to such a degree that protection is no longer required.
2. In applying paragraph 1, Member States shall have regard to whether the change of circumstances is of such a significant and non-temporary nature that the person eligible for subsidiary protection no longer faces a real risk of serious harm."

Mens denne bestemmelsen i hovedsak tilsvarer bestemmelsen om opphør av flyktningstatus i flyktningkonvensjonen artikkel 1C(5), finnes det ingen bestemmelser om opphør av subsidiær beskyttelsesstatus som tilsvarer opphørsklausulene i flyktningkonvensjonen artikkel 1C(1) til (4).

6.7 Menneskehandel

Handel med kvinner og barn er et fenomen som har fått stadig større oppmerksomhet de siste årene, både internasjonalt og i Norge. En rapport

fra Fagbevegelsens forskningsinstitutt (FAFO) om utenlandsk prostitusjon i Oslo beskriver fenomenet (eng. *trafficking*).[84] Forskerne har gjort feltarbeid i Oslo, og har også vært i Litauen, Ukraina og Albania hvor de har hatt samtaler med kvinner som har prostituert seg i Europa.

Også Pro Sentrets årsrapporter inneholder informasjon om utenlandsk prostitusjon i Oslo. Videre har både Kriminalpolitisentralen og Oslo politidistrikt foretatt egne undersøkelser av omfanget og arten av prostitusjonen.[85]

Anslagene over antall prostituerte i Oslo varierer, men det er uomtvistet at andelen utenlandske kvinner er forholdsvis høy. Av 600 prostituerte i Oslo pr. oktober 2003 anslår FAFO at om lag 2/3 hadde utenlandsk bakgrunn.[86]

FAFO legger til grunn at svært få av kvinnene som utsettes for menneskehandel føres ut av hjemlandet mot sin vilje. I de fleste tilfeller søker kvinnene selv assistanse for å få jobb i utlandet, og noen har vært klar over at de ville komme til å arbeide som prostituerte. Beslutningen om å forlate hjemlandet springer ofte ut av et ønske om et bedre liv. Majoriteten av de prostituerte i Oslo er norske statsborgere eller har annen form for lovlig, langsiktig opphold, mens et mindretall er i landet på kortsiktig opphold. Særlig blant prostituerte av asiatisk opprinnelse er det svært få som er i Norge på kortvarig opphold. FAFOs funn tyder på at en del innvandrerkvinner velger å prostituere seg for eksempel fordi de er skilt, arbeidsledige eller trenger penger. En stor andel av de prostituerte har forsørgerbyrde.

FAFO-rapporten beskriver hvordan ofre for menneskehandel blir utnyttet og ofte opplever å miste kontrollen over sitt eget liv. De får ikke uten videre lov til å forlate prostitusjonen, og/eller de gis ikke anledning til selv å velge når, hvor eller hvordan de skal arbeide. De kan bli utsatt for trusler, manipulasjon og vold. Enkelte blir holdt innesperret, men lite tyder på at omfanget av slik tvang er stort. Politiet i Oslo har ikke mottatt informasjon som gir grunnlag for å hevde at det foregår utstrakt bruk av tvang eller frihetsberøvelse i forbindelse med den utenlandske prostitusjonen i Norge, eller at kvinnene fratas reisedokumenter.[87]

I Regjeringens handlingsplan mot handel med kvinner og barn (2003-2005) slås det fast at menneskehandel skal forebygges og bekjempes. Nordisk Ministerråd har viet trafficking oppmerksomhet gjennom en nordisk-baltisk kampanje.[88] Europarådets *Ad Hoc Committee on action against trafficking in human beings* (CAHTEH) tar sikte på å ferdigstille et utkast til ny konvensjon mot menneskehandel i løpet av 2004. I FNs kvinnekonvensjon slås det fast at konvensjonspartene skal treffe alle tjenlige tiltak, herunder tiltak i lovs form, for å gjøre ende på enhver form for handel med kvinner og utnyttelse av kvinneprostitusjon. FNs barnekonvensjon artikkel 34 (b) pålegger statene å treffe alle egnete nasjonale, bilaterale og multilaterale tiltak for å hindre at noen utnytter barn ved å bruke dem til prostitusjon eller andre ulovlige seksuelle handlinger. Barnekonvensjonen har også en valgfri tilleggsprotokoll som blant annet pålegger partene å forby barneprostitusjon og salg av barn.

FN-konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet har en tilhørende protokoll om forebygging, bekjemping og strafforfølging av menneskehandel. Begrepet "menneskehandel" er gitt en vid definisjon i protokollen artikkel 3 (a), og en tilsvarende definisjon er lagt til grunn i straffeloven. Både konvensjonen og protokollen er ratifisert av Norge. Det er redegjort for disse dokumentene i St.prp. nr. 58 (2002-2003).[89] Utvalget viser også til høringsnotat 10.12.2002 om gjennomføringen av FN-konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet, konvensjonens protokoll om menneskehandel mv., og til Ot.prp. nr. 62 (2002-2003).

I nevnte høringsnotat konkluderte Justisdepartementet med at det kunne være tvil om protokollens krav til å kriminalisere menneskehandel var oppfylt i norsk rett. Blant annet av den grunn foreslo departementet i Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) et eget straffebud mot menneskehandel, som ble vedtatt i juni 2003 (straffeloven § 224). Ut over dette har det ikke vært ansett nødvendig å endre verken straffe- eller utlendingslovgivningen for å tilfredsstille protokollens krav.

Ett av formålene med protokollen er å beskytte og bistå ofre for menneskehandel, jf. protokollen

84. Crossing borders. En empirical study of trans-national prostitution and trafficking in human beings (FAFO 2004)
85. Undersøkelsene er kort omtalt i Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.).
86. Pro Sentret anslo i sin årsrapport for 2002 at det da fantes om lag 2500 prostituerte i Oslo. I årsrapporten for 2003 antar Pro Sentret at nærmere 50% av anslagsvis 3000 prostituerte i Norge er av utenlandsk opprinnelse.
87. Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) punkt 6.1
88. Det har vært avholdt flere seminarer under tittelen Nordic and Baltic countries against trafficking in women.
89. St.prp. nr. 58 (2002-2003) om samtykke til ratifikasjon av 1) FN-konvensjonen mot grenseoverskridande organisert kriminalitet, 2) utfyllande protokoll for å førebyggje, nedkjempe og straffe handel med menneske, særleg kvinner og born, 3) utfyllande protokoll mot smugling av menneske over land, sjøvegen og luftvegen, alle av 15. november 2000, og 4) utfyllande protokoll mot ulovleg produksjon av og handel med skytevåpen og delar, komponentar og ammunisjon til desse av 31. mai 2001.

artikkel 2 (b). Dette formålet konkretiseres blant annet i artikkel 6, som pålegger statene å informere ofre om domstols- og administrative prosedyrer, samt å sikre at ofrenes synspunkter kommer frem og blir tillagt vekt i straffesaker mot lovovertredere (bakmenn). Statene er også pålagt å vurdere tiltak for å rehabilitere ofre fysisk, psykologisk og sosialt. Statene bør særlig vurdere å bistå med blant annet å skaffe husrom, medisinsk behandling, arbeid/utdannelse og (juridisk) rådgivning. Videre har statene plikt til å beskytte ofre for menneskehandel mens de befinner seg på traktatpartenes territorium. I tillegg til forpliktelsene etter artikkel 6, slår artikkel 7 nr. 1 fast at statene skal vurdere tiltak for å sikre at ofre for menneskehandel i visse tilfeller (*appropriate cases*) kan få bli værende i det landet de befinner seg på midlertidig eller varig basis.

Norge er altså forpliktet til på ulike måter å beskytte og bistå ofre for menneskehandel som befinner seg her i landet. Men verken etter kvinnekonvensjonen artikkel 6 eller etter protokollen om menneskehandel er staten forpliktet til å gi ofre for slik handel varig eller midlertidig opphold. Derimot kan ofre for menneskehandel ha krav på beskyttelse i medhold av de alminnelige beskyttelsesinstrumentene i folkeretten, jf. avsnitt 6.4.

Den 05.03.2004 ble Utlendingsdirektoratet instruert av Kommunal- og regionaldepartementet om å stille bortvisnings- og utvisningssaker i bero i minimum 45 dager dersom det er grunn til å tro at utlendingen er eller har vært utsatt for menneskehandel. I denne "refleksjonsperioden" vil man sikre at utlendingen får informasjon, oppfølging og hjelp, samt anledning til å anmelde bakmenn. Årsaken til at også saker om utvisning skal kunne stilles i bero, og ikke bare saker om bortvisning, er at ofre for menneskehandel skal kunne nyte godt av refleksjonsperioden selv om vilkårene for utvisning er oppfylt. Refleksjonsperioden kan forlenges, for eksempel ved at det gis en begrenset (midlertidig) oppholdstillatelse.

6.8 Rapport fra Universitetet i Oslo om grensegangen mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag av beskyttelsesbehov

Universitetsstipendiat Cecilia Bailliet fikk i 2002 i oppdrag å undersøke vedtak i asylsaker med sikte på å kartlegge grensegangen mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag av beskyttelsesbehov. 300 utvalgte saker ble gjennomgått i perioden september 2002 til juni 2003. Prosjektarbeidet resulterte i en hovedrapport[90] om "gråsonen" mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag, og en delrapport[91] om implementering av et kjønnsperspektiv i flyktningretten.

I hovedrapporten argumenteres det for at utlendingsloven er uklar fordi loven bare henviser til flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), i stedet for å gjengi den. Det hevdes at utlendingsforvaltningens tilnærming til forfølgelsesbegrepet er mangelfull, ved at det blir lagt større vekt på forvaltningspraksis enn på utviklingstrekk i flyktningrettslig teori og praksis internasjonalt. Forfatteren mener videre at bruken av kumulativ anvendelse av forfølgelsesbegrepet er begrenset, og hevder at såkalt blandete motiver ikke tillegges tilstrekkelig vekt. Asylsøkere som anfører at de har vært utsatt for forfølgelse i fortid, ble oftere innvilget opphold på humanitært grunnlag enn asyl. Forfatteren hevder også at utlendingsmyndighetene gjør bruk av en komparativ metode som begrenser antallet asylsøkere som får flyktningstatus. Uttrykket "politisk oppfatning" blir etter forfatterens syn feiltolket av forvaltningen, og vilkåret "spesiell sosial gruppe" blir tolket snevert. Den omstendighet at beviskravet er strengere etter utlendingsloven § 16 første ledd enn etter § 15 første ledd første punktum, er også nevnt som en forklaring på at flere innvilges vern mot utsendelse enn asyl. Forfatteren mener videre at myndighetene legger for stor vekt på troverdighetsvurderinger. Det tas til orde for at saksbehandlingen må bli mer åpen for innsyn, og en rekke system- og regelverksendringer foreslås.

6.9 Beskyttelseskategorier i en ny lov – utvalgets vurderinger

6.9.1 Behovet for å synliggjøre hvem som får opphold av beskyttelsesgrunner

Hvem som har rett til vern mot utsendelse i henhold til våre internasjonale forpliktelser, er beskrevet i kapittel 6.2 og 6.4.

De senere års utvikling har vist at beskyttelsespolitikken kommer under et sterkt press i perioder med stor tilstrømning. Dette gjelder særlig når det blir fokusert på at en stor andel av asylsøkerne ikke har et reelt behov for internasjonal beskyt-

90. Cecilia Bailliet: Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag / Study of the Grey Zone between Asylum and Humanitarian Protection in Norwegian Law & Practice. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2004 (Oslo, 2004)

91. Torhild B. Holth: Implementering av et kjønnsperspektiv i norsk flyktningrett (Oslo, 2003)

telse, og at mange av søknadene også er såkalt "åpenbart grunnløse". I en slik situasjon er det viktig å skape tydelighet og bevissthet omkring hvem som faktisk får opphold i Norge og på hvilket grunnlag. Særlig viktig blir det å synliggjøre den høye andelen som får opphold nettopp fordi det faktisk foreligger et reelt behov for beskyttelse mot alvorlige overgrep i hjemlandet.

I forhold til dem som faktisk blir innvilget oppholdstillatelse, er det særlig viktig å skille mellom to hovedkategorier av tilfeller:

1. De tilfeller hvor opphold innvilges som følge av våre internasjonale forpliktelser fordi søkeren risikerer alvorlige overgrep ved retur
2. De tilfeller hvor utlendingen som følge av vår nasjonale politikk innvilges opphold etter en skjønnsmessig vurdering av aktuelle humanitære hensyn.

I dagens lovverk er det ikke etablert noe skille som er tydelig utad mellom disse to kategoriene av tilfeller. Dersom utlendingen ikke kvalifiserer for anerkjennelse som flyktning under det flyktningbegrepet som praktiseres i norsk rett, innvilges vedkommende eventuelt opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd uavhengig av om vedkommende er vernet mot utsendelse etter våre internasjonale forpliktelser, eller om grunnlaget for tillatelsen er en skjønnsmessig vurdering av de humanitære forholdene. Samtidig benyttes samlebetegnelsen "opphold på humanitært grunnlag" på alle de tillatelser som innvilges etter § 8 annet ledd.

Når man skal vurdere gjeldende lovverk i forhold til en tydeliggjøring av grunnlaget for at en tillatelse eventuelt blir innvilget, er det nødvendig å være oppmerksom på at det under gjeldende lovverk er to rettslige forhold som kan føre til at utlendinger som er vernet mot utsendelse i henhold til våre internasjonale forpliktelser, likevel kan falle i kategorien "opphold på humanitært grunnlag".

For det første praktiseres det som tidligere påpekt en snever tilnærming i norsk rett til flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), som innebærer at en utlending ikke nødvendigvis anerkjennes som flyktning selv om vedkommende anses vernet mot utsendelse etter flyktningkonvensjonen artikkel 33(1), jf. utlendingsloven § 15 første ledd første punktum. I enkelte tilfeller vil derfor en utlending som er vernet mot utsendelse under konvensjonsvernet, likefullt "bare" bli innvilget opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd.

For det annet eksisterer det ingen annen hjemmel for å innvilge opphold enn utlendingsloven § 8 annet ledd i de tilfeller hvor en utlending som faller utenfor flyktningkonvensjonens anvendelsesområde likevel er vernet mot utsendelse etter våre øvrige internasjonale forpliktelser, som for eksempel EMK artikkel 3.

Det er derfor utelukkende i de tilfeller hvor utlendingen blir anerkjent som flyktning under det prinsipielt sett snevre flyktningbegrepet som praktiseres i norsk rett, at skillet mellom internasjonale forpliktelser og nasjonal politikk fremkommer tydelig og blir synliggjort i statistikken. Dette kan gi grunnlag for den feilaktige konklusjon at det bare er de få prosentene som får innvilget flyktningstatus som egentlig er utsatt for en reell fare for overgrep. I forhold til de øvrige som får "opphold på humanitært grunnlag", kan dette bli oppfattet dit hen at de egentlig ikke trenger vår beskyttelse, og at innvilgede tillatelser er et resultat av en liberal nasjonal politikk.

Mange aktører på utlendingsfeltet, herunder Utlendingsdirektoratet, har pekt på at det er svært uheldig når skillet mellom internasjonale forpliktelser og nasjonal politikk blir tilslørt på denne måten. Dagens lovverk er egnet til å dekke over det faktum at det blant dem som får opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd, kan være personer som har flyktet fra en fare for å miste livet eller en fare for å bli utsatt for tortur eller umenneskelig behandling. Forholdet er også egnet til å tilsløre at det å innvilge opphold ikke nødvendigvis er et resultat av et nasjonalt politikkvalg som skiftende regjeringer kan ta opp til vurdering, men er en konsekvens av våre internasjonale forpliktelser.

I andre lands lovgivning er den mest utbredte ordningen at behovet for internasjonal beskyttelse synliggjøres gjennom tillatelsessystemet. Dette er for eksempel tydelig i svensk, dansk, finsk, britisk, nederlandsk og canadisk rett.

Den mangel på tydelighet som ligger i gjeldende ordning, og de uheldige konsekvensene dette har hatt i forhold til å kunne kommunisere realitetene i norsk flyktningpolitikk i den offentlige debatten, tilsier at det er grunn til å foreta endringer i lovverket.

Utvalget foreslår derfor at det gjennomføres endringer som innebærer at Norge, på samme måte som sammenliknbare land, synliggjør gjennom tillatelsessystemet hvem det er som får opphold som følge av våre internasjonale forpliktelser. Gjennom gjeldende lovverk er det kun i relasjon til dem som anerkjennes som konvensjonsflyktninger at dette i dag er gjennomført i norsk praksis.

Et aktuelt tiltak vil være å foreta en endring av den norske tilnærmingen når det gjelder retten til

anerkjennelse som konvensjonsflyktning, slik at flere av dem som har krav på beskyttelse etter flyktningkonvensjonen oppnår status som (konvensjons)flyktninger. Dette spørsmålet vil bli nærmere drøftet i kapittel 6.9.2. Et annet aktuelt tiltak vil være å sørge for at det også etableres et tydelig skille mellom dem som har et folkerettslig vern mot utsendelse uten å være konvensjonsflyktninger, og dem som får opphold etter en skjønnsmessig vurdering av den humanitære situasjonen. Dette kan enten gjøres ved at den førstnevnte kategorien innrømmes status som flyktninger, eller ved at man introduserer en særskilt kategori med beskyttelsesstatus i tillegg til flyktningkategorien. Dette drøftes nærmere i kapittel 6.9.3.

6.9.2 Innarbeiding av flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) i en ny norsk utlendingslov

6.9.2.1 Utvalgets forslag til ny tilnærming til flyktningbegrepet under en ny lov

Den tilnærmingen man har valgt i norsk rett, hvor man anser flyktningvurderingen under non refoulement-bestemmelsen i artikkel 33(1) og flyktningvurderingen under artikkel 1A(2) som to atskilte spørsmål, er særegen for Norge. Så langt utvalget har klart å bringe på det rene, er det ikke noe annet land som opererer med et slikt skille.

I tillegg har særlig følgende blitt anført som argumenter for en endret tilnærmingen til tolkningsspørsmålet i norsk praksis:

- Fordi flyktningvurderingen i forhold til artikkel 1A(2) utelukkende vurderes som et statusspørsmål, anses det legitimt å foreta en restriktiv tolkning. Dermed blir en svært lav andel av dem som gis beskyttelse formelt anerkjent som flyktninger. Fordi det i befolkningen er mange som oppfatter det slik at det bare er anerkjente flyktninger som har et reelt behov for beskyttelse, skapes det grunnlag for feiloppfatninger om realitetene i norsk flyktningpolitikk.
- I internasjonal sammenheng kan det ha en negativ effekt for flyktningbeskyttelsen dersom enkelte stater sender signaler om en restriktiv vurdering av flyktningkonvensjonens beskyttelsesbestemmelser. Det forhold at enkelte av de statene som praktiserer en restriktiv fortolkning av flyktningkonvensjonen kan vise til at de opererer med andre og videre beskyttelsesinstrumenter, vil ikke nødvendigvis være tydelig utad.
- Selv om også ikke-flyktninger med et beskyttelsesbehov vil bli gitt beskyttelse og innvilget opphold i Norge, tilsvarer ikke rettsposisjonen for ikke-flyktninger fullt ut den posisjon som etter konvensjonen tilkommer flyktninger. Ikke-flyktninger har for eksempel ikke rett til å få utstedt reisedokument for flyktning jf. konvensjonen artikkel 28.

De argumentene som kan anføres til støtte for den tradisjonelle norske tilnærmingen, er i hovedsak knyttet til bevisspørsmålet. I de tilfeller hvor myndighetene finner det mest sannsynlig at søkeren gir uriktige opplysninger om faktum, men hvor det likevel er slik usikkerhet at flyktningkonvensjonen artikkel 33(1) er til hinder for retur, vil det kunne fremstå som utilfredsstillende å innrømme søkeren status som flyktning.

Utvalget finner for øvrig ingen grunn til å anta at en omlegging av praksis som fører til at noen flere av dem som får opphold blir anerkjent som flyktninger, vil ha noen betydning for asyltilstrømningen.

Den omstendighet at de europeiske land som vil utgjøre alternative mål for asylsøkere som overveier å dra til Norge, ikke sondrer mellom vurderingen etter flyktningkonvensjonen artikkel 33(1) og vurderingen i forhold til spørsmålet om flyktningstatus, tilsier også at en omlegging av det norske systemet neppe i seg selv vil medføre en økt tilstrømning av asylsøkere med grunnløse søknader.

Utvalget vil videre bemerke at hvilke rettigheter og sosiale goder som følger med en status som flyktning, langt på vei er undergitt den enkelte stats skjønn. Visse rettigheter følger av flyktningkonvensjonen, men for øvrig står den enkelte stat fritt. De rettigheter og goder som Norge i dag innrømmer personer som gis flyktningstatus, går lenger enn det vi er folkerettslig forpliktet til. Skulle det vise seg at en omlegging av dagens ordning etter de linjer som utvalget foreslår - med en felles vurdering etter flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) og 33(1) - fører til en uønsket tilstrømning, kan det være vel så nærliggende å se nærmere på de rettigheter og goder alle flyktninger får, som å gå tilbake til å dele dem vi er folkerettslig forpliktet til å beskytte i et "A-lag" og et "B-lag".

Ut fra en totalvurdering mener utvalget at de beste grunner taler for at man bør foreta en endring av den norske tilnærmingen til flyktningbegrepet. Et vesentlig argument for utvalget har vært de signalmessige aspekter. Det skillet man i dag opererer med mellom beskyttelsesbestemmelsen i utlendingsloven § 15 første ledd første punktum på den ene side og flyktningbestemmelsen på den annen side har skapt problemer i forhold til å kommunisere realitetene i norsk beskyttelsespolitikk. Som beskrevet går denne ut på at det foreligger en folke-

rettslig plikt til å gi beskyttelse i alle tilfeller der en bevis- og risikovurdering i forhold til flyktningkonvensjonen artikkel 33(1) - som gjenspeiles i lovens § 15 første ledd første punktum - tilsier at vedkommende ikke kan sendes hjem. Da er det etter utvalgets mening naturlig å bruke betegnelsen "flyktning" på alle som omfattes av denne retten til beskyttelse mot forfølgelse. Unntak bør bare gjøres i de tilfeller hvor utlendingen bedømmes som uverdig for flyktningstatus. I den grad en slik utlending likevel har krav på beskyttelse på grunn av prinsippet om non refoulement, bør vedkommende ha en mindre privilegert status, jf. kapittel 6.9.7.2.

Dersom flyktningvurderingen blir likestilt i de to nevnte relasjoner, vil spørsmålet om det foreligger en relativt vid skjønnsmargin når det gjelder hvem som skal anerkjennes som flyktninger i norsk rett være mindre sentralt. En viss grad av handlefrihet vil likevel bestå der det ikke eksisterer noen konsensus mellom statene om tolkningen, ettersom det ikke er aktuelt med noen bindende internasjonale avgjørelser om tolkningsspørsmål.

I gjeldende utlendingslov er flyktningbegrepet inkorporert gjennom en direkte henvisning til flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Det at man kun har henvist til flyktningdefinisjonen uten å synliggjøre definisjonens nærmere innhold i selve lovteksten, har etter flere aktørers oppfatning vært pedagogisk uheldig. Det blir hevdet at dette forholdet har bremset en dynamisk implementering av flyktningbegrepet i norsk praksis.

I Danmark og Nederland er situasjonen på tilsvarende måte som i Norge at det bare er gitt en henvisning til flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). I Sverige og Finland er det tekstlige hovedinnholdet i artikkel 1A(2) derimot gjengitt i selve lovteksten.

Utvalget deler den oppfatning at det kan ha klare pedagogiske fordeler dersom flyktningbegrepets sentrale innhold fremkommer tydeligere i selve lovteksten. Det bør derfor som et minimum gjelde at lovteksten gjengir det tekstlige hovedinnholdet i konvensjonens flyktningdefinisjonen. Det aktuelle spørsmål er etter utvalgets vurdering om man bør gå enda lenger og innarbeide en mer utfyllende definisjon av hvem som er konvensjonsflyktning enn hva som er angitt i konvensjonens egen tekst. Et sentralt forhold i denne sammenheng er at en slik utfyllende definisjon nettopp er innarbeidet i EUs statusdirektiv (jf. nærmere nedenfor om selve innholdet i definisjonen).

Som nevnt foran mener utvalget at flyktningvurderingen i norsk praksis har vært mer restriktiv enn i de fleste andre europeiske land, og det vil etter utvalgets mening være ønskelig å etablere en praksis som er mer harmonisert med bildet i den internasjonale rettsutviklingen, og bidra til en dynamisk utvikling av flyktningbegrepets innhold.

EUs statusdirektiv faller utenfor EØS-avtalen og Norges deltakelse i Schengensamarbeidet. Norge er derfor ikke forpliktet til å gjennomføre direktivet i norsk rett. I den grad man finner det hensiktsmessig å innarbeide nærmere presiseringer av enkelte ledd i flyktningdefinisjonen i lovverket, kan direktivet likevel være et nyttig grunnlag. Direktivbestemmelsene gir hensiktsmessige avklaringer uten å stenge mulighetene for en dynamisk og fleksibel anvendelse av flyktningkonvensjonens flyktningdefinisjon. Videre kan det i lys av Dublinsamarbeidet være heldig å signalisere overfor omverdenen at Norge fører tilnærmet samme politikk på dette området som de fleste andre europeiske land. Utvalget legger til grunn at EU-landene vil måtte foreta en relativt detaljert innarbeiding av direktivets standarder i sin nasjonale lovgivning for å oppfylle de krav til gjennomføring som praktiseres i EU.

De to sentrale elementene i flyktningdefinisjonen er forfølgelsesgrunnene og forfølgelsesbegrepet. Den nærmere drøftelse av hvordan disse to delene av flyktningbegrepet kan defineres i en ny lov, vil bli foretatt i kapittel 6.9.2.2 og 6.9.2.3. I kapittel 6.9.2.4 behandles bevis- og riskokravet, og i kapittel 6.9.2.5 behandles særskilte spørsmål om identitetstvil. I kapittel 6.9.2.6 behandles spørsmål som gjelder kjønnsperspektivet ved flyktningvurderingen. I kapittel 6.9.2.7 omhandles spørsmål knyttet til menneskehandel. Internfluktspørsmålet behandles i kapittel 6.9.2.8.

6.9.2.2 Forfølgelsesgrunnene

Som påpekt i kapittel 6.2.2.1 er det i første rekke i forhold til forfølgelseskriteriene "medlemskap i en spesiell sosial gruppe" og "politisk oppfatning" at det i norsk praksis har vært særlig diskusjon om tolkningsspørsmål. De øvrige forfølgelseskriteriene har i mindre utstrekning vært gjenstand for diskusjon i forhold til innhold og rekkevidde.

I EUs statusdirektiv er alle forfølgelseskriteriene gitt en nærmere definisjon, jf. artikkel 10 nr. 1:

> "Member States shall take the following elements into account when assessing the reasons for persecution:
> a) the concept of race shall in particular include considerations of colour, descent, or membership of a particular ethnic group;
> b) the concept of religion shall in particular include the holding of theistic, non-theistic

and atheistic beliefs, the participation in, or abstention from, formal worship in private or in public, either alone or in community with others, other religious acts or expressions of view, or forms of personal or communal conduct based on or mandated by any religious belief;

c) the concept of nationality shall not be confined to citizenship or lack thereof but shall in particular include membership of a group determined by its cultural, ethnic, or linguistic identity, common geographical or political origins or its relationship with the population of another State;

d) a group shall be considered to form a particular social group where in particular:
   - members of that group share a characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it, and
   - that group has a distinct identity in the relevant country, because it is perceived as being different by the surrounding society;
   - depending on the circumstances in the country of origin, a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation. Sexual orientation cannot be understood to include acts considered to be criminal in accordance with national law of the Member States: Gender related aspects might be considered, without by themselves alone creating a presumption for the applicability of this Article;

e) the concept of political opinion shall in particular include the holding of an opinion, thought or belief on a matter related to the potential actors of persecution mentioned in Article 6 and to their policies or methods, whether or not that opinion, thought or belief has been acted upon by the applicant."

I artikkel 10 nr. 2 er det videre fastsatt at det er uten betydning om søkeren faktisk har slike kjennetegn som har utløst forfølgelsen, dersom slike kjennetegn blir tillagt vedkommende av dem som står ansvarlig for forfølgelsen.

Med unntak for definisjonen av sosial gruppe oppfatter utvalget at det er allment bred enighet om de definisjonene som her er angitt. De ulike definisjonene er etter utvalgets oppfatning også godt egnet til å synliggjøre hvilket innhold som ligger i konvensjonsteksten.

Når det gjelder definisjonen av begrepet sosial gruppe, har utvalget merket seg at EU opererer med en mindre vidtrekkende definisjon enn den som er angitt i UNHCRs anbefalinger, jf. kapittel 6.2.2.2. Utvalget legger definisjonen i statusdirektivet til grunn for lovutkastet. Harmoniseringshensynet veier tungt, og EU-definisjonen er enklere å forholde seg til enn UNHCRs definisjon. Uansett vil personer som faller utenfor utvalgets forslag til definisjon, men innenfor UNHCRs definisjon, normalt være vernet mot utsendelse og ha krav på flyktningbeskyttelse i medhold av lovutkastet § 33 første ledd bokstav b. Videre er EUs definisjon ikke uttømmende, i motsetning til formuleringen i UNHCRs anbefalinger.

Det vises til lovutkastet § 40.

6.9.2.3 Forfølgelsesbegrepet

Når det gjelder forfølgelsesbegrepet, har utvalget vært i tvil om hvorvidt dette bør defineres nærmere. Det sentrale vurderingstemaet under dette begrepet er om søkeren er utsatt for en risiko for så alvorlige overgrep at det bør foreligge en rett til internasjonal beskyttelse. Ved at begrepet står åpent vil innholdet blant annet kunne tilpasses utviklingen på menneskerettsfeltet for øvrig.

Flere aktører har imidlertid påpekt at det vil være fordelaktig å lovfeste en definisjon som inneholder en klar og direkte henvisning til menneskerettighetene, for på denne måten å sikre et dynamisk menneskerettsperspektiv ved vurderingen. Men som påpekt i kapittel 6.2.3, er det visse problemer knyttet til å operere med en absolutt forbindelse mellom en bestemt type menneskerettskrenkelser og forfølgelsesbegrepet.

Utvalget har vurdert den definisjonen av forfølgelsesbegrepet som er inntatt i EUs statusdirektiv artikkel 9 nr.1, og anser at denne definisjonen egner seg som definisjon av forfølgelsesbegrepet også i en ny lov. Definisjonen er gjengitt i kapittel 6.2.3. Definisjonen retter fokus mot at overgrepene må vurderes i et menneskerettsperspektiv, samtidig som det markeres at det i forhold til enkeltstående overgrep kreves at disse er av en viss alvorlighetsgrad før det kan gjøres gjeldende et rettskrav på internasjonal beskyttelse. Definisjonen inneholder for øvrig også en tydelig henvisning til at det må foretas en kumulativ analyse i de tilfeller hvor det foreligger flere ulike typer av overgrep,.

I artikkel 9 nr. 2 er det nevnt ulike eksempler på overgrep som vil kunne utgjøre forfølgelse dersom de når opp til et slikt alvor som angitt i artikkel 9 nr. 1. Utvalget anser at en slik bestemmelse som i artikkel 9 nr. 2 vil kunne ha en heldig pedagogisk verdi, og vil anbefale at en tilsvarende bestemmelse inntas i loven.

Som beskrevet i kapittel 6.2.3 anerkjenner man i dag i norsk praksis at det kan foreligge en rett til beskyttelse og flyktningstatus også i tilfeller hvor risikoen for forfølgelse skyldes ikke-statlige forfølgere, forutsatt at myndighetene mangler vilje eller evne til å gi beskyttelse. Utvalget anser likevel at det kan være grunn til å lovfeste dette prinsippet, og finner det naturlig at man - på samme måte som i EUs statusdirektiv[92] - legger avgjørende vekt på om de fungerende myndighetene er ute av stand til, eller ikke er villige til, å treffe rimelige tiltak for å forhindre forfølgelsen, blant annet gjennom et virksomt system for å oppdage, rettsforfølge og straffe handlinger som utgjør forfølgelse.

Det vises til lovutkastet § 39.

6.9.2.4 Bevis- og risikokrav

Når det gjelder kravet til bevis og risiko, vises det til det som er sagt om dette i kapittel 6.2.4. Som der beskrevet gjelder bevis- og risikokravet prinsipielt sett to atskilte spørsmål. Samtidig er det nødvendig å vurdere spørsmålene i sammenheng, og det er også nødvendig å foreta en bredere totalvurdering hvor man blant annet også legger vekt på alvoret ved det overgrep søkeren eventuelt risikerer.

Utvalget finner det klart at man ikke kan operere med noe generelt prinsipp om sannsynlighetsovervekt i bevismessig sammenheng når det gjelder anførsler knyttet til beskyttelse. Det vises til det som er beskrevet i kapittel 6.2.4.2 om behovet for å la tvil komme søkeren til gode i tilfeller hvor vedkommende fremstår som generelt troverdig.

Utvalget har vurdert muligheten av å lovfeste en bevisregel som fastsetter at man må fravike det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt i saker om beskyttelse. Når man likevel har unnlatt å gjøre dette, skyldes det at bevisvurderingen i beskyttelsessaker må foretas ut fra en konkret helhetsvurdering. Med bakgrunn i at det ikke vil kunne angis en generell og fastlagt terskel for beviskravet, egner dette seg etter utvalgets oppfatning ikke for nærmere lovregulering.

Når det gjelder risikokravet vil det som beskrevet i kapittel 6.2.4.3 måtte opereres med en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt for at risikoen skal materialisere seg i faktiske overgrep. Det avgjørende må være om risikoen for overgrep er reell.

Utvalget anser det klart at det er en objektivisert bedømmelse av risikoen som bør være avgjørende for om søkeren har en velgrunnet frykt for å bli utsatt for forfølgelse. Som beskrevet i kapittel 6.2.4.3 synes det imidlertid verken rimelig eller hensiktsmessig å operere med en absolutt skranke mot at forsterket subjektiv frykt hos søkeren ***kan*** tillegges vekt i en samlet vurdering. Den nærmere vurdering må uansett overlates til praksis.

Utvalget vil videre bemerke at det er situasjonen på det tidspunkt vedtak fattes eller eventuelt den endrede situasjonen på utreisetidspunktet som må være avgjørende for risikovurderingen og ikke situasjonen på et tidligere tidspunkt forut for vedtaket.

6.9.2.5 Tvil om utlendingens identitet

I asylsaker vil det ofte mangle dokumentasjon for søkerens identitet. Færre enn 20 prosent av dem som søkte asyl i 2002 kunne fremlegge pass. I en del tilfeller ble det imidlertid fremlagt andre identitetsdokumenter.

I forhold til den som er forfulgt av hjemlandets myndigheter eller som kommer fra et land hvor dokumentasjon for identitet er vanskelig å fremskaffe, kan det være forståelig om vedkommende mangler identitetspapirer. Dersom det blir gitt en troverdig forklaring på hvorfor identitetsdokumenter mangler, legges som utgangspunkt den forklaring vedkommende selv gir til norske myndigheter til grunn med mindre man har klare holdepunkter for noe annet.

I mange tilfeller er forholdet at asylsøkere har hatt pass eller annet identitetsdokument før eller etter at de kom til Norge, men at de har kvittet seg med dette på den siste reisestrekningen, eller før de kontaktet norske myndigheter. Det er ikke uvanlig at asylsøkere åpent forklarer at det nettopp er dette som har skjedd og at bakgrunnen for at de har valgt å kvitte seg med pass og billetter er at de har blitt oppfordret til dette av menneskesmuglere som ordnet reisen for dem. Den viktigste grunnen er trolig at smugleren og/eller utlendingen selv tror at muligheten for å få opphold i Norge øker dersom vedkommende er uten dokumenter. I en del tilfeller er også det faktiske forhold at det kan være praktisk umulig å gjennomføre en ufrivillig retur dersom reisedokument eller annet identitetsdokument ikke forefinnes. Erfaring har videre vist at en del asylsøkere fremmer søknad om asyl i flere land, og enkelte vender tilbake under ny identitet etter tidligere å ha fått avslag.

Utvalget vil bemerke at dersom asylsøkeren ikke medvirker til å avklare sin egen identitet er dette et brudd på en plikt i henhold til loven som vil kunne straffes og som også kan føre til utvisning. Videre vil selvsagt en mangel på medvirkning til å

92. Jf. artikkel 6

avklare egen identitet ha betydning for hvordan man bedømmer vedkommendes generelle troverdighet i asylsaken.

En vanskelig situasjon oppstår i de sammenhenger hvor man er i tvil om identiteten, men hvor vedkommende ikke utviser manglende vilje til å gjøre det som kan forventes for at identiteten skal klarlegges. I slike tilfeller må det på samme måte som i forhold til andre bevisspørsmål tas hensyn til den spesielle bevisproblematikken som kan foreligge i asylsaker og tvilen må komme søkeren til gode i den grad dette følger av prinsippet om *benefit of the doubt*, jf. kapittel 6.2.4.2 og 6.9.2.4.

Dette innebærer samtidig at den identitet som i enkelte tilfeller legges til grunn av utlendingsmyndighetene og som er avgjørende for hvilken identitet utlendingen blir registrert med i riket, ikke trenger å være sannsynliggjort i en slik grad at man kan være trygg på at den er korrekt. Det bemerkes i denne sammenheng at selv i de tilfeller hvor identitetsdokumenter fremlegges, vil det på grunn av manglende notoritet knyttet til ulike typer dokumenter fra enkelte asylproduserende land, uansett kunne herske tvil om identitetsopplysningene i en del saker.

Utlendingsdirektoratet har opplyst i brev av 13.03.03 til utvalget at det meget sjelden forekommer at det blir innvilget asyl eller opphold på humanitært grunnlag i saker der man ikke finner at det er overvekt av sannsynlighet for at søkerens oppgitte identitet er klarlagt.

Det prinsippet som i dag er nedfelt i utlendingsforskriften § 128 annet ledd om at man ikke kan pålegge en asylsøker å ta kontakt med sitt hjemlands myndigheter for å avklare identitetsspørsmålet, forvansker prosessen med å klarlegge sikker identitet. Etter utvalgets vurdering bør det nevnte prinsippet modifiseres. Det er riktignok opplagt at det ofte vil være i strid med det anførte behovet for beskyttelse å pålegge søkeren å kontakte hjemlandets myndigheter, men dette er ikke alltid tilfellet. Det kan blant annet vises til at den største nasjonalitetsgruppen som ble innvilget asyl i 2002 var borgere av Serbia og Montenegro[93]. I henhold til tall utvalget har mottatt fra Utlendingsdirektoratet var det kun 1,1% av søkerne som ble registrert med pass ved ankomst. De aller fleste av dem som fikk asyl av de jugoslaviske borgerne var etniske serbere som flyktet fra albansk forfølgelse i Kosovo. For denne gruppen – som altså ikke var i konflikt med hjemlandets myndigheter – ville det for de flestes vedkommende ikke være noe problem å fremstille seg for den jugoslaviske ambassaden i Norge.

6.9.2.6 Flyktningvurderingen i et kjønnsperspektiv

Som nevnt i kapittel 6.2.2.3 er det nødvendig å ha et helhetlig kjønnsperspektiv ved tolkningen av flyktningkonvensjonen. Særlig oppmerksomhet må rettes mot at kvinner kan være utsatt for andre overgrep og overgrepssituasjoner enn hva som er typisk for menn. Likeledes må oppmerksomheten rettes mot at forfølgelse på grunn av at kvinner bryter med sosiale kjønnsrollemønstre eller lignende (kjønnsbasert forfølgelse) kan knyttes til flyktningkonvensjonens forfølgelsesgrunner.

Utvalget vil understreke at det er begrenset i hvilken utstrekning konkrete problemstillinger på feltet kan besvares tydelig gjennom lovgiving. Det kan derimot være god grunn til å utforme nærmere nasjonale retningslinjer for å styre praksis.

Det finnes neppe et klart svar på hvor langt de folkerettslige forpliktelsene under flyktningkonvensjonen generelt strekker seg i forhold til å anerkjenne vold på den private arena som grunnlag for flyktningbeskyttelse. Det er fortsatt grunn til å anta at det kan foretas en individuell vurdering hvor både innvandringsmessige konsekvenshensyn, kontrolltekniske hensyn og politiske ansvarsvurderinger, sett i lys av den internasjonale utviklingen på flyktningfeltet og menneskerettsfeltet for øvrig, vil være momenter av betydning. Et utgangspunkt som må kunne fastslås, er at det i de tilfeller hvor det foreligger en risiko for umenneskelig behandling som ville bli ansett å være til hinder for retur i henhold til blant annet EMK artikkel 3, alltid vil være grunnlag for anerkjennelse som flyktning dersom de øvrige kriteriene i flyktningdefinisjonen er oppfylt.

Nedenfor vil utvalget drøfte enkelte forfølgelsessituasjoner som er spesielt aktuelle for kvinner. Det vises også til kapittel 6.9.2.7 hvor spørsmålet om beskyttelse til ofre for menneskehandel er drøftet særskilt.

Vold i hjemmet

Frykt for vold på den private arena er en fluktgrunn som stadig hyppigere blir anført i asylsakssammenheng. Av særlig praktisk betydning er de tilfeller hvor søkeren er en kvinne som anfører at hun blir utsatt for mishandling av sin ektefelle, og at hun av frykt for ytterligere eller mer alvorlige overgrep ikke våger eller har mulighet for å bryte ut av forholdet. På samme måte som voldsovergrep

93. Tidligere: Den Føderale Republikken Jugoslavia

for øvrig vil vold i hjemmet som utgangspunkt kunne utgjøre forfølgelse.

Vold mot kvinner i ekteskapet er et særlig utbredt og delvis akseptert fenomen i mange flyktningproduserende områder, og innvandringspotensialet er derfor betydelig ved anerkjennelse av slik vold som grunnlag for flyktningbeskyttelse. Dette gjelder selv om det ligger en vesentlig reservasjon i at den aktuelle forfølgelsen må kunne knyttes til en av forfølgelsesgrunnene i flyktningdefinisjonen, eller i at hjemlandets myndigheter må være uten evne eller vilje til å gi beskyttelse. I de senere år har det også vært en betydelig økning i antallet tilfeller hvor denne type forhold har vært anført som beskyttelsesgrunn. Som fenomen av noe omfang utgjør derfor saker som gjelder vold i hjemmet en relativt ny og stadig mer aktuell utfordring på flyktningfeltet.

Et vesentlig problem når det gjelder håndteringen av disse sakene i praksis, er at verken tidligere overgrep eller den anførte fremtidige risikoen for overgrep normalt vil kunne dokumenteres eller være mulige å undergi en konkret eller tilfredsstillende etterprøving på annen måte.

Både det store innvandringspotensialet og de betydelige kontrolltekniske problemene som er knyttet til den konkrete vurdering av denne typen saker, må trolig anses som sentrale forklaringer på hvorfor det har vært svært vanskelig for kvinner som har anført denne type risikoforhold å bli innrømmet en rett til internasjonal beskyttelse.

Samtidig er det klart at det også på flyktningfeltet har skjedd en internasjonal utvikling når det gjelder anerkjennelsen av at kvinner er særskilt utsatt for grove krenkelser i andre sammenhenger og situasjoner enn hva som gjelder for menn.[94] Både i internasjonal praksis og i UNHCRs retningslinjer finner man klar støtte for at kvinner som er utsatt for vold i hjemmet vil kunne regnes som forfulgt på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe, dersom det som følge av en diskriminerende holdning fra hjemlandets myndigheter ikke er mulig å søke deres beskyttelse, jf. kapittel 6.2.2.2.

Tvangsekteskap

Anførsler knyttet til tvangsekteskap forekommer stadig oftere i asylsakssammenheng.

Tvangsekteskap vil kunne ramme både kvinner og menn, og kjennetegnes ved at den ene eller begge parter blir tvunget med vold, trusler om vold eller andre trusler til å inngå ekteskap mot sin vilje.

Det må alltid foretas en særskilt vurdering av om tvangen kan anses å ha sitt grunnlag i en konvensjonsgrunn for at det skal foreligge en rett til flyktningbeskyttelse.

Tvangsekteskap er en alvorlig form for overgrep som innebærer en grov krenkelse av individets frihet. Dersom søkeren ikke har noen mulighet for å motsette seg inngåelsen av ekteskapet, står man overfor et klart tilfelle av forfølgelse.

I praksis vil forholdet ofte være at søkeren kan motsette seg inngåelsen av ekteskapet, men at vedkommende da vil bli utsatt for overgrep eller vil bli møtt med alvorlige reaksjoner. Rent konkret vil derfor det relevante spørsmålet normalt være om den tvangen som utøves konstituerer forfølgelse. I de tilfeller hvor det er snakk om en risiko for drap eller alvorlig fysisk avstraffelse, vil svaret være klart nok. De problematiske tvilstilfellene oppstår i de situasjoner hvor den reaksjonen søkeren kan forvente, er utstøtelse fra familien og/eller det sosiale miljøet søkeren lever i.

Sosial utstøtelse vil normalt ikke kunne anses som forfølgelse. Her vil det imidlertid være nødvendig å foreta en konkret og individuell vurdering hvor man blant annet må se hen til søkerens individuelle situasjon og forholdene i det samfunn søkeren kommer fra, for å vurdere de konkrete konsekvensene av en utstøtelse.

Norsk praksis er streng når det gjelder flyktningvurderingen i tvangsekteskapstilfellene. For det første kan dette skyldes de faktiske vanskelighetene som i mange tilfeller foreligger i forhold til å trekke grensen mellom de arrangerte ekteskap hvor søkeren er under et visst press fra nærmeste familie i forhold til å inngå ekteskapet, og de tilfeller hvor det er snakk om å bli utsatt for direkte tvangsmessige overgrep eller alvorlige straffereaksjoner. Innvandringspotensialet er betydelig dersom man åpner for at også ulike former for sosialt press skal kunne danne grunnlag for beskyttelse. For det andre er de bevismessige problemene i denne typen saker ofte betydelige. Man har stort sett utelukkende søkerens egne opplysninger å forholde seg til, og vurderingstemaet i bevis- og risikosammenheng vil være rettet mot en bedømmelse av hvordan nære familiemedlemmer av søkeren vil opptre i forhold til en familiekonflikt. Noen faktiske muligheter for å foreta nærmere undersøkelser som kan klarlegge faktum i saken, foreligger normalt ikke.

Fordi både kvinner og menn kan være ofre for tvangsekteskap, er det ikke uten videre slik at denne formen for overgrep kan regnes som kjønnsrelatert forfølgelse. Etter en konkret vurdering vil det likevel kunne være klart at en kvinne som risikerer å bli tvangsgiftet vil ha særlige pro-

94. Jf. UNHCR Guidelines om kjønnsrelatert forfølgelse og EUs statusdirektiv artikkel 9 nr. 2 (f).

blemer med å finne beskyttelse mot et slikt overgrep som følge av at hjemlandets myndigheter har en diskriminerende holdning til kvinner (i denne typen situasjoner). I så fall vil kravet til årsakssammenheng mellom forfølgelsen og en av flyktningdefinisjonens forfølgelsesgrunner (medlemskap i en spesiell sosial gruppe) kunne anses oppfylt.

Kjønnslemlestelse

Tvungen kjønnslemlestelse vil alltid utgjøre et alvorlig tilfelle av forfølgelse. I praksis vil imidlertid spørsmålet ikke være om kjønnslemlestelse i seg selv kan utgjøre forfølgelse, men om den tvang som eventuelt utøves overfor den som risikerer overgrepet, utgjør forfølgelse.

Den nærmere vurdering på dette punkt vil bli tilsvarende som i forhold til tvangsekteskapstilfellene. Normalt vil imidlertid anførsler om risiko for kjønnslemlestelse i enda større grad være aktuelle i forhold til unge piker, og dette vil derfor ved den individuelle vurderingen kunne få betydning for hvordan man for eksempel vurderer alvoret av en eventuell sosial utstøtelse, og hvilken vekt man legger på søkerens subjektive frykt mv.

Kjønnslemlestelse er et overgrep som rammer kvinner og som er knyttet til søkerens kjønnstilhørighet. I tilfeller hvor det foreligger en risiko for kjønnslemlestelse vil det således ikke være tvil om at risikoen skyldes søkerens medlemskap i en spesiell sosial gruppe.

6.9.2.7 Særlig om ofre for menneskehandel

Som nevnt i kapittel 6.7, er Norge er forpliktet til på ulike måter å beskytte og bistå ofre for menneskehandel som befinner seg her i landet, selv om de ikke kan utlede et krav på midlertidig eller varig opphold direkte av reglene i kvinnekonvensjonen artikkel 6 eller protokollen om forebygging, bekjemping og strafforfølging av menneskehandel.

Etter utvalgets forslag skal spørsmålet om beskyttelse for ofre for menneskehandel på samme måte som under gjeldende lov vurderes i henhold til de alminnelige beskyttelsesbestemmelsene. Utvalget har med andre ord ikke foreslått noen særbestemmelse om beskyttelse av denne gruppen overgrepsofre.

I saker hvor det ikke gis rett til beskyttelse fordi det ikke foreligger noen fremtidig forfølgelsesfare, kan det i visse tilfeller likevel vært grunnlag for oppholdstillatelse etter den generelle rimelighetsbestemmelsen som utvalget har foreslått, jf. kapittel 9. Det bemerkes for øvrig at dersom det skulle være aktuelt for norske myndigheter å gi beskyttelse til ofre for menneskehandel etter henvendelse fra internasjonal organisasjon eller en annen stat, for eksempel som ledd i vitnebeskyttelse, vil det være den bestemmelsen utvalget har foreslått i lovutkastet § 44 som er aktuell, jf. kapittel 6.9.9.

Utvalget har vurdert om det bør gis regler i lov eller forskrift om en refleksjonsperiode. Den nåværende ordning ble imidlertid innført for kort tid siden (mars 2004), og utvalget har ikke kjennskap til hvordan den har fungert. Det er ikke ønskelig å lovfeste regler om en refleksjonsperiode på det erfaringsgrunnlaget som foreligger. Videre vil Utlendingsdirektoratet formodentlig fortsette med å stille bortvisnings- og utvisningssaker i bero i aktuelle saker. Og dersom myndighetene får opplysninger som kan tyde på at noen er eller kan ha vært offer for menneskehandel etter at det er truffet vedtak om bortvisning eller utvisning, kan iverksettingen av vedtaket utsettes inntil vedkommende har fått anledning til å områ seg. Utvalget har på denne bakgrunn ikke valgt å fremme forslag om å lovfeste noen regler om en refleksjonsperiode.

6.9.2.8 Internflukt

Det rettslige grunnlaget for å vurdere om en utlending kan søke tilflukt i andre deler av hjemlandet enn det området han har forlatt, er beskrevet i kapittel 6.2.6. Det avgjørende er, som angitt der, om utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre områder av hjemlandet, og at det eventuelt ikke er urimelig å henvise vedkommende til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet. Utvalget anser at det kan være grunn til å presisere dette prinsippet i loven. Det vises til at en tilsvarende bestemmelse er fastsatt i EUs statusdirektiv artikkel 8.[95]

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 39 fjerde ledd.

6.9.3 Beskyttelse for personer som faller utenfor flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)

Det følger av fremstillingen over at flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) ikke gir en uttømmende anvisning på hvilke personer Norge er internasjonalt forpliktet til å gi beskyttelse. Også andre enn konvensjonsflyktninger vil kunne ha krav på internasjonal beskyttelse dersom vedkommende risike-

95. I statusdirektivet er bestemmelsen gitt virkning både i forhold til konvensjonsflyktninger og i forhold til personer med subsidiær beskyttelse.

rer alvorlige former for overgrep, jf. nærmere om ulike prinsipper og bestemmelser av non refoulement-karakter i kapittel 6.4.

Et aktuelt spørsmål er derfor med hvilket innhold man skal definere en bestemmelse som supplerer flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), slik den er foreslått inkorporert i en ny norsk lov.

Beskyttelsesbestemmelsene i ulike sammenlignbare land har klare likhetstrekk med hensyn til hvordan man definerer den kategori beskyttelsestrengende som drøftes her. De sentrale elementene som gjentas i landenes lovgivning og regelsystemer, er følgende:

– beskyttelse mot risiko for dødsstraff
– beskyttelse mot risiko for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff

Både EUs statusdirektiv og blant annet den svenske og finske utlendingsloven har en særskilt henvisning til situasjoner med væpnet konflikt mv. Utvalget legger til grunn at slike tilfeller vil være dekket av EMK artikkel 3, dvs. av vernet mot tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling. Utvalget mener det må forutsettes at det alltid vil innebære umenneskelig behandling å returnere noen til en konfliktsituasjon hvor vedkommende står i reell fare for å bli et tilfeldig eller individuelt utpekt offer for krigshandlinger. Utvalget anser ikke at det vil være nødvendig å utforme en særskilt bestemmelse som retter seg mot denne typen situasjoner.

Utvalget mener at det vil være tilstrekkelig å utforme en bestemmelse som refererer seg til risiko for dødsstraff og til risiko for tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff. Bestemmelsen vil i så fall bli nærmest identisk med bestemmelsen i den danske utlendingsloven § 7 stk. 2:

> "Efter ansøgning gives der opholdstilladelse til en udlænding, hvis udlændingen ved en tilbagevenden til sit hjemland risikerer dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. En ansøgning som nævnt i 1. pkt. anses også som en ansøgning om opholdstilladelse efter skt. 1."

Praksis fra Menneskerettsdomstolen blir viet stor oppmerksomhet i medlemsstatene til Europarådet når det gjelder å fastlegge de internasjonale forpliktelsene med hensyn til beskyttelse utenfor flyktningkonvensjonens område. Domstolens praksis vil selvsagt også tillegges sentral betydning i norsk praksis når det gjelder tolkningsspørsmål knyttet til forbudet mot å returnere noen til tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling. Mens man i norsk praksis aldri vil kunne følge en mer restriktiv praksis enn Menneskerettsdomstolen, er det ikke noe til hinder for at praksis følger en mer liberal tolkning.

Det neste spørsmål gjelder hvordan man i en ny lov bør etablere et tydelig skille mellom på den ene side dem som ikke er konvensjonsflyktninger, men som likevel har et folkerettslig vern mot utsendelse, og på den annen side dem som får opphold etter en skjønnsmessig vurdering av den humanitære situasjon. Dette kan enten gjøres ved at den førstnevnte kategorien innrømmes status som flyktninger på lik linje med konvensjonsflyktningene, eller ved at man introduserer en særskilt (subsidiær) beskyttelseskategori som kun omfatter denne gruppen. Et slikt terminologisk skille kan eventuelt betraktes som et poeng i seg selv. Videre vil et skille være en nødvendig konsekvens av et eventuelt ønske om å forskjellsbehandle de to gruppene i forhold til sosiale goder og andre rettigheter.

I OAU-konvensjonen og Cartagena-deklarasjonen regnes begge kategorier av beskyttelsestrengende som flyktninger.

OAU-konvensjonen artikkel 1(1) inneholder tilsvarende definisjon av en flyktning som flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), mens det i artikkel 1(2) er tilføyd:

> "The term refugee shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality."

Cartagena-deklarasjonen konklusjon nr. 3:

> "[ ] in addition to containing elements of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, includes among refugees persons who have fled their country because their lives, safety or freedom has been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order."

Bildet varierer i forhold til hvordan beskyttelsesreglene er bygd opp i sammenlignbare land. I Danmark og Nederland er ordningen at man ikke anvender begrepet "flyktning" i selve loven. I både Danmark og Nederland er det likevel vanlig at man i alminnelig tale benevner begge de angitte kategorier beskyttelsestrengende som "flyktninger".

I Finland, Sverige, Storbritannia og Canada og i EUs statusdirektiv opererer man med to kategorier beskyttelsestrengende: Flyktninger og andre med rett til beskyttelse.

I Danmark, Sverige, Finland og Nederland synes det å være helt marginale forskjeller mellom de to beskyttelseskategoriene med hensyn til sosial goder og andre rettigheter. I Storbritannia gjøres det visse forskjeller, blant annet når det gjelder familiegjenforening.

Det vesentlige motargumentet på det terminologiske plan mot å kategorisere andre enn konvensjonsflyktninger som "flyktninger", må i første rekke anses å være harmoniseringsaspektet i forhold til EU og de europeiske landene, og at det i forhold til sammenligninger mellom Norges og andre europeiske lands flyktningpolitikk kan være uheldig at man opererer med et annet flyktningbegrep i lovgivningen i Norge enn i andre land. Som nevnt ovenfor, er det imidlertid slik at man i enkelte av disse landene i det daglige omtaler begge grupper under fellesbetegnelsen "flyktninger". I forhold til statistikkbehov vil det uansett være mulig å skille mellom de to gruppene ved å presisere hjemmelen i tilstrekkelig grad i vedtakene om oppholdstillatelse.

I forhold til spørsmålet om sosiale goder og andre rettigheter vil forslaget enten få direkte virkning eller skape behov for endringer på følgende felt:

- Retten til reisebevis for flyktning
- Trygdemessige rettigheter
- Flyktningstipend fra Lånekassen
- Familieinnvandring/reisestøtte
- Opphør av flyktningstatus

Det er grunn til å påpeke at det utenfor de situasjoner hvor man eventuelt har en stor tilstrømning av krigsflyktninger som ikke er forfulgt på grunn av rase, religion mv., vil være snakk om en antallsmessig svært begrenset tilleggsgruppe av personer som vil falle inn under et nytt flyktningbegrep fordi det utvides til å omfatte personer som må vernes mot dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende behandling ved retur. I det store flertall av saker hvor det er aktuelt å gi beskyttelse mot slike overgrep som nevnt, er overgrepsrisikoen uansett relatert til årsaksforhold som kan henføres under en av de forfølgelsesgrunnene som er nevnt i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2).

Særlig krigsflyktninger som ikke er direkte forfulgt på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning, vil falle utenfor definisjonen av en flyktning i flyktningkonvensjonen. Det er likevel liten tvil om at krigsflyktninger dekkes av det innhold som man i dagligtalen legger i begrepet "flyktning". Det er heller ikke grunnlag i rene rimelighetsbetraktninger for å gjøre forskjell når det gjelder hvilke rettigheter som skal tilfalle konvensjonsflyktninger på den ene side og uskyldige sivile ofre for krig på den annen side.

Utvalget anbefaler etter dette at man i en ny norsk utlendingslov kategoriserer både konvensjonsflyktninger og andre med rett til internasjonal beskyttelse som flyktninger.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 38 første ledd bokstav b.

6.9.4 Sur place

Det vises til kapittel 6.2.7 for en beskrivelse av det folkerettslige bildet og norsk praksis når det gjelder bedømmelsen av sur place-tilfellene. Utvalget går inn for at man anerkjenner flyktningstatus under artikkel 1A(2) i videre utstrekning enn hva som til nå har vært gjort i norsk praksis i relasjon til de subjektive sur place-tilfellene. Utvalget ønsker også å operere med en videre rett til anerkjennelse enn det man har lagt opp til som en minimumsløsning i EUs statusdirektiv.

Utvalget går derfor inn for at man i tillegg til å videreføre dagens praksis med hensyn til å anerkjenne objektive sur place-situasjoner som grunnlag for flyktningstatus, også skal godkjenne subjektive sur place-tilfeller med unntak for de saker hvor selve formålet med utlendingens handlinger utenfor hjemlandet har vært å oppnå oppholdstillatelse. Det er da naturlig at en slik praksis anvendes både i forhold til tolkningen av hvem som er konvensjonsflyktning etter flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), og ved tolkningen av hvem som ellers faller inn under den flyktningbestemmelsen utvalget har foreslått.

Utvalget vil peke på at det her uansett er tale om personer som det ikke er aktuelt å pålegge retur, og at det derfor utelukkende er et spørsmål om man skal innrømme beskyttelsesstatus eller henvise til opphold av rimelighetsgrunner, jf. kapittel 9.6.

Allerede i gjeldende praksis anerkjenner man som grunnlag for flyktningstatus de tilfeller av subjektiv sur place hvor aktiviteten i utlandet er en naturlig forlengelse av en aktivitet som ble påbegynt før utreisen. En endring som foreslått, hvor man anerkjenner subjektive sur place-tilfeller i noe videre omfang, vil bare omfatte de tilfeller hvor utlendingen har påbegynt en aktivitet etter utreisen fra hjemlandet, og hvor det ikke er sannsynlig

at aktiviteten er påbegynt utelukkende for å oppnå oppholdstillatelse.

Utvalget ser at det kan oppstå bevisvproblemer i forhold til å kunne fastslå at en aktivitet fra utlendingens side er påbegynt utelukkende for det formål å oppnå oppholdstillatelse, men finner ikke grunn til å legge vekt på dette som en avgjørende innvending. Utvalget er uansett ikke gjort kjent med opplysninger som tilsier at det som her drøftes gjelder et høyt antall saker.

Det vises til lovutkastet § 38 annet ledd.

6.9.5 Avledet flyktningstatus

Som nevnt i kapittel 6.1.1.2 fastsetter utlendingsloven § 17 tredje ledd at ektefellen/samboeren til en flyktning, samt flyktningens barn under 18 år (uten ektefelle/samboer), har krav på asyl med mindre særlige grunner taler mot det. Utvalget har vært i tvil om denne bestemmelsen bør videreføres i en ny lov. Utvalget har vært opptatt av å rendyrke skillet mellom oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner og oppholdstillatelse av andre grunner, for eksempel hensynet til familiens enhet. Dette kan tilsi at oppholdstillatelse som flyktning ikke bare bør innrømmes til alle som har behov for beskyttelse, men også at en slik tillatelse bør *forbeholdes* dem som har et reelt beskyttelsesbehov. Med et slikt utgangspunkt vil det ikke uten videre være prinsipielt riktig (eller formålstjenlig) å foreslå en regel som innebærer at en utlending vil kunne få oppholdstillatelse som flyktning uten at myndighetene har tatt stilling til om vedkommende risikerer å bli forfulgt i sitt hjemland.

På den annen side trekker flere hensyn i retning av å videreføre reglene i utlendingsloven § 17 tredje ledd. Utvalget sikter her til de ressurshensyn og andre praktiske hensyn som ligger til grunn for gjeldende rett, jf. kapittel 6.1.1.2. Utvalget går derfor inn for å videreføre regelen om at de nærmeste familiemedlemmene til en flyktning gis oppholdstillatelse som flyktning med mindre særlige grunner taler mot det. Det vises til lovutkastet § 38 tredje ledd.

6.9.6 Opphør av flyktningbeskyttelse

Som vist i kapittel 6.6 inneholder flyktningkonvensjonen særskilte opphørsklausuler. En naturlig konsekvens av utvalgets forslag til beskyttelsesbestemmelser, er at flyktningkonvensjonens opphørsklausuler også gis anvendelse i forhold til de beskyttelsestrengende som ikke er konvensjonsflyktninger, men som likevel faller inn under det foreslåtte flyktningbegrepet i norsk rett.

Den helt sentrale opphørsgrunnen i flyktningkonvensjonen er opphørsklausulen i artikkel 1C(5), som gjelder tilfeller hvor

> "[en flyktning] ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning ikke lenger er tilstede."

At retten til anerkjennelse som flyktning opphører etter artikkel 1C, kan gi grunnlag for at anerkjennelsen bringes til opphør på nasjonalt plan enten ved at flyktningbeskyttelsen nektes forlenget når en midlertidig oppholdstillatelse utløper,[96] eller gjennom et vedtak om tilbakekall av en løpende tillatelse.

Et grunnleggende spørsmål er i hvilken utstrekning utlendingsmyndighetene bør benytte adgangen til å nekte fornyelse av eller å tilbakekalle flyktningbeskyttelse når returhindringene bortfaller. Spørsmålet om opphør av flyktningbeskyttelse under utvalgets utkast til ny lov, vil bare være relevant inntil flyktningen eventuelt får innvilget permanent oppholdstillatelse. Etter at permanent oppholdstillatelse er gitt vil det ikke lenger være aktuelt med en videre vurdering av oppholdsgrunnlaget. Utvalget går heller ikke inn for at det i forbindelse med anerkjennelsen som flyktning foretas en tilsvarende statusmarkering som i svensk og finsk rett, hvor flyktningen får utstedt en såkalt "flyktningförklaring". Det vil derfor ikke foreligge noen symbolerklæring som det vil kunne være aktuelt å tilbakekalle. I prinsippet kunne man tenke seg at det likevel ble markert at flyktningen ikke lenger faller inn under konvensjonsvernet, med den virkning at de særskilte rettigheter som måtte følge av at vedkommende i sin tid ble anerkjent som flyktning skulle bortfalle. Utvalget anser det imidlertid klart at dette ikke kan skje på generelt grunnlag, men at vilkårene for bortfall av slike særrettigheter eventuelt må fastsettes i tilknytning til de ulike rettighetene. Det er for eksempel ikke rimelig at en anerkjent flyktning skal få redusert sine pensjonsrettigheter som følge av endringer i hjemlandet når vedkommende samtidig er innrømmet en rett til permanent opphold i riket. På den

96. Som det vil fremgå i kapittel 10 går utvalget inn for at det også i en ny lov bør gjelde et krav om tre års botid før det gis rett til permanent oppholdstillatelse. I tiden før permanent oppholdstillatelse blir gitt, vil utlendingen - herunder også flyktninger - ha en midlertidig oppholdstillatelse. Et vilkår både for eventuell fornyelse av den midlertidige oppholdstillatelsen og for å innvilge permanent oppholdstillatelse, vil i utgangspunktet være at grunnlaget for den gitte tillatelsen fortsatt foreligger.

annen side kan det godt være grunnlag for å inndra et utstedt reisebevis for flyktning.

Når det gjelder flyktninger som bare har midlertidig oppholdstillatelse i riket, taler gode grunner for at flyktningbeskyttelsen bør bringes til opphør når forholdene igjen ligger til rette for en verdig retur til trygge forhold i hjemlandet. Det kan hevdes at det allerede av signalmessige grunner er viktig at personer som tidligere har hatt et behov for internasjonal beskyttelse, ikke lenger kan opptre som flyktninger etter at beskyttelsesbehovet er bortfalt.

Et sentralt argument for at flyktningbeskyttelsen bør ha en midlertidig karakter i forhold til retten til videre opphold i tilfluktsstaten, er at det vil være lettere å skape oppslutning om beskyttelsespolitikken dersom flyktningene faktisk returnerer etter at beskyttelsesbehovet bortfaller. På denne måten vil det også kunne være mulig å gi beskyttelse til flere.

Rent faktisk er situasjonen likevel at endrede forhold i hjemlandet ikke har hatt praktisk betydning som opphørsgrunn i norsk praksis annet enn i de tilfeller hvor flyktningen har begått straffbare forhold og myndighetene har vurdert å utvise vedkommende. Dette gjelder til tross for at det med hjemmel i utlendingsforskriften §§ 63 tredje ledd og 43 første ledd kan foretas en fornyet vurdering av beskyttelsesbehovet ved fornyelse av oppholdstillatelsen og før bosettingstillatelse eventuelt innvilges.

I utenlandsk lovgivning og praksis er situasjonen normalt tilsvarende som i Norge (utenfor situasjoner med masseflukt):

- Flyktninger gis midlertidig opphold for en viss periode før permanent opphold innvilges
- I perioden med midlertidig opphold, eller eventuelt i forbindelse med at permanent opphold vurderes, gir lovverket anledning til å foreta en fornyet vurdering av beskyttelsesbehovet
- Flyktningkonvensjonens opphørsklausuler er inntatt som del av internretten, og åpner for at flyktningstatus kan tilbakekalles også etter at permanent opphold er innvilget, men da uten virkning for oppholdsspørsmålet
- I praksis anvendes ordinært ikke den beskrevne adgangen til å foreta en fornyet vurdering av beskyttelsesbehovet, verken før eller etter at permanent opphold er innvilget

I svensk og britisk rett har man heller ikke i lovverket forutsatt en fornyet prøving av beskyttelsesbehovet i de ordinære tilfellene. Flyktninger blir innvilget permanent opphold straks. Spørsmålet om opphør av flyktningstatus dreier seg derfor utelukkende om et statusspørsmål.[97]

Det er flere sentrale grunner til at opphør av flyktningstatus ikke blir vurdert oftere:

For det første ville det trolig være få saker hvor det både ville være grunnlag for å oppheve flyktningstatus og grunnlag for å pålegge utlendingen å returnere til hjemlandet:

- Det er grunn til å anta at det store flertall av flyktningene vil ha oppnådd permanent oppholdstillatelse før det inntreffer slike endringer i hjemlandet at retur kan gjennomføres trygt og med verdighet. Dette gjelder selv om man skulle utvide kravet om botid fra tre år til for eksempel fire eller fem år.
- Selv når det gjelder flyktninger som ikke har oppnådd permanent oppholdstillatelse når returhindringene i hjemlandet bortfaller, vil situasjonen i mange tilfeller være at det kan påberopes andre grunnlag for videre opphold:
- Selv om det har skjedd en generell forbedring av situasjonen i hjemlandet som gjør at de fleste av flyktningene kan forventes å returnere, vil det ofte kunne være slik at enkelte fortsatt har et individuelt beskyttelsesbehov.
- Selv om det ikke lenger foreligger et behov for internasjonal beskyttelse, vil det i mange saker kunne være humanitære grunner til at det er urimelig å kreve at utlendingen skal returnere. Dette vil for eksempel kunne være situasjonen i forhold til personer som har vært utsatt for traumatiserende overgrep, og personer som har en alvorlig helselidelse som de mottar behandling for i Norge men som de ikke kan forvente oppfølging av i hjemlandet. Hensynet til barn vil også måtte vektlegges særskilt.
- Enkelte vil kunne påberope andre grunnlag for videre opphold, for eksempel familietilknytning eller arbeidsforhold som kan gi grunnlag for familie- eller arbeidsinnvandring.

For det annet vil det kunne fremstå som lite hensiktsmessig å anvende ressurser til å gjennomføre en midlertidighetspolitikk som innebærer tilbakekall av status og retur av personer som allerede kan ha kommet langt i integreringsprosessen.

For det tredje vil det være knyttet betydelige administrative kostnader til å gjennomføre en mid-

97. I svensk rett gis permanent opphold umiddelbart også til dem som får opphold som beskyttelsestrengende for øvrig, og til dem som får opphold av humanitære grunner. I Storbritannia gis permanent opphold etter tre år til dem som er beskyttelsestrengende uten å være flyktninger, og etter seks år til dem som får opphold av humanitære grunner.

lertidighetspolitikk som omfatter både tilbakekall av status og gjennomføring av retur:

- Det vil være nødvendig å foreta individuelle vurderinger både i forhold til behovet for beskyttelse og eventuelt i forhold til humanitære hensyn i den enkelte sak. Det vil også i en god del saker være nødvendig å vurdere andre grunnlag for fortsatt opphold (for eksempel familieinnvandring eller arbeidsinnvandring).
- Utlendinger som har hatt opphold i Norge i en periode er normalt mer aktive og ressurssterke i forhold til å fremme og forfølge krav om opphold i riket enn utlendinger ellers. Det må blant annet forventes at flere saker vil bringes inn for domstolene eller forfølges juridisk på annen måte.
- Erfaringer tilsier at det rent praktisk er større utfordringer knyttet til å gjennomføre retur i forhold til utlendinger som har hatt en viss botid i riket med oppholdstillatelse. Utlendingene vil ofte være bosatt ulike steder i landet og være integrert i lokalmiljøer.

Utvalget mener at det følger klart av det som er gjennomgått over at det ikke ville være hensiktsmessig dersom man rutinemessig skulle foreta fornyete vurderinger av flyktningers beskyttelsesbehov.

På den annen side er det etter utvalgets vurdering likevel ikke ønskelig at man i norsk rett fraskriver seg adgangen til å forta en fornyet vurdering av beskyttelsesbehovet én eller flere ganger før permanent opphold innvilges. Det vises i denne sammenheng til at midlertidighetsperspektivet stort sett er innarbeidet i utenlandsk rett, og at flyktningkonvensjonens opphørsklausuler også er innarbeidet i EUs statusdirektiv. Det er klart at det kan forekomme situasjoner (også utenfor masseflukt-tilfellene) hvor det er påregnelig at beskyttelsesbehovet for en bestemt gruppe flyktninger er kortvarig, og hvor det dermed vil kunne være ønskelig med en adgang til å praktisere en midlertidighetspolitikk.

Videre vil det i individuelle tilfeller kunne være særlige grunner til at man ønsker å vurdere opphørsspørsmålet. Situasjonen vil for eksempel kunne være at det er aktuelt å fatte vedtak om utvisning.

Utvalget vil derfor foreslå at man viderefører den ordningen man har i dag med at det kan foretas en fornyet vurdering av beskyttelsesbehovet med virkning for retten til fortsatt opphold i Norge.

Når det gjelder de øvrige opphørsgrunnene i flyktningkonvensjonen, dvs. artikkel 1C(1) til (4), anser utvalget at også disse bør videreføres som en del av norsk rett. Det bør således fortsatt være adgang til å tilbakekalle retten til oppholdstillatelse som flyktning dersom:

- utlendingen frivillig på nytt har søkt det lands beskyttelse som han er borger av,
- han etter å ha mistet sitt statsborgerskap, frivillig har gjenervervet det,
- han har ervervet nytt statsborgerskap og nyter beskyttelse av det land han er blitt borger av, eller
- han frivillig på nytt har bosatt seg i det land han forlot, eller som han oppholdt seg utenfor på grunn av frykt for forfølgelse.

Etter utvalgets vurdering må det avgjøres gjennom praksis i hvilken utstrekning det skal fattes vedtak om opphør av flyktningbeskyttelse av de grunner som nevnt i strekpunktene over dersom forholdene i flyktningens hjemland ikke er tilstrekkelig endret til at det kan være aktuelt å pålegge vedkommende retur, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 33(1). Dersom flyktningbeskyttelse oppheves i et slikt tilfelle, vil flyktningen eventuelt måtte innvilges opphold i medhold av den bestemmelsen utvalget har foreslått om opphold av sterke rimelighetsgrunner eller i medhold av den særskilte oppholdsbestemmelsen som gjelder for eksklusjonstilfeller.

En situasjon som forekommer i enkelte tilfeller, og som aktualiserer de spørsmål som er reist over, er den situasjonen man har sett eksempler på med flyktninger som reiser tilbake til hjemlandet på besøk. I norsk praksis har man tradisjonelt ansett at slike reiser til hjemlandet vil kunne danne grunnlag for opphør av flyktningstatus i henhold til flyktningskonvensjonen artikkel 1C(1). Når flyktninger har fått utstedt reisebevis i Norge har regelen normalt også vært at reisebeviset har hatt en begrensning i gyldighetsområdet slik at det ikke har hatt gyldighet for reise til hjemlandet, og i visse tilfeller heller ikke til ett eller flere av nabolandene. I de tilfeller det har blitt klarlagt at en flyktning har vært tilbake i hjemlandet (eller eventuelt nabolandet), har dette normalt kunnet tolkes som en indikasjon for at vedkommende har gjenervervet hjemlandets reisedokument, noe som i seg selv kan vurderes tilstrekkelig for opphør av flyktningstatus i henhold til artikkel 1C(1).

Det er imidlertid grunn til å understreke at en reise til hjemlandet ikke alltid trenger å være i strid med forutsetningene for flyktningsbeskyttelse i Norge. I mange sammenhenger kan det være delte oppfatninger om hvorvidt det bør fattes vedtak om tilbakekall, jf. følgende eksempler:

- A er en voksen mann med flyktningstatus i Norge. Han tilhører en forfulgt etnisk minoritet i hjemlandet, og det er ikke tvil om at det fortsatt er generelt uttrygt for den minoritetsgruppen A tilhører. Som følge av at As mor ligger for døden i hjemlandet, velger han likevel å foreta en kort returreise.
- B har fått flyktningstatus i Norge fordi hun er politisk opposisjonell i hjemlandet. Med base i Norge driver hun fortsatt opposisjonspolitikk for en politisk bevegelse som støttes av norske myndigheter. B er stadig tilbake i hjemlandet på kortvarige opphold selv om det er klart at hver returreise er forbundet med en betydelig risiko.
- C har flyktningstatus i Norge etter en etnisk konflikt i hjemlandet som nå er avsluttet. Norske myndigheter anser foreløpig ikke at tiden er moden for å tilbakekalle flyktningstatus. C ønsker å foreta en reise til hjemlandet for å vurdere forholdene, men våger ikke dette av frykt for å miste flyktningstatus og oppholdsgrunnlag i Norge og samtidig finne at forholdene på hjemstedet ikke er tilstrekkelig trygge for retur.

De nærmere vurderinger av hva som skal aksepteres i forhold til artikkel 1C(1) til (4) må fastlegges gjennom praksis.

6.9.7 Eksklusjon

6.9.7.1 Innledning

Som beskrevet i kapittel 6.2.8 inneholder flyktningkonvensjonen særskilte eksklusjonsklausuler som fastsetter i hvilke tilfeller en utlending skal ekskluderes fra flyktningstatus. En naturlig konsekvens av at utvalget anbefaler et utvidet flyktningbegrep, er at flyktningkonvensjonens eksklusjonsklausuler må gis anvendelse også i forhold til dem som ikke er konvensjonsflyktninger, men som likevel faller inn under et nytt norsk flyktningbegrep. Motsatt er det ingen ting til hinder for at man velger å operere med videre eksklusjonsbestemmelser i forhold til dem som ikke er konvensjonsflyktninger, men som likevel dekkes av et norsk flyktningbegrep så lenge slike personer - i likhet med konvensjonsflyktninger - fortsatt er vernet av separate regler om non refoulement, jf. punkt 6.9.8.

Det er innledningsvis grunn til å bemerke at mens flyktningkonvensjonens eksklusjonsklausuler dels gjelder tilfeller hvor flyktningbeskyttelse vurderes som overflødig og dels gjelder tilfeller hvor utlendingen vurderes som uverdig for flyktningstatus, mener utvalget at det er tilstrekkelig å operere med særskilte eksklusjonsbestemmelser for den sistnevnte kategorien av tilfeller, dvs. uverdighetstilfellene. Når det gjelder de tilfellene som er regulert i flyktningkonvensjonen artikkel 1D[98] og artikkel 1E[99], vil en utlending som omfattes av disse bestemmelsene etter utvalgets vurdering uansett ikke oppfylle kriteriene i flyktningdefinisjonen i artikkel 1A(2). Det bedømmes derfor ikke å ha noen praktisk hensikt å operere med særskilte eksklusjonsklausuler for denne typen tilfeller.

Før det foretas en nærmere vurdering av hvilket innhold som bør tillegges eksklusjonsbestemmelsene i en ny lov, skal det drøftes hvordan rettsposisjonen bør reguleres for den som blir ekskludert.

6.9.7.2 Rettsposisjon for den som blir ekskludert

Det prinsipielle utgangspunktet vil være at den som vurderes som uverdig for flyktningbeskyttelse, skal ekskluderes fra flyktningstatus og pålegges å forlate riket.

Som beskrevet i kapittel 6.4 eksisterer det imidlertid et absolutt vern mot utsendelse i de tilfeller hvor utlendingen risikerer å bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling. Det er heller ikke aktuelt med retur til et område hvor det foreligger en risiko for dødsstraff.

I en del tilfeller vil situasjonen altså kunne være at utlendingen havner i en mellomposisjon hvor det er grunnlag for å ekskludere vedkommende fra status som flyktning, men hvor våre internasjonale forpliktelser samtidig er til hinder for retur.

I disse tilfellene vil utlendingen, med mindre noe annet fastsettes i nasjonal lovgivning, ikke kunne gjøre gjeldende et krav på oppholdstillatelse, men kun ha krav på midlertidig vern mot retur inntil returhindringen eventuelt opphører, eller inntil det finnes en løsning med beskyttelse i et annet land.

Hvordan man i en ny norsk lov velger å regulere status og rettigheter for en utlending som blir ekskludert fra flyktningstatus, vil kunne være av betydning når det skal avgjøres om man skal velge mellom en snever eller vid adgang til eksklusjon.

Følgende bør etter utvalgets oppfatning stå sentralt når man skal avgjøre hvordan status og rettig-

98. Tilfeller hvor utlendingen mottar beskyttelse eller assistanse fra andre FN-organer enn UNHCR, typisk UNRWA.
99. Tilfeller hvor utlendingen har blitt tilkjent tilsvarende rettsposisjon som en statsborger i det land hvor vedkommende har tatt opphold.

heter bør reguleres i en ny lov for utlendinger som bedømmes uverdige for flyktningstatus:

- En tydelig markering av at utlendingen ikke har status som flyktning
- En tydelig markering av at utlendingen (som utgangspunkt) bare kan forvente midlertidig beskyttelse i riket, og at vedkommende forventes å forlate riket så snart returhindringene bortfaller
- Hindre at utlendingen havner i en posisjon som skaper uverdige rammer omkring vedkommendes opphold i riket i den perioden vedkommende har behov for beskyttelse

Etter utvalgets vurdering fremstår følgende som adekvate tiltak i denne sammenheng:

- Etablering av en bestemmelse som åpner for at forvaltningen kan innvilge en midlertidig oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse til den som blir ekskludert
- Åpning for at det også utover midlertidighetsaspektet kan fastsettes nærmere begrensninger og vilkår knyttet til den aktuelle tillatelsen

Selv om det relativt sett forekommer få eksklusjonssaker, er saker av denne karakter gjerne egnet til å fange stor offentlig oppmerksomhet. Sakene har et betydelig potensial i forhold til å virke negativt på publikums tillit til og aksept for flyktningpolitikken dersom det ikke tydeliggjøres et skille mot de ordinære flyktningtilfellene.

Når det gjelder situasjonen i utenlandsk rett, bemerkes det at EUs statusdirektiv ikke pålegger statene en plikt til å innvilge utlendingen oppholdstillatelse i eksklusjonstilfellene, selv om det foreligger returhindringer.

Etter utvalgets vurdering kan det verken anses nødvendig eller hensiktsmessig å skape en situasjon hvor utlendingen skal ha rett til å nyte beskyttelse i Norge uten samtidig å ha rett til å få oppholdet regulert gjennom en formell oppholdstillatelse. Utvalget anser at både de signalmessige hensyn og hensynet til at man ikke skal stenge for at retur kan gjennomføres når returhindringene eventuelt bortfaller, kan ivaretas dersom utlendingen innvilges en midlertidig oppholdstillatelse som ikke danner grunnlag for permanent opphold, og som kan bringes til opphør så snart returhindringene bortfaller. Kontrollmessige hensyn kan ivaretas ved at utlendingen eventuelt pålegges et bestemt bosted. En formalisert tillatelse innebærer også at det er enklere å administrere disse tilfellene på en klar måte fra utlendingsforvaltningens side.

Et særskilt spørsmål er om utlendingen bør ha rett til å ta arbeid i den perioden vedkommende har midlertidig opphold i riket. I de tilfeller hvor man anser at utlendingen gjennom eget initiativ vil kunne finne andre alternativer for beskyttelse og trygghet som er mer nærliggende enn at vedkommende får opphold i Norge, kan det vurderes som ønskelig å motvirke at utlendingen gis innpass i samfunnet på en måte som svekker vedkommendes incitament til å forlate riket. Særlig gjelder dette i tilfeller hvor de forhold utlendingen er knyttet til, samtidig er av en slik karakter at vedkommende vurderes som en sikkerhetstrussel. Den omstendighet at en utlending som finnes uverdig for flyktningstatus innrømmes rett til å delta i yrkeslivet på ordinær måte, vil også i enkelte sammenhenger kunne skape utydelige signaler. Det vises i denne sammenheng til ønskeligheten av å etablere et tydelig skille mellom dem som innrømmes flyktningstatus, og dem som vurderes uverdige for slik status. På den annen side vil konsekvensen av å nekte utlendingen rett til å ta arbeid være at vedkommende tvinges til å leve av offentlig støtte.

Utvalget anser at det må avgjøres gjennom en konkret vurdering i den enkelte sak hvorvidt utlendingen skal ha rett til å ta arbeid.

Det er grunn til å understreke at selv om man etablerer en bestemmelse med slikt innhold som skissert ovenfor, vil det ikke være noe til hinder for at det i spesielle tilfeller kan innvilges en ordinær oppholdstillatelse etter den generelle rimelighetsbestemmelsen utvalget har foreslått i kapittel 9.6. I situasjoner hvor det enten foreligger helt spesielle omstendigheter knyttet til utlendingens individuelle situasjon, eller hvor det etter en langvarig periode med midlertidig tillatelse fremstår som åpenbart at det ikke vil skje noen endring når det gjelder returhindringene, vil en slik løsning kunne være et aktuelt alternativ.

6.9.7.3 Vilkårene for eksklusjon

Med grunnlag i de anbefalingene utvalget her har presentert i forhold til hvordan status og rettigheter bør reguleres i eksklusjonstilfellene i en ny lov, anser utvalget at det er rimelig og hensiktsmessig å åpne for en relativt vid adgang til eksklusjon.

I EUs statusdirektiv opererer man med ulike bestemmelser om eksklusjon i forhold til konvensjonsflyktninger på den ene side, og i forhold til personer med subsidiær beskyttelse på den annen side. Selv om begge disse kategorier vil falle inn under et utvidet norsk flyktningbegrep, er det ingen ting til hinder for at man også i en ny norsk

lov fastsetter ulike eksklusjonsbestemmelser relatert til de ulike inklusjonsgrunnlagene.

Etter utvalgets vurdering taler gode grunner for at man fra norsk side bør følge de samme regler i forhold til hvem som bedømmes som uverdige for ordinære former for beskyttelsesstatus som i EU. Viktige aspekter i denne sammenheng er både respekten for flyktningbegrepet på nasjonalt plan, og den internasjonale anerkjennelsen av det flyktningbegrepet man velger å operere med i Norge. Viktigheten av det siste fremkommer særlig ved at en utlending som anerkjennes som flyktning i Norge, vil ha rett til innreise til alle de øvrige Schengenlandene. Vedkommende vil for øvrig også bli utstyrt med et reisebevis for flyktning.

I henhold til EUs statusdirektiv artikkel 12 nr. 2, gjelder følgende bestemmelser om eksklusjon fra rett til flyktningstatus (som i denne sammenheng er relatert til flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)):

> "A third country national or a stateless person is excluded from being a refugee where there are serious reasons for considering that:
> a) he or she has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
> b) he or she has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his or her admission as a refugee; which means the time of issuing a residence permit based on the granting of refugee status; particularly cruel actions, even if committed with an allegedly political objective, may be classified as serious non-political crimes;
> c) he or she has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations as set out in the Preamble and Articles 1 and 2 of the Charter of the United Nations."

Denne bestemmelsen svarer til eksklusjonsklausulen i flyktningkonvensjonen artikkel 1F.

I artikkel 12. nr. 3 er det fastsatt hvilke kriterier som skal være avgjørende for bedømmelsen av om utlendingen har slik nærhet til den aktuelle typen handlinger at det er grunnlag for eksklusjon:

> "Paragraph 2 applies to persons who instigate or otherwise participate in the commission of the crimes or acts mentioned therein."

En ytterligere eksklusjonsbestemmelse for (konvensjons)flyktninger er fastsatt i direktivet artikkel 14 nr. 4:

> "Member States may revoke, end or refuse to renew the status granted to a refugee by a governmental, administrative, judicial or quasi-judicial body, when:
> a) there are reasonable grounds for regarding him or her as a danger to the security of the Member State in which he or she is present;
> b) he or she, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that Member State."

Bestemmelsen gjelder i henhold til artikkeloverskriften "revocation of, ending of or refusal to renew status", men bestemmelsen må i tillegg regnes som en eksklusjonsbestemmelse, jf. i denne sammenheng også den tilføyelsen som er inntatt i artikkel 14 nr. 5:

> "In situations described in paragraph 4, Member States may decide not to grant status to a refugee, where such a decision has not yet been taken."

Det eksklusjonsgrunnlaget som her er fastsatt - at utlendingen med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet eller har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for samfunnet - innebærer en utvidelse av eksklusjonsgrunnlaget i forhold til flyktningkonvensjonen artikkel 1F. I henhold til flyktningkonvensjonen artikkel 33(2) vil det i de aktuelle situasjoner være grunnlag for et unntak fra utsendelsesvernet i artikkel 33(1), men ikke grunnlag for formell eksklusjon.

Utvalget anser at det kan være gode grunner til å utvide eksklusjonsbestemmelsene i nasjonal rett på linje med det man har lagt opp til i EU. Som tidligere påpekt må harmoniseringshensynet i seg selv kunne tillegges betydelig vekt. I tillegg taler også mer konkrete momenter for en utvidet eksklusjonsadgang.

Når det gjelder adgangen til å ekskludere i de tilfeller hvor utlendingen har fått dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av denne grunn utgjør en fare for samfunnet, anser utvalget at en eksklusjonsadgang vil være et viktig bidrag med hensyn til å beskytte flyktningkonvensjonens moralske integritet, og derved den allmenne respekten for flyktningbegrepet. Selv om det kan foreligge forhold som gjør at utlendingen har krav på vern mot utsendelse, bør utgangspunktet være at tilfluktsstaten kan markere at vedkommende ikke lenger anses verdig til å nyte godt av status som flyktning. Vedkommende bør særlig fratas retten til å inneha reisebevis for flyktning, og bør få en redusert

status som fratar vedkommende adgangen til fri bevegelse på Schengenterritoriet.

Når det gjelder adgangen til å ekskludere i de tilfeller hvor utlendingen anses som en fare for rikets sikkerhet, vil de samme hensyn i mange tilfeller gjøre seg gjeldende. Eksklusjonsadgangen vil i praksis i første rekke ha selvstendig betydning i de tilfeller hvor utlendingen ikke kan knyttes til noen tidligere handlinger av slik karakter som nevnt i artikkel 1F(a) til (c), men hvor det foreligger mistanke om at utlendingen kan komme til å utøve sikkerhetstruende aktivitet i fremtiden. Det må etter utvalgets vurdering være overlatt til den enkelte stats suverenitet å avgjøre om man i et slikt tilfelle vil ekskludere fra flyktningstatus.

I de tilfeller hvor utlendingen ikke dekkes av flyktningbegrepet i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), men likevel faller inn under et nytt norsk flyktningbegrep, må tilsvarende eksklusjonsbestemmelser som i forhold til konvensjonsflyktningene legges til grunn. Norge ville ellers bidra til å krenke flyktningbegrepets integritet.

I tillegg må det imidlertid vurderes om man også bør åpne for å anvende et videre sett av eksklusjonsbestemmelser i forhold til den utvidede kategorien av flyktninger vi her snakker om. Det vises i denne sammenheng til at man i EUs statusdirektiv har fastsatt videre eksklusjonsbestemmelser i forhold til utlendinger med "subsidiary protection" enn i forhold til dem som har flyktningstatus. For det første er det slått fast i utkastet at en utlending vil kunne ekskluderes fra flyktningstatus dersom vedkommende "has committed a serious crime". Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, vil det tilsvarende vilkåret i forhold til flyktninger være at:

- forbrytelsen var ikke-politisk, og
- at forbrytelsen ble begått utenfor tilfluktslandet før utlendingen ble anerkjent som flyktning, eller
- at utlendingen er domfelt, og
- at forbrytelsen kan regnes som "particularly serious", og
- at utlendingen som følge av forbrytelsen kan regnes å utgjøre en fare for samfunnet.

På dette punkt anser utvalget at det ikke er ønskelig å utvide adgangen til eksklusjon i forhold til hva som gjelder vedrørende konvensjonsflyktninger.

Direktivet fastsetter imidlertid også at det kan fattes vedtak om eksklusjon dersom utlendingens eneste grunnlag for å forlate hjemlandet var å unngå straff for kriminelle handlinger som også ville ha vært straffbare i tilfluktsstaten, jf. artikkel 17 nr. 3:

> "Member States may exclude a third country national or a stateless person from being eligible for subsidiary protection, if he or she prior to his or her admission to the Member State has committed one or more crimes, outside the scope of paragraph 1, which would be punishable by imprisonment, had they been committed in the Member State concerned, and if he or she left his or her country of origin solely in order to avoid sanctions resulting from these crimes."

En bestemmelse med dette innhold vil det etter utvalgets oppfatning også være naturlig å innta som eksklusjonsbestemmelse i forhold til en ny kategori flyktninger i norsk rett. Hvis ikke ville resultatet kunne bli innvilgelse av flyktningstatus til forbrytere som har rømt fra sitt hjemland utelukkende for å unndra seg straffeforfølgelse, men som likevel vil være vernet mot hjemsendelse etter EMK artikkel 3 fordi hjemlandet benytter tortur, dødsstraff eller andre umenneskelige straffer som reaksjon mot denne type forbrytelser.

Utvalgets forslag til eksklusjonsbestemmelsene er inntatt i lovutkastet § 45.

6.9.8 Vern mot utsendelse som eneste grunnlag for opphold

Med utvalgets forslag vil de fleste beskyttelsestrengende ha krav på oppholdstillatelse som flyktning. Men ikke alle som risikerer å bli utsatt for overgrep etter en eventuell utsendelse fra Norge vil fylle vilkårene for flyktningbeskyttelse:

- Noen vil kunne være utelukket (ekskludert) fra flyktningbeskyttelse, jf. kapittel 6.9.7. Dette gjelder blant annet personer som har begått krigsforbrytelser. (Prinsippet om *non refoulement* vil være til hinder for utsendelse så lenge de risikerer å bli utsatt for overgrep ved retur.)
- Det vil kunne forekomme saker hvor utlendingen ikke søker asyl, men hvor vedkommende like fullt er vernet av forbudet mot refoulement, for eksempel i saker om utvisning.

I gjeldende utlendingslov er problemet løst ved at § 15 kommer til anvendelse i alle saker etter loven, jf. fjerde ledd. Bestemmelsens første ledd forbyr utsendelse av utlending som av liknende grunner som angitt i flyktningdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling. Som nevnt i kapittel 6.4.3 er § 15 første ledd ment å skulle gjennomføre Norges forpliktelser etter flyktningkonvensjonen artikkel 33(1), EMK artikkel 3 mv. Den som fyller vilkårene i første ledd har krav på oppholds-

tillatelse i medhold av utlendingsforskriften § 21 første ledd.

En bestemmelse med liknende realitetsinnhold som utlendingsloven § 15 er foreslått i lovutkastet, jf. lovutkastet § 84.

Utvalget mener at personer hvis eneste grunnlag for opphold er vernet mot utsendelse, ikke bør ha krav på annet enn et midlertidig opphold som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Når hindringen for utsendelse bortfaller, bør oppholdstillatelsen falle bort med hindringen. Tillatelsen bør heller ikke kunne danne grunnlag for familieinnvandring. Dersom det anses formålstjenlig, bør utlendingen kunne nektes rett til å ta arbeid. Myndighetene bør dessuten ha mulighet til å kreve at utlendingen oppholder seg på et bestemt sted. Dette kan være praktisk i tilfeller der vedkommende for eksempel representerer en samfunnsfare.

Det vises til lovutkastet § 85.

6.9.9 Overføringsflyktninger

Utvalget går inn for å videreføre gjeldende ordning med at oppholdstillatelse kan gis i forbindelse med overføring av flyktninger, jf. kapittel 6.3. Utvalget foreslår derfor å lovfeste at oppholdstillatelse kan gis etter anmodning fra FNs høykommissær for flyktninger, annen internasjonal organisasjon eller fra annen instans. Kongen gis fullmakt til å fastsette nærmere regler i forskrift. Kongen kan således også fastsette hjemmel for at tillatelse gis etter anmodning fra annet lands myndigheter som ledd i vitnebeskyttelse mv.

Som nevnt i kapittel 6.3 gjelder ikke forvaltningslovens regler om saksforberedelse og vedtak i saker om overføring av flyktninger, jf. utlendingsloven § 22 tredje ledd første punktum. Som fremholdt i utlendingslovens forarbeider,[100] vil det i mange tilfeller kunne være aktuelt å overføre noen få personer blant flere tusen, typisk fra en flyktningleir. Vanlige rettssikkerhetsgarantier som kontradiksjon og partsoffentlighet kan da vanskelig anvendes. Utvalget går derfor i hovedsak inn for videreføre begrensningene med hensyn til hvilke saksbehandlingsregler som kan påberopes i saker om overføring. Forvaltningslovens regler bør imidlertid gjelde fullt ut i tilfeller hvor vedtak treffes etter at parten har reist inn i riket.

Utvalget foreslår videre å endre reglene om klageadgang i saker om overføring. Som påpekt i kapittel 6.3 blir negative avgjørelser i disse sakene så å si aldri påklaget. Utvalget foreslår derfor at klageadgangen fjernes i de tilfeller hvor utlendingen ikke blir overført, med mindre vedtak først treffes etter innreisen. Også personer som blir overført, men som får en annen status enn de mener å ha krav på, bør ha adgang til å klage. Utlending som overføres og innvilges opphold av sterke rimelighetsgrunner på grunn av alvorlig sykdom, men som ikke får oppholdstillatelse som flyktning fordi Utlendingsdirektoratet anser at vedkommende ikke har behov for beskyttelse, vil med utvalgets forslag kunne be om en ny vurdering av denne siden av saken.

Det vises til lovutkastet § 44.

6.10 Kollektiv beskyttelse

6.10.1 Gjeldende ordning

Utlendingsloven § 8a fastsetter en ordning med "kollektiv beskyttelse". Bestemmelsens innhold beskrives nærmere i det følgende.

Ordningen med kollektiv beskyttelse reflekterer flere elementer. Det foreligger en massefluktsituasjon, det foretas en kollektiv vurdering av en bestemt gruppe uavhengig av om den enkelte fyller vilkårene for å kunne anses som flyktning, det skal gis beskyttelse for den tid det er behov for beskyttelse, behandlingen av asylsøknader kan stilles i bero for en gitt periode, og det gis en tillatelse for oppholdet.

I Norge ble det i forbindelse med Bosnia-krigen innført en særskilt Bosnia-lov; mellombels lov om arbeidsløyve eller opphaldsløyve til personar frå Bosnia-Hercegovina. Loven gikk i hovedsak ut på at individuelle asylsøknader kunne legges til side i tre år, og at det i stedet ble gitt midlertidige arbeids- eller oppholdstillatelser etter utlendingsloven § 8 annet ledd.

I 1995 og utover ble de første anmodningene om individuell behandling av asylsøknadene (etter utløpet av treårsfristen) fremsatt. Situasjonen i Bosnia ble, på tross av Dayton-avtalen fra desember 1995, fortsatt ansett som så uttrygg, ustabil og uoversiktlig at det ikke lå an til å treffe vedtak om at noen skulle returnere.

Dette var også situasjonen i november 1996 ved offentliggjøring av regjeringens beslutning om at alle bosniere med midlertidig tillatelse ville får fortsatt opphold her dersom de selv ønsket det. Beslutningen hvilte på flere faktorer, men først og fremst hensynet til den majoritet av bosniere som hadde vært i Norge i over tre år, og som fortsatt befant seg i en usikker situasjon med hensyn til om og eventuelt når de måtte reise hjem, eller om de

[100] NOU 1983:47 s. 365 og Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 213

kunne begynne å innrette seg på en fremtid i Norge.

I Ot.prp. nr. 38 (1995-96) hadde departementet foreslått en ny lovbestemmelse i utlendingsloven om kollektiv beskyttelse til erstatning for særloven som gjaldt personer fra Bosnia-Hercegovina. Bestemmelsen ble vedtatt av Stortinget i januar 1997 som ny § 8a i utlendingsloven.

Det er fastsatt i § 8a at det er Kongen i statsråd som beslutter når det foreligger en massefluktsituasjon som gir grunnlag for å iverksette ordningen med kollektiv beskyttelse. Det er forutsatt i forarbeidene at beslutningen skal fattes etter konsultasjon med andre land og med UNHCR. Bestemmelsen gir hjemmel for å stille en asylsøknad i bero i inntil tre år. Samtidig gis det en generell arbeids- og oppholdstillatelse etter loven § 8 annet ledd. Tillatelsen danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse. Etter tre år kan utlendingen få en tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse, og vil få bosettingstillatelse etter ett år med slik tillatelse. Søknaden om asyl tas kun til individuell behandling enten etter tre år dersom søkeren ber om det, eller dersom adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt på et tidligere tidspunkt.

Kollektiv beskyttelse er ikke noe man har krav på, selv om man skulle være omfattet av den personkretsen ordningen gjelder, jf. uttrykket "utlending [ ] *kan* etter søknad gis beskyttelse på grunnlag av en gruppevurdering" i loven § 8a annet ledd. Dette innebærer at utlendingsmyndighetene kan "sile ut" personer som i stedet får sine saker behandlet på individuelt grunnlag i henhold til det ordinære regelverket. Dette kan blant annet være aktuelt dersom det er grunn til å tro at det foreligger et utelukkelsesgrunnlag, jf. kapittel 6.2.8.

Ordningen med kollektiv beskyttelse i henhold til utlendingsloven § 8a er anvendt ved ett tilfelle, nemlig overfor personer fra Kosovo under kamphandlingene i 1999. Beslutningen om å iverksette ordningen med kollektiv beskyttelse ble gjennomført ved Kgl. res. 30.04.1999. Ordningen ble opphevet 06.08.1999. Dem som hadde blitt tildelt midlertidige tillatelser i den perioden ordningen var virksom, beholdt imidlertid disse tillatelsene for den perioden de hadde gyldighet (ett år).

6.10.2 EU-direktivet om midlertidig beskyttelse

EU-Rådet vedtok 20. juli 2001 et direktiv om midlertidig beskyttelse. Det bygger på solidaritetstankegangen i EU både i forhold til finansiell fordeling, og i forhold til fordeling av mottak av flyktninger. Den finansielle siden ivaretas gjennom etableringen av EUs flyktningfond. Fondet gir midler til mottak, integrering og frivillig retur av flyktninger, og dessuten finansiering av krisetiltak i tilfelle masseflukt i EU. Når det gjelder den mer fysiske byrdefordeling på territoriet, inneholder direktivet bestemmelser om internasjonal solidaritet i to etapper. Et land kan anmode andre om bistand allerede når massefluktsituasjonen er i ferd med å oppstå. Det vil for eksempel gjerne dreie seg om naboland i områder der en konflikt er i sin spede begynnelse. Et land kan også anmode om assistanse under perioden med midlertidighet.

Det er Rådet, etter Kommisjonens anbefaling, som skal avgjøre hvorvidt EU befinner seg i en situasjon av masseflukt. Avgjørelsen om dette tas ved kvalifisert flertallsvotering.

Direktivet gjelder ikke for Danmark og Irland. Storbritannia har imidlertid "opted in".

Midlertidig beskyttelse er, ifølge Kommisjonens forarbeider, et "verktøy" som skal bidra til at beskyttelsessystemet ikke kollapser under massetilstrømning av flyktninger. Det er med andre ord et system som er i tråd med både flyktningkonvensjonens system og oppbyggingen av et helhetlig felles asylsystem i Europa. I forordet understrekes det dessuten at direktivet inneholder minimumsstandarder, slik at medlemsstatene har rett til å innføre eller opprettholde regler som gir flere fordeler til personer med midlertidig beskyttelse enn direktivets minimumsregler legger opp til. Dette prinsippet gjentas også i selve direktivteksten. Direktivet gjelder både flyktninger som vil kunne omfattes av flyktningkonvensjonen, og andre beskyttelsestrengende.

Begrepet "midlertidig beskyttelse" er definert som et unntaksvirkemiddel. Det innebærer øyeblikkelig og midlertidig beskyttelse. Ofte vil konsekvensen være at det også skapes en situasjon hvor asylsystemet vil være ute av stand til å behandle alle sakene uten at dette skaper uheldige konsekvenser. Instituttet "midlertidig beskyttelse" skal derfor avhjelpe både de flyktninger som befinner seg i en flyktningsituasjon og avhjelpe situasjonen som skapes i en mottaksstat av denne grunn.

Direktivet kommer til anvendelse ved "masseflukt", som defineres som ankomst av mange personer fra ett land eller en region til EU-området uavhengig av om disse kom på egen hånd eller ved hjelp av for eksempel et internasjonalt evakueringsprogram. Det betyr, ifølge direktivforarbeidene, at dersom det kommer mange asylsøkere i en periode og disse er fra forskjellige områder i verden, kan det ikke innføres midlertidig beskyttelse. Det samme gjelder i de tilfellene hvor mange personer fra samme land eller region kommer gradvis.

Massefluktbegrepet betyr med andre ord at det må komme et betydelig antall personer, og at disse må komme i løpet av relativt kort tid.

Det slås fast i direktivet at etablering, gjennomføring og avslutning av midlertidig beskyttelse skal gjøres i nært samarbeid med UNHCR og andre relevante internasjonale organisasjoner. Dette har betydning blant annet i forhold til vurderingen av returspørsmål.

Kapittel II i direktivet behandler spørsmål om varighet og gjennomføring i artikkel 4 til 7. Hovedregelen for midlertidig beskyttelse er ett år. Tidsrommet kan imidlertid forlenges. Maksimum er likevel to år til sammen.

To vilkår styrer opphør av midlertidig beskyttelse. Det er enten at maksimumstiden er utløpt, eller at det ved flertallsvotering fattes ny rådsbeslutning.

Direktivet inneholder bestemmelser om de rettigheter personer med midlertidig beskyttelse skal ha. Det er oppholdstillatelse, mulighet for arbeid, mulighet for yrkesopplæring osv. Det er også tatt inn bestemmelser om bolig og helsetjenester.

Direktivet tar hensyn til prinsippet om familiens enhet ved at det legges opp til et system hvor familiemedlemmer som er kommet bort fra hverandre kan gjenforenes i ett av medlemslandene. Hensynet til barnets beste skal vektlegges.

På samme måte som flyktningkonvensjonens og statusdirektivets eksklusjonsklausuler, inneholder også direktivet om midlertidig beskyttelse bestemmelser som gir medlemsstatene anledning til å ekskludere personer som har gjort seg skyldig i krigsforbrytelse, forbrytelse mot menneskeheten eller annen forbrytelse av særlig alvorlig karakter. Det samme gjelder dersom en person anses å innebære en særlig risiko for statens sikkerhet.

I tråd med flyktningkonvensjonens formål, skal personer som gis midlertidig beskyttelse også gis anledning til å fremme en asylsøknad. Dette kan gjøres uavhengig av tidspunkt innenfor den tiden det er gitt beskyttelse i.

Returbestemmelsene viser til at det må tas nødvendige hensyn til forholdene både i hjemlandet og for den enkelte flyktning. Særlig fremheves det som hovedregel at retur skal basere seg på frivillighet og at det skal skje med verdighet.

I de tilfelle hvor tvungen retur tas i bruk, skal medlemslandene vurdere alle humanitære aspekter ved angjeldende sak. Hensikten er å sikre at ingen returneres dersom det er urimelig.

6.10.3 Utvalgets vurderinger

Siden diskusjonen om å innføre midlertidig beskyttelse startet i Europa i forbindelse med krigene på Balkan på 1990-tallet, har kritikere av systemet uttrykt bekymring for at dette vil undergrave den form for internasjonal beskyttelse som møysommelig er bygget opp i tråd med flyktningkonvensjonens intensjoner siden 1950-tallet.

Ensidig kritikk av å institusjonalisere midlertidig beskyttelse i masseflukttilfellene er etter utvalgets syn uberettiget. For det første overser man da de dilemmaer som oppstår i forhold til belastningen på enkeltland når mange flyktninger kommer på kort tid. Det skapes et reelt kapasitetsproblem i mottakssystemene, og da også i forhold til mulige asylsaksprosedyrer. For det annet skapes vanskelige forhold for de mange beskyttelsestrengende som risikerer ikke å bli sluppet inn over grensen fordi asylssystemet bryter sammen. For det tredje, som overalt ellers i verden, er det viktig at prinsippet om non refoulement respekteres. Det vil si at personer som trenger det, beskyttes både mot utsendelse og mot å bli stanset på grensen. Overholdelsen av prinsippet ville bli umulig om hver og en av de som kommer skulle gis individuell adgang til asylprosedyrer øyeblikkelig. Land ville vegre seg mot dette.

I land hvor hundretusener av mennesker krysser grenser i løpet av kort tid vil statene påberope at de ikke makter å motta så mange dersom systemet de skulle følge innebar individuell behandling. Mange land fastholder retten til å avvise flyktninger på grensen fordi de mener en massefluktsituasjon vil kunne medfører fare for asyllandets sikkerhet. Tyrkia antydet for eksempel å ta i bruk slike virkemidler nå i forbindelse Irak-krigen, noe landet har gjort før. Dette bestrides av andre som folkerettsstridig. Uansett er det vesentlig å være oppmerksom på problemstillingen. Europeisk tradisjon med flyktningstatus og permanent asyl kan i verste fall bidra til at færre beskyttelsestrengende faktisk tilbys beskyttelse.

Skeptikerne har rett i at et system med midlertidig beskyttelse også må sikre at rettssikkerheten ivaretas for dem det gjelder. Det innebærer for det første at midlertidigheten må være tidsbegrenset. Avhengig av hva som anses mest gunstig, vil det være på sin plass at personer som befinner seg i en eksiltilværelse gis anledning til å etablere seg mer permanent etter en viss tid. For det annet må også de som gis midlertidig status gis rettigheter slik at de kan overleve. De må sikres husly, mat, helsetjenester, skolegang etc. For det tredje må de som anser at de fortsatt har behov for beskyttelse, etter en tidsfrist gis anledning til å søke asyl på vanlig måte slik at deres sak kan prøves i forhold til flyktningstatus. Dette skal da gjøres i henhold til flyktningkonvensjon på vanlig måte.

På denne bakgrunn mener utvalget at ordningen med kollektiv beskyttelse bør videreføres i en ny lov. Utvalget foreslår også at kollektiv beskyttelse skal kunne tilbakekalles på lik linje med ordinær flyktningbeskyttelse.

Det vises til lovutkastet § 43 og bestemmelsen om tilbakekekall i lovutkastet § 46.

6.11 Asylsøkerprosessen. Saksbehandlingsregler ved søknad om beskyttelse. Rettigheter og plikter som asylsøker

6.11.1 Forholdet mellom materielle regler og saksbehandlingsregler

Ved siden av at forvaltningsloven gjelder for behandling av saker etter utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 32, gir loven anvisning på en rekke spesielle saksbehandlingsregler som i flere tilfeller gir utlendingen bedre rettsikkerhetsgarantier. Det vises til kapittel 13 for fremstillingen av de generelle saksbehandlingsreglene i utlendingsloven.

I asylsaker gjelder det enkelte særlige saksbehandlingsregler, ved siden av at de generelle saksbehandlingsreglene i loven får særskilt anvendelse. Det er disse reglene som behandles i dette kapitlet. I tillegg behandles de rettigheter og plikter en utlending med status som asylsøker har.

Utlendingsloven kapittel 3[101] har flere bestemmelser i grenselandet mellom saksbehandlingsregler og materielle regler. Etter § 17 første ledd bokstav b til e har en flyktning ikke rett til asyl dersom vedkommende enten har fått beskyttelse i et annet land, eller kunne eller skulle ha fremmet søknaden om beskyttelse i et annet trygt land. Dette er i utgangspunktet regler med materielt innhold ettersom søknaden om asyl avslås, men i praksis har de et prosessuelt preg. Det foretas etter disse bestemmelsene ingen prøving av om utlendingen fyller vilkårene for å bli anerkjent som flyktning. Reglene fungerer som anvisninger på hvilket land som er ansvarlig for å vurdere utlendingens beskyttelsesbehov. Det samme gjelder for søknader om beskyttelse fra en utlending som oppholder seg enten i hjemlandet eller et annet oppholdsland. Med hjemmel i § 17 første ledd avslås disse søknadene rutinemessig uten realitetsprøving, siden bare flyktninger "som er i riket eller på norsk grense" omfattes. På denne bakgrunn har utvalget valgt å presentere reglene i dette kapittelet.

For utlendinger som faller inn under bestemmelsen i § 8a om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon, er saksbehandlingsreglene enda nærmere knyttet opp mot de materielle reglene. Disse er derfor behandlet samlet i kapittel 6.10.

6.11.2 Forberedende saksbehandling

6.11.2.1 Registrering av asylsøknaden

Enhver utlending som ønsker å krysse norsk grense må i all hovedsak ha tillatelse til det, enten direkte gjennom forhåndsinnvilget visum eller arbeids- og/eller oppholdstillatelse, eller indirekte ved at det er gjort eksplisitt unntak for forhåndstillatelse i utlendingsloven.[102] Innreise til Norge ut over dette karakteriseres som "ulovlig innreise", og det påfølgende oppholdet for "ulovlig opphold".[103]

En viktig presisering av denne hovedregelen gjelder imidlertid utlendinger som søker om beskyttelse i Norge. Flyktningkonvensjonen artikkel 31 nr. 1 slår fast at det ikke skal få strafferettslige konsekvenser hvis flyktninger reiser ulovlig inn i landet eller oppholder seg her uten tillatelse, forutsatt at de har reist "direkte fra et område hvor deres liv eller frihet var truet" og "straks fremstiller seg for myndighetene og godtgjør at de har gyldig grunn for deres ulovlige innreise eller opphold".

Utlendingsloven § 23 fastslår at enhver som kommer til landet "straks [skal] melde seg for passkontrollen eller nærmeste politimyndighet."

Loven stiller imidlertid ingen krav til når en søknad om beskyttelse skal *fremsettes*, og utlendingsmyndighetene har ikke lovhjemmel til å avvise en asylsøknad selv om den fremsettes etter grensepassering. Etter at Norge ble en del av Schengensamarbeidet, er grensekontrollen ved indre Schengengrenser opphevet. Det er videre ikke lenger krav om at en utlending "straks" må melde seg for politiet ved slik grensepassering.

Det må likevel forventes at en person som mener å ha et beskyttelsesbehov ved grensepassering fremsetter en søknad om beskyttelse uten ugrunnet opphold. Dersom en asylsøknad ikke leveres ved grensen, forutsetter flyktningkonvensjonen at asylsøkeren straks fremstiller seg for myndighetene, jf. artikkel 31 nr. 1.

Loven er taus om hvem som skal motta en søknad om asyl, men utlendingsforskriften § 54 sier at søknad om asyl etter loven § 17 skal settes frem skriftlig eller muntlig for politiet. I praksis fylles det

[101] Vern mot forfølgelse (flyktninger mv.)

[102] Det finnes noen få unntak i medhold av annen lovgiving, men utvalget går ikke inn på dette her.

[103] Jf. blant annet Ot.prp. nr. 13 (1994-95) s. 12.

ikke ut en egentlig søknad, men politiet foretar en registrering av asylsøkeren som i hovedsak går ut på å nedtegne personalia og kartlegge søkerens reiserute. Pass eller annet reisedokument skal innleveres sammen med søknaden, jf. § 17 fjerde ledd. Enhver utlending har plikt til å medvirke til å avklare sin identitet, jf. § 37 første ledd. For asylsøkere tas det rutinemessig fotografi og fingeravtrykk av søkeren med hjemmel i § 37 fjerde ledd bokstav b. Dersom det er tvil om identiteten, har politiet adgang til å foreta beslag i billetter og annet som kan bidra til å avklare identiteten, jf. § 37 annet ledd.

Ved siden av at opplysningene brukes til å få klarhet i asylsøkerens identitet, brukes de også for å avgjøre om søkeren skal sendes til et annet land for behandling av asylsøknaden i henhold til passkontrolloverenskomsten, første asyllandregelen eller Dublinregelverket, jf. loven § 17 første ledd bokstav c til e.

Ved registreringen skal asylsøkeren gjøres kjent med sine rettigheter etter § 34: Rett til fullmektig, rettshjelp og rett til å sette seg i kontakt med sitt lands representasjon, en representant for FNs høykommissær for flyktninger og en norsk flyktningorganisasjon, jf. utlendingsforskriften § 55 annet ledd. Om nødvendig skal tolk tilkalles, jf. loven § 33.

Etter registreringen får asylsøkeren et registreringsbevis som utstedes av politiet, jf. utlendingsforskriften §§ 57 og 58. Registreringsbeviset kan bare anses som en bekreftelse på at utlendingen har søkt asyl under den angitte identiteten, og kan derfor ikke anses som et tradisjonelt identitetsdokument eller som et reisedokument.

I januar 2004 ble det opprettet et nytt politiorgan, Politiets utlendingsenhet, direkte underlagt Politidirektoratet for å håndtere politiets oppgaver i asylsakssammenheng. Politiets utlendingsenhet har som hovedoppgave å registrere og identifisere alle asylsøkere. Enheten skal også uttransportere asylsøkere som har fått avslag på søknaden, og andre utlendinger som bortvises eller utvises fra landet. Enheten har et nasjonalt samordnings-, koordinerings- og bistandsansvar overfor andre politienheter knyttet til disse oppgavene. Enheten skal også være et kompetansesenter for norsk politi på utlendingsfeltet.

6.11.2.2 Undersøkelser med tanke på retur til tredjeland

Med bakgrunn i de opplysningene som foreligger i saken, samt politiets mer generelle erfaringer, foretas det først en vurdering av om asylsøkeren kan returneres til et annet land (første asylland). Dette gjelder land som anses som trygge av norske myndigheter, og som utlendingen enten:

- har søkt asyl i men forlatt til fordel for Norge før svar på søknaden foreligger,
- har fått vurdert sin søknad av og fått den avslått, eller
- har reist direkte inn i Norge fra, og dette kan dokumenteres.

Dersom politiet mener at dette er tilfellet, oversendes saken til Utlendingsdirektoratet for vurdering, og det fattes eventuelt et vedtak om retur til dette landet, jf. kapittel 6.11.4.

Første asyllandregelen anvendes ikke overfor stater som tar del i Dublinsamarbeidet, jf. kapittel 6.11.4.2.[104] I praksis er dette Norge og Island, og alle EU-landene med unntak av Danmark, jf. nedenfor. I enkelte saker er det umiddelbare og sikre bevis for asylsøkerens tilknytning til et annet "Dublinland". Det kan for eksempel være tilfellet der søkeren presenterer et reisedokument med visum til et annet Dublinland. I disse tilfellene sendes saken direkte til Utlendingsdirektoratet for vurdering av om Dublinprosedyren skal igangsettes. I andre saker kan det være indikasjoner på at asylsøkeren er registrert i et annet Dublinland. For å sette i gang en undersøkelse er det ikke krav om klare bevis i den enkelte sak, for også generelle erfaringer politiet har gjort gjennom tidligere søk kan begrunne en forespørsel. Politiet (Kripos) retter i så fall en forespørsel om asylsøkerens fingeravtrykk er registrert i det/de aktuelle land. I 2003 ble det sendt ut forespørsler om ca. 12 000 asylsøkere til andre land. Samme fingeravtrykk kan bli sendt til flere land. Rundt 1800 personer ble på denne måten funnet registrert i et annet Dublinland i 2003. Etter gjennomførte undersøkelser sendes saken til Utlendingsdirektoratet som tar stilling til om det skal anmodes om tilbaketakelse/overtakelse av asylsøkeren, jf. kapittel 6.11.4.2.

Passkontrolloverenskomsten (POK) mellom de nordiske landene Norge, Sverige, Danmark og Finland var lenge det viktigste instrumentet for å avgjøre hvilket av landene som hadde ansvaret for å behandle en asylsøknad. Etter at Norge ble en del av Dublinsamarbeidet har POK mistet mye av sin betydning, med ett unntak. Danmark har ikke ratifisert avtalen mellom EU og Norge og Island som gjør DublinII-forordningen gjeldende også i Norge. Dublinregelverket kan derfor ikke benyttes overfor Danmark, og Norge må bruke POK i stedet. I henhold til POK artikkel 10 og praksis

[104] Dublinregelverket må imidlertid kunne sies å representere en utvikling av første asyllandregelen.

knyttet til denne bestemmelsen er det imidlertid et krav om dokumentert direkte innreise fra Danmark til Norge. Blant annet som følge av opphøret av grensekontroll er POK derfor lite anvendelig.

6.11.2.3 Differensiert saksbehandling

1. juli 2000 ble ansvaret for å gjennomføre asylintervjuene overført fra politiet til Utlendingsdirektoratet. Det ble også innført noen nye rutiner, blant annet at asylsøkere skulle fylle ut egenerklæring, og - med noen få unntak - obligatorisk samtale med eventuelt medfølgende barn, jf. utlendingsforskriften § 54 femte ledd. På samme tid økte antallet asylsøkere til Norge kraftig. Sammen med Norges inntreden i Schengen- og Dublinsamarbeidet våren 2001 gjorde dette at saksbehandlingstiden i asylsaker økte vesentlig. For å redusere saksbehandlingstiden, og for å få bedre kontroll med tilstrømningen av asylsøkere, gjennomførte Utlendingsdirektoratet høsten 2001 endringer i saksbehandlingsprosedyrene. Asylsøkere ble forhåndskategorisert i tre hovedgrupper: Antatt grunnløse søknader, antatt godt begrunnede søknader, og øvrige søknader. Kategoriseringen ble gjort på bakgrunn av nasjonalitet, men med rutiner som sikret at en sak ble flyttet fra en kategori til en annen dersom individuelle anførsler i saken tilsa det. Hensikten var å korte ned saksbehandlingstiden betydelig i alle saker, og særlig å få en rask håndtering av grunnløse søknader.

For antatt grunnløse søknader ble det ikke foretatt undersøkelser med tanke på overføring til et annet land i henhold til Dublinregelverket, selv om det forelå klare indikasjoner på at ansvaret for å behandle søknaden kunne overføres. På grunn av svarfristene i regelverket var en rask realitetsbehandling i Norge langt mer effektivt. Søkere i denne kategorien skrev heller ikke egenerklæring, og de ble plassert på mottak i Østlandsregionen med sikte på rask og effektiv retur til hjemlandet. Det ble utformet et strømlinjeformet informasjonsopplegg og effektivisering av asylintervjuene. Rutinene for oversendelse av saker for effektuering ble forbedret, og det ble satt i verk tiltak for raske returer både i Utlendingsdirektoratet og i politiet, jf. kapittel 6.11.6. Rutinene for behandling av *annengangs*[105] asylsøkere og asylsøkere involvert i kriminalitet ble også forbedret. Totalt førte dette til at andelen antatt grunnløse søknader sank fra nærmere 40% i begynnelsen av 2002, til om lag 10% ved slutten av året. Andelen sank ytterligere i 2003.

[105] Asylsøkere med tidligere avslag som kort etter returnerer til landet og fremmer en asylsøknad på nytt.

6.11.2.4 Informasjonsinnhenting. Asylintervju

Etter at politiet er ferdig med sin forberedelse av asylsaken sendes den til Utlendingsdirektoratet for videre behandling. Den videre informasjonsinnhentingen skjer normalt i tre etapper:

1. Asylsøkerens egenerklæring
2. Asylintervju
3. Eventuell verifisering av opplysningene

Ved siden av utlendingsmyndighetenes aktive informasjonsinnhenting blir asylsøkeren gitt fortløpende informasjon om de ulike stadiene i prosessen. I september 2003 startet Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) et eget informasjonsprogram for nyankomne asylsøkere på oppdrag fra Utlendingsdirektoratet. Hensikten er å sikre alle nyankomne asylsøkere god og systematisk informasjon. Det gis blant annet informasjon om saksgang, rettigheter og plikter, hvilke muligheter man har til å få innvilget søknaden og om eventuell retur til hjemlandet. Informasjonen gis på morsmålet eller annet språk asylsøkeren forstår godt.

Idet utvalget avgir sin innstilling har asylsøkere rett til advokat og fritt rettsråd uten behovsprøving, jf. utlendingsloven § 42 tredje ledd. Stortinget har imidlertid endret reglene om fritt rettsråd i asylsaker,[106] slik at asylsøkere med virkning fra 1. januar 2005 først vil bli tildelt advokat i en eventuell klageomgang. Det er forutsatt i forarbeidene at en uavhengig organisasjon, i samarbeid med direktoratet, skal gi asylsøkere nødvendig informasjon og individuell veiledning i forbindelse med saksbehandlingen i direktoratet.[107] Det vises for øvrig til kapittel 13.6 for en nærmere omtale av reglene om fri rettshjelp.

Alle asylsøkere som ikke anses for å ha en "antatt grunnløs søknad", skriver en egenerklæring som skal følge asylsøknaden. Hensikten er at asylsøkeren med egne ord skal forklare seg om bakgrunnen for asylsøknaden. Ved siden av opplysninger om personalia, familie mv. er det beskyttelsesgrunnlaget som er viktig å få frem. Dette ble ansett som en styrking av asylsøkeres rettssikkerhet da ordningen ble innført etter at Utlendingsdirektoratet overtok asylintervjuene 1. juli 2000.

Regler om asylintervju er gitt i utlendingsforskriften § 55. Bestemmelsen fastsetter blant annet at utlending som søker asyl skal intervjues snarest mulig, med mindre søkeren blir bortvist til et første asylland eller et land som deltar i Dublinsamar-

[106] Lov 2. juli 2004 nr. 67

[107] Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) 3.2.1.3 og Innst. O. nr. 93 (2003-2004) punkt 3.2

beidet. Asylsøker med søknad som avgjøres uten realitetsbehandling i medhold av passkontrolloverenskomsten, Dublinregelverket eller etter reglene om trygt første asylland, intervjues normalt ikke, da det ville være lite hensiktsmessig å bruke ressurser på å kartlegge asylgrunnlaget når det ikke har betydning for sakens utfall. Dersom Utlendingsdirektoratet derimot kommer til at adgangen til å returnere asylsøkeren etter passkontrolloverenskomsten, Dublinregelverket eller reglene om trygt første asylland ikke skal benyttes, blir søkeren intervjuet.

Formålet med asylintervjuet er å klarlegge asylsøkerens beskyttelsesbehov. Alle forhold knyttet til asylsaken skal imidlertid kartlegges, også forhold knyttet til vurderingen av sterke menneskelige hensyn. Tolk benyttes alltid i asylintervjuer for å sikre at søkeren kan få framlagt sin sak så korrekt som mulig. Eventuelt medfølgende ektefelle eller samboer bør som regel intervjues selv om vedkommende ikke søker asyl. Den totale livssituasjonen til eventuelt medfølgende barn skal kartlegges under intervjuet. Med mindre det anses åpenbart unødvendig eller foreldrene motsetter seg det, skal det avholdes en samtale med medfølgende barn. Enslige, mindreårige asylsøkere (barn under 18 år uten medfølgende foreldre eller andre som utøver foreldreansvaret) skal alltid ha hjelpeverge eller fullmektig til stede under intervjuet. Noen asylsøkere har spesielle behov. For eksempel ønsker enkelte kvinner som anfører mishandling eller overgrep å bli intervjuet av en kvinnelig saksbehandler. Så langt det er mulig skal det legges det til rette for dette.

Saksbehandleren som intervjuer asylsøkeren lager en rapport fra intervjuet. Denne ferdigskrives i løpet av intervjuet og skal leses opp, godkjennes og underskrives av asylsøkeren før intervjuet er avsluttet. Rapporten sendes til asylsøkerens advokat, som forutsettes å gjennomgå den med klienten for eventuelt å kunne rette opp feil og uoverensstemmelser.

I den grad det er nødvendig skal opplysningene som fremsettes i asylsøknaden kontrolleres. Dette gjøres dels under asylintervjuet gjennom oppfølgings- og kontrollspørsmål. Utlendingsforvaltningen har i de fleste tilfeller detaljert kunnskap om forholdene i asylsøkerens hjemland, og saksbehandlerne har fått opplæring i å stille spørsmål som kan bekrefte eller avkrefte asylsøkeres anførsler.

Kontroll av opplysningene foretas også etter at asylintervjuet er ferdig. Dersom det har betydning for avgjørelsen - dvs. at søknaden etter en første gjennomgang i prinsippet *kan* kvalifisere til anerkjennelse som flyktning eller opphold på humanitært grunnlag - kontrolleres opplysningene opp mot den kunnskapen utlendingsforvaltningen har om det aktuelle området. Dette er kunnskap som både er alminnelig tilgjengelig, for eksempel gjennom ulike humanitære og menneskerettsorganisasjoner, men også kunnskap av mer sensitiv karakter som utlendingsforvaltningen får gjennom utenrikstjenesten. Rapporter som utlendingsforvaltningen får tilgang til gjennom utenrikstjenesten er normalt ikke offentlig tilgjengelige, jf. offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.

Denne landkunnskapen er imidlertid av generell karakter, og ikke alltid egnet til å kontrollere konkrete anførsler i den enkelte søknad. Dersom det er behov for å kontrollere enkeltanførsler som ikke lar seg bekrefte eller avkrefte gjennom generell landkunnskap, kan det være aktuelt å verifisere anførslene i hjemlandet. Det kan for eksempel gjelde konkrete anførsler om arrestasjoner, dommer, bestemte hendelser mv. Slik verifisering skjer enten gjennom den enkelte utenriksstasjonen, blant annet ved bruk av de ulike utlendingsattacheene, eller ved at utlendingsforvaltningen selv reiser til det aktuelle området. Resultatet av en verifisering forelegges asylsøkeren til uttalelse (dersom den ikke bekrefter opplysningene som søkeren har anført), jf. forvaltningsloven § 17 annet ledd.

6.11.3 Opphold i mottak

Etter at en asylsøknad er fremmet for politiet og registrert, overføres asylsøkeren til et ankomstmottak. Under opphold i ankomstmottaket får asylsøkeren informasjon om asylprosessen, tildeles advokat og skal skrive egenerklæring. Asylsøkeren gjennomgår også en førstegangs helseundersøkelse. De aller fleste asylsøkere intervjues mens de befinner seg i ankomstmottaket. Det forutsettes at asylsøkeren oppholder seg i ankomstmottaket. Opphold i ankomstmottaket er viktig for å få gjennomført egenerklæring og asylintervju, samt for å avklare identiteten, men også for at asylsøkeren skal gjennomgå en helseundersøkelse med sikte på eventuelle tiltak fra helsemyndighetenes side.

Etter at asylintervjuet er gjennomført blir asylsøkeren normalt flyttet til et ordinært asylmottak. Det formelle vedtaket om plassering i mottak, eller senere flytting, skjer med hjemmel i utlendingsloven § 17 femte ledd, jf. utlendingsforskriften § 59. Det er Utlendingsdirektoratet som fatter vedtaket. Forvaltningslovens regler om at enkeltvedtak skal

grunngis og kan påklages, gjelder ikke, jf. forskriften § 60 annet ledd.

Opphold i asylmottak er et tilbud som skal gis til alle, men det er ingen *plikt* for en asylsøker til å bo i mottak. En asylsøker som ønsker å bo privat står fritt til det, forutsatt at asylsøkeren ikke vil trenge tilskudd fra det offentlige, jf. utlendingsforskriften § 59 annet ledd. Anslagsvis 10% av asylsøkerne valgte å bo privat første kvartal i 2003.

Utlendingsdirektoratet har ansvaret for det totale tilbudet av asylmottak i landet. Driften av asylmottak er imidlertid overlatt til ulike driftsoperatører etter anbud. Ved utgangen av 2003 bodde om lag 17200 personer på 140 forskjellige asylmottak i landet. Av disse hadde om lag 300 personer fått endelig avslag på asylsøknaden, mens om lag 200 personer hadde fått innvilget søknaden og ventet på bosetting i en kommune. Forholdet mellom Utlendingsdirektoratet som overordnet ansvarlig og driftsoperatøren av det enkelte mottaket er hovedsaklig regulert i driftsreglementet med tilhørende kravspesifikasjon, som er en del av kontrakten som inngås. Reglementet regulerer blant annet rammene for driften, ansvarsfordeling, tilsyn med mottakene og beboerrettet arbeid. I reglementet heter det blant annet:

> "Et statlig mottak er et tilbud om midlertidig bolig med tilhørende økonomiske ytelser og beboerrettede tiltak for personer som søker asyl i Norge.
>
> [ ]
>
> Et statlig mottak skal være et mest mulig normalt bosted for personer i en unormal livssituasjon. Mottaket skal ivareta og gi vekstmuligheter for beboernes individualitet, tilhørighet og mestringsevne. Tilbudene skal ha en nøktern men forsvarlig standard.
>
> Utlendingsdirektoratet kan gi retningslinjer om redusert tilbud til personer med antatt grunnløse søknader og personer med avslag på asylsøknad.
>
> Boligtilbudet skal ivareta beboernes behov for trygghet og skal differensieres etter deres behov. Tilbud om plass gjelder fra det søkes om asyl til dato for bosetting i kommune eller til avslag på asylsøknad er forsøkt effektuert.
>
> [ ]
>
> Det beboerrettede arbeidet skal bidra til at beboerne kan ivareta egen livssituasjon under mottaksoppholdet og til å skape en meningsfylt hverdag. Tiltakene skal differensieres i forhold til de beboerne som til enhver tid befinner seg på mottaket, og de skal muliggjøre beboernes ivaretakelse av eget språk og egen kultur. Tiltakene skal forberede beboerne på eventuell bosetting og integrering i Norge eller retur til hjemlandet.
>
> De ansatte skal først og fremst opptre som veiledere og tilretteleggere for beboerne."

Asylsøkere som velger å bo på asylmottak har en oppholdsplikt for å kunne ta del i tilbudet ved mottaket. Asylsøkere må ha forhåndsavtale ved fravær ut over tre dager. Ved ureglementert fravær mister asylsøkeren plassen, og økonomiske ytelser stoppes. For enslige, mindreårige asylsøkere er det egne rutiner for melding til politiet og barnevernet ved ureglementert fravær eller forsvinninger. En asylsøker har videre meldeplikt ved flytting, jf. loven § 14 annet ledd.

Driftsoperatøren er pålagt å føre beboerlister som til enhver tid gir oversikt over hvem som oppholder seg på mottaket. Det er normalt ingen adgangskontroll i et asylmottak.

Pengereglementet fastsettes av Kommunal- og regionaldepartementet og regulerer asylsøkeres økonomiske ytelser under oppholdet i asylmottak. Reglementet skal "sikre ensartede økonomiske ytelser til beboere i statlige mottak som ikke på annen måte er i stand til å dekke sine økonomiske behov."

Det utbetales et basisbeløp avhengig av om asylsøkeren oppholder seg i mottak med fri kost eller selvhushold. I 2003 var satsene ved fri kost inntil kr. 1.135 pr måned for voksne over 18 år, og inntil kr. 825 for barn. Ved selvhushold var satsene inntil kr. 2.790 per måned for enslige, inntil kr. 4.700 for ektepar/samboende, og inntil kr. 1.340 pr måned for barn. Basisbeløpet reduseres ved lønnsinntekt, og beboere med lønnsinntekt skal etter nærmere regler betale husleie for oppholdet. Egen formue fører til reduksjon i basisbeløpet, og en asylsøker kan bli trukket i basisbeløpet ved hærverk, brudd på husordensregler mv. Ved ureglementert fravær/forsvinning stoppes støtten. Beboere som har fått endelig avslag på asylsøknaden, eller er nektet utsatt iverksettelse etter avslag i Utlendingsdirektoratet, mister ytelser fra den dato som er satt som utreisefrist. Det samme gjelder personer som har fått innvilget søknaden og fått vedtak om bosettingskommune, etter den bosettingsdatoen Utlendingsdirektoratet har fastsatt.

Beregnet årskostnad for en mottaksplass var i St.prp. nr. 1 (2002-2003) satt til kr. 108.040.

6.11.4 Vedtak i asylsaker

6.11.4.1 Midlertidig arbeidstillatelse

En asylsøker kan på nærmere vilkår få en midlertidig arbeidstillatelse mens søknaden behandles. Tillatelsen gir en generell adgang til å ta arbeid. Et delformål er at asylsøkeren skal kunne ha en mest mulig meningsfull tilværelse mens søknaden er til

behandling. Eventuelle inntekter kommer til fradrag i den økonomiske stønaden asylsøkeren får under oppholdet. En midlertidig arbeidstillatelse kan også være med på å fremme integreringen av de asylsøkere som etter hvert får innvilget sine søknader om opphold.

Før en midlertidig arbeidstillatelse kan innvilges, må det være foretatt et asylintervju av søkeren, jf. utlendingsforskriften § 61 første ledd. Det skal videre ikke være tvil om søkerens identitet. Det er ikke presisert nærmere når det kan sies å foreligge tvil om søkerens identitet. Dersom det presenteres et reisedokument eller annet identitetsdokument som fremstår som ekte, innvilges normalt en midlertidig arbeidstillatelse. Det samme gjelder der asylsøkeren for så vidt ankommer uten reisedokumenter eller øvrige identitetsdokumenter, men ikke gir motstridende opplysninger om identiteten og heller ikke er registrert med en annen identitet. I tilfeller hvor søkeren derimot er registrert med en annen identitet, eventuelt i et annet (eller flere) land, knytter det seg åpenbart tvil til søkerens identitet. I øvrige tilfeller avgjøres spørsmålet etter en konkret vurdering. Det er grunn til å anta at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt for at den oppgitte identiteten er den korrekte, jf. uttykket "ikke tvil om søkerens identitet". Utlendingsforvaltningen bruker imidlertid ikke mye ressurser på dette vedtaket, da det ikke har noen rettsvirkninger ut over tiden som asylsøker.

Det er i tillegg et vilkår at det ikke er aktuelt å bortvise søkeren eller fremme tilbaketakelsesbegjæring overfor et annet land. Dersom dette er aktuelt, vil tilbakeføring kunne skje etter forholdsvis kort tid, og hensynene bak ordningen er mindre fremtredende.

Søkeren må være minst 15 år for å få en midlertidig arbeidstillatelse. Når søkeren er mellom 15 og 18 år, må samtykke foreligge fra foreldre eller andre som utøver foreldreansvaret over søkeren, jf. utlendingsforskriften § 61 første ledd nr. 4.

Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for vedtak om midlertidig tillatelse, jf. utlendingsloven § 17 sjette ledd.

En gitt midlertidig arbeidstillatelse gjelder i utgangspunktet frem til vedtak i første instans. Dersom søknaden innvilges er det ikke lenger behov for en midlertidig tillatelse. Dersom søknaden avslås gjelder tillatelsen fortsatt dersom vedtaket påklages og det gis utsatt iverksettelse. En asylsøker som ikke allerede har en midlertidig arbeidstillatelse, kan få dette i klageomgangen dersom vilkårene for øvrig er oppfylt og klagen er gitt utsatt iverksettelse, jf. utlendingsforskriften § 61 annet ledd.

Det er Utlendingsdirektoratet som fatter vedtak om midlertidig arbeidstillatelse, jf. loven § 17 sjette ledd. Normalt spørres asylsøkeren under intervjuet om han eller hun ønsker slik tillatelse, og dersom vilkårene er oppfylt gis tillatelsen som regel kort tid etter intervjuet.

6.11.4.2 Vedtak etter Dublinregelverket

Norges geografiske beliggenhet gjør at de fleste asylsøkere som kommer til landet har reist gjennom andre europeiske land. Etter utlendingsloven § 17 første ledd bokstav e har en flyktning ikke rett til asyl dersom han eller hun " kan kreves mottatt av et annet land som deltar i samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller annen medlemsstat". Norge står imidlertid fritt til å behandle en asylsøknad også i disse tilfellene, jf. Dublin II-forordningen artikkel 3 nr. 2.

For en nærmere gjennomgang av Dublinregelverket vises det til kapittel 4.4.2.

Dersom asylsøkeren antas å falle inn under noen av bestemmelsene i forordningen, oversendes saken fra politiet til Utlendingsdirektoratet. Utlendingsdirektoratet anmoder det aktuelle landet om tilbaketakelse eller overtakelse. Så langt i Dublin-samarbeidet har Norge fått aksept for om lag 90% av anmodningene. Ved aksept fattes et avslag på asylsøknaden med bortvisning til det aktuelle samarbeidslandet. I 2002 var 21% av alle asylvedtak avslag med retur til et Dublinland. Tilsvarende tall for 2003 var 19%.

Selv om en asylsøker faller inn under Dublin II-forordningen og kan overføres til et annet land, er det tilfeller der Norge likevel velger å behandle søknaden. Etter utlendingsloven § 17 annet ledd skal adgangen til å returnere ikke benyttes dersom "flyktningen har en tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å gi flyktningen beskyttelse."

Tilknytningskravet er omtalt i rundskriv fra Utlendingsdirektoratet.[108] Rundskrivet bygger på gjeldende forvaltningspraksis i direktoratet og Utlendingsnemnda:

> "Dersom søkeren har slik tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å vurdere søkerens behov for beskyttelse, skal søknaden tas til realitetsbehandling her, jf loven § 17 andre ledd. Nedenfor behandles en del aktuelle typetilfeller av tilknytning. Dersom det foreligger flere ulike tilknytningsformer, må det vur-

108. UDI 2004-010 ASA av 05.04.2004

deres om en kumulasjon av disse medfører at søkeren har en slik tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å vurdere hans eller hennes behov for beskyttelse.

[ ]

Det skal legges til grunn at tilknytningskravet i utgangspunktet er oppfylt når søkeren tidligere har hatt opphold i Norge med oppholds- eller arbeidstillatelse i ett år eller mer. At søkeren har hatt midlertidig arbeidstillatelse, selv om varigheten av denne har vært over ett år, er ikke tilstrekkelig, jf forskriften § 61.

Dersom søkeren har vært borte fra Norge i mer enn 2 år sammenhengende anses vedkommende likevel ikke å ha tilstrekkelig tilknytning til riket. Dette begrunnes med en analogisk anvendelse av regelen i loven § 12 fjerde ledd som sier at bosettingstillatelse bortfaller i slike tilfeller.

[ ]

I utgangspunktet skal det legges til grunn at tilknytningskravet er oppfylt når søkeren har norsk eller nordisk ektefelle/samboer. Det samme gjelder dersom søkeren har ektefelle/samboer, barn, foreldre eller søsken som oppholder seg i Norge med oppholds-, arbeids- eller bosettingstillatelse, eller har slik sak eller asylsak til behandling.

Direktoratet legger til grunn at asylsak til behandling refererer seg til realitetsbehandling og ikke en påbegynt Dublin-behandling.

Når det gjelder tilknytning på grunnlag av samboerforhold, må det foretas en konkret helhetsvurdering. Momenter i denne helhetsvurderingen vil blant annet være varigheten av forholdet, om samboerforholdet eksisterte allerede i hjemlandet og hvorvidt de reiste sammen derfra.

Tilknytningskravet vil ikke være oppfylt når søkeren har fjernere familiemessig tilknytning til Norge enn søsken.

Ved registreringen hos politiet skal asylsøkeren opplyse om slektskapet. Det er søkerens plikt å sannsynliggjøre slektskapet. Det kreves i så henseende sannsynlighetsovervekt. Dersom søkeren ønsker å ta en DNA test for å sannsynliggjøre slektskapet, må vedkommende selv dekke utgiftene, jf rundskriv UDI 2003-031.

[ ]

Familiemedlemmene kommer samtidig

Dersom flere familiemedlemmer søker asyl i Norge samtidig, og bare noen av dem er potensielle Dublin-saker, beror det på en konkret helhetsvurdering hvorvidt alle sakene skal behandles samlet i Norge. Det kan i stedet være naturlig at den potensielle Dublin-staten bør ta ansvar for hele familien, jf Dublin II-forordningen artikkel 15. Retningslinjer for bruk av bestemmelsen fremgår av Dublin II-forordningen artikkel 15 nr 2 og 3.

Familiemedlemmene kommer på ulikt tidspunkt

Det er en forutsetning for tilknytning at førstankomne familiemedlem har asylsak til realitetsbehandling, jf Dublin II-forordningen artikkel 2 bokstav e. Dersom det er påbegynt Dublin-behandling av vedkommendes asylsak, vil det ikke medføre tilknytning til riket for et familiemedlem som i ettertid kommer til Norge og søker asyl. Begrunnelsen er at vedkommendes "tilknytningsperson" heller ikke får sin asylsak behandlet i Norge.

Det kan imidlertid i et slikt tilfelle være aktuelt med felles overføring til en annen medlemsstat i medhold av Dublin II-forordningen artikkel 14 eller artikkel 15.

Dersom asylsaken til sistankomne familiemedlem kan tas til realitetsbehandling, utløser ikke dette i ettertid tilknytning til riket for førstankomne familiemedlem som har dublinsak til behandling.

Tidspunkt for vurdering av tilknytning gjennom familie i Norge

Situasjonen på søknadstidspunktet er avgjørende for vurderingen av hvorvidt det foreligger tilknytning til riket, jf loven § 17 andre ledd. Familietilknytning som oppstår på et senere tidspunkt er i utgangspunktet ikke relevant.

[ ]

Selv om det foreligger tilknytning som nevnt ovenfor, kommer ikke unntaksbestemmelsen i loven § 17 andre ledd til anvendelse hvis søkeren har tilsvarende eller sterkere tilknytning til den ansvarlige medlemsstaten.

[ ]

Sterkere tilknytning foreligger hvis søkeren har nærmere familiemedlemmer i den ansvarlige Dublin-staten.

Ektefelle/samboer og barn skal regnes som nærmere familie enn foreldre. Foreldre regnes som nærmere familie enn søsken.

Dersom en asylsøker ankommer Norge sammen med sin ektefelle/samboer og eventuelle barn, som alle kan overføres til en annen Dublin-stat, vil det i utgangspunktet foreligge en sterkere tilknytning til denne staten. Det forhold at søker har et familiemedlem som nevnt ovenfor vil således ikke ha avgjørende betydning.

Dersom det foreligger tilsvarende familiemessig tilknytning til begge medlemsstatene, må det foretas en konkret helhetsvurdering.

[ ]

Har søkeren tidligere hatt lengre tids opphold i den ansvarlige medlemsstaten, må det vurderes om tilknytningen til den aktuelle staten tilsier at Norge likevel ikke er nærmest til å vurdere søkerens behov for beskyttelse.

[ ]

Det skal alltid foretas en konkret vurdering av loven § 17 annet ledd. Det kan tenkes omstendigheter som tilsier at søkeren er i en helt spesiell situasjon som gjør at Norge er nærmest til å vurdere spørsmålet om å gi beskyttelse, og at søkeren av den grunn bør få behandlet sin søknad om asyl i Norge. Det understrekes at det her kreves meget tungtveiende grunner.

[ ]

Helsemessige forhold medfører i utgangspunktet ikke nødvendig tilknytning til riket.

Direktoratet legger til grunn asylsøkeren vil ha tilgang til nødvendige helsetjenester i enhver medlemsstat. EUs direktiv av 27.januar 2003, (EC 09/2003), om minimumsstandard vedrørende mottaksforhold for asylsøker forutsetter blant annet tilgang til helsemessig kontroll og oppfølgning.

Helsemessige forhold som somatisk eller psykisk sykdom, kan imidlertid være momenter i en konkret helhetsvurdering vedrørende tilknytning til riket på grunn av sterke menneskelige hensyn. Ved somatisk sykdom må det vurderes hvorvidt det foreligger akutt, livstruende sykdom med høy risiko knyttet til brudd på den medisinske behandlingen. Alvorlig/kritisk psykisk sykdom, der det er behov for øyeblikkelig behandling, taler for at søkeren bør få behandlet sin asylsak i Norge. Det må foretas en konkret vurdering i tilfeller der søkeren har en kombinasjon av psykiske og somatiske lidelser.

[ ]

FNs konvensjon om barns rettigheter ble den 1.oktober 2003 inkorporert i norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2 nr 4. Bestemmelsen statuerer en plikt for Utlendingsdirektoratet til å ta hensyn til barnas interesser, men bestemmelsen gir ikke anvisning på at enhver vurdering skal slå ut i barnas favør, i form av en oppholdstillatelse eller en realitetsbehandling. Hensynet til barnets beste skal således veie tungt, men det må likevel foretas en avveining i forhold til andre hensyn.

[ ]

Lang saksbehandlingstid i Norge kan være ett moment i en helhetsvurdering med hensyn til om søknaden skal realitetsbehandles her. Direktoratet er imidlertid av den oppfatning at utlendingsloven § 8 annet ledd, jf forskriften § 21, relaterer seg til realitetsbehandling av en asylsøknad og derfor ikke kommer til anvendelse ved Dublin-behandling. Dette medfører at bestemmelsen i forskriften § 21 tredje ledd, om at utlending som ikke har fått sin søknad avgjort innen 15 måneder som hovedregel skal innvilges arbeids- eller oppholdstillatelse i riket, ikke gjelder for Dublin-saker."

Dublin II-forordningen har etablerte regler og rutiner for hvilket land som er ansvarlig for saksbehandlingen av en asylsøknad fremmet i et av medlemslandene. Overfor våre nærmeste naboland kan disse prosedyrene likevel virke noe tungvinte der det er på det rene at en asylsøker skal tilbakeføres til et av disse landene. Norge har derfor innledet forhandlinger med Sverige, Finland og Tyskland med tanke på å forenkle prosedyrene for tilbakeføring. Dublinregelverket er ikke til hinder for dette. I desember 2003 ble det undertegnet en slik gjensidig avtale med Sverige.

6.11.4.3 Retur til trygt første asylland

Utlendingsloven § 17 første ledd bokstav b og c fastslår at en flyktning ikke har rett til asyl i Norge dersom vedkommende har, eller burde ha søkt, beskyttelse i et annet trygt land. Med dette er den såkalte første asyllandregelen lovfestet. Regelen har til dels vært omstridt i teoretiske fremstillinger,[109] men det har vært statspraksis i en del europeiske land å benytte seg av prinsippet om tilbakeføring til trygge første asylland. Første asyllandregelen har ingen universell folkerettslig forankring, men noen bilaterale og regionale avtaler har nedfelt prinsippet, for eksempel den nordiske passkontrolloverenskomsten artikkel 10 og Dublin II-forordningen.

Dublinregelverket har i all hovedsak blitt den praktiske anvendelsen av første asyllandregelen, riktignok betydelig bygget ut, og forordningen har også flere andre formål. Første asyllandregelen kan imidlertid fortsatt få anvendelse i tilfeller hvor en asylsøker reiser direkte til Norge fra et land som ikke er med i Dublinsamarbeidet, forutsatt at det kan karakteriseres som trygt.

Hva som regnes som et trygt første asylland er ikke regelfestet verken i utlendingsloven eller flyktningkonvensjonen. Under enhver omstendighet setter flyktningkonvensjonen artikkel 33 (non refoulement-bestemmelsen) en skranke for å benytte første asyllandregelen. Asylsøkeren må videre være sikret tilgang til asylprosedyrer i tredjelandet. I praksis har dette vært tolket slik at tredjelandet må anerkjenne og praktisere flyktningkonvensjonen.

---

109. For en gjennomgang av de teoretiske problemstillingene se Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning (Bergen 2000) s. 624-637 og Vigdis Vevstad: Refugee Protection – A European Challenge (Oslo 1998) s. 224-284.

Bruk av første asyllandregelen forutsetter videre at direkte innreise fra tredjelandet kan dokumenteres. I praksis krever de fleste land dokumentasjon i form av billetter, men enkelte land godtar også passasjerlister som dokumentasjon. Det er også utviklet en praksis om at retur av asylsøkeren må foretas innen 48 timer etter ankomst.

Ved bruk av første asyllandregelen avslås søknaden om asyl uten realitetsprøving, og søkeren henvises til å søke beskyttelse i det aktuelle tredjelandet. Det gjelder de samme begrensninger ved bruk av regelen som i forhold til Dublin II-forordningen, dvs. hvor asylsøkeren har "en tilknytning til riket som gjør at Norge står nærmest til å gi flyktningen beskyttelse", jf. loven § 17 annet ledd og kapittel 6.11.4.2.

6.11.4.4 Retur etter passkontrolloverenskomsten

Som nevnt i kapittel 6.11.2.2 har den nordiske passkontrolloverenskomsten (POK) mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland mistet det meste av sin betydning i forhold til retur av asylsøkere. POK ble praktisert slik at begjæring om tilbaketakelse måtte fremmes innen en måned etter at søknad om asyl ble fremmet, og retur måtte effektueres i løpet av seks måneder, jf. Justisdepartementets rundskriv G-235/87. Det utviklet seg etter hvert også en praksis som krevde at det kunne dokumenteres en direkte innreise fra tilbaketakelseslandet. Overfor Sverige og Danmark var det videre utviklet en praksis om direkte tilbaketakelse innen 24 timer. Asylsøkeren måtte i så fall ha fremmet søknad om asyl ved grensen. Reglene anvendes nå bare overfor Danmark, og i svært begrenset grad som følge av opphøret av grensekontroll mellom Schengenlandene.

6.11.4.5 Førsteinstansvedtak i asylsaker

Dersom verken første asyllandsregelen, Dublin II-forordningen eller passkontrolloverenskomsten anvendes, skal asylsøknaden undergis en realitetsbehandling.

Etter utlendingsloven § 21 er det Utlendingsdirektoratet som avgjør spørsmålet om vern mot utsendelse, flyktningstatus og asyl, samt reisebevis for flyktning og utlendingspass. Utlendingsdirektoratet skal av eget tiltak innhente informasjon som er nødvendig og tilgjengelig, jf. § 21 tredje ledd. Bestemmelsen viser også til forvaltningsloven § 17 om at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig opplyst før vedtak treffes.

Utlendingsdirektoratet tar stilling til om asylsøkeren oppfyller vilkårene for anerkjennelse som flyktning eller for øvrig er vernet mot utsendelse. Hvis direktoratet kommer til at ingen av delene er tilfellet må direktoratet ta stilling til om søkeren bør gis oppholdstillatelse etter en vurdering av sterke menneskelige hensyn og utlendingens tilknytning til riket, jf. utlendingsloven § 15 annet ledd, jf. § 8 annet ledd.

Underretning om vedtaket skjer ved at Utlendingsdirektoratet sender vedtaket til søkerens advokat, som forutsettes å underrette søkeren, jf. forvaltningsloven §§ 12 tredje ledd og 27.

En innvilget tillatelse gis for ett, to eller tre år, jf. utlendingsloven § 7 første ledd. Fornyelse gis i henhold til loven § 11. Som nevnt i kapittel 6.9.6 foretas det vanligvis ingen ny prøving av vilkårene for tillatelsen ved fornyelse og heller ikke i forbindelse med søknad om bosettingstillatelse etter tre år.

Utlending som har fått avslag på en asylsøknad, og som kom til landet uten gyldig pass eller annet godkjent reisdokument eller visum når dette er nødvendig, blir bortvist dersom det er sannsynlig at iverksetting av vedtaket kan finne sted før utlendingen har oppholdt seg i landet i seks måneder, jf.forskriften § 119. Selv om asylsøkeren har gyldig pass eller annet godkjent reisedokument, eller visum, skal utlendingen bortvises etter utlendingsforskriften § 119 annet ledd dersom asylsøknaden avslås og det er sannsynlig at iverksetting av vedtaket kan finne sted før utlendingen har oppholdt seg i landet i tre måneder.

6.11.4.6 Åpenbart grunnløse asylsøknader

Dersom Utlendingsdirektoratet mener at asylsøknaden er åpenbart grunnløs, gjelder spesielle regler for den videre saksbehandling, jf. nedenfor. Hva som menes med en "åpenbart grunnløs" søknad må avgjøres etter en konkret vurdering. Vurderingen av om en sak er "åpenbart grunnløs" knytter seg i prinsippet til beskyttelsesbehovet, og ikke til vurderingen i utlendingsloven § 8 annet ledd om sterke menneskelige hensyn mv. I praksis legges det nok likevel vekt på graden av "sterke menneskelige hensyn" i saken. Dersom det foreligger grunner som ligger nært opp til sterke menneskelige hensyn, men som etter en konkret vurdering ikke anses tilstrekkelige til å begrunne en innvilgelse, vil saken ikke uten videre bli karakterisert som "åpenbart grunnløs" selv om søknaden om *beskyttelse* i og for seg er åpenbart grunnløs.

Dersom Utlendingsdirektoratet kommer til at søknaden er "åpenbart grunnløs", gjelder spesielle

saksbehandlingsregler med tanke på iverksetting av vedtaket.

Etter loven § 40 kan vedtak "der omstendigheter som nevnt i § 15 første ledd er påberopt [ ] ikke iverksettes før det er blitt endelig." Et vedtak er endelig enten når klagefristen er utløpt uten at klage er mottatt, eller ved vedtak i Utlendingsnemnda. Unntatt fra dette er saker der Utlendingsdirektoratet "finner det åpenbart at slike omstendigheter [som nevnt i § 15 første ledd] ikke foreligger og saker hvor utlendingen har søknad om asyl til behandling i et annet land eller har fått avslag på slik søknad der." Slike vedtak kan altså iverksettes før de er endelige. I praksis vil det si at asylsøkeren ikke har rett til å oppholde seg i landet mens klagen behandles.

Etter utlendingsforskriften § 56 femte ledd skal det i åpenbart grunnløse saker, saker der utlendingen har søknad om asyl til behandling i et annet land, og saker der utlendingen har fått avslag på asylsøknad i et annet land, settes en kortere frist enn tre uker for innlevering av eventuell anmodning om utsatt iverksetting. Klagefristen vil imidlertid fortsatt være tre uker. Fristen for å anmode om utsatt iverksetting fastsettes individuelt, men normalt vil den være kort, ofte 48 timer. Utlendingsforskriften § 56 i.f. sier da også at det skal tas hensyn til behovet for rask iverksetting. Hvis Utlendingsdirektoratet nekter utsatt iverksettelse, kan utlendingen returneres umiddelbart. En beslutning om å nekte utsatt iverksettelse kan ikke påklages, jf. utlendingsloven § 40 tredje ledd.

Fra 1. januar 2004 innførte Utlendingsdirektoratet en spesiell hurtigprosedyre for asylsøkere fra land der søknaden i utgangspunktet antas å være grunnløs, såkalt gruppe 1-land, jf. kapittel 6.11.2.3. Prosedyren går ut på at asylsøkere fra de aktuelle land får en fullstendig saksbehandling i direktoratet i løpet av 48 timer etter melding til politiet. Asylsøkeren skal registreres, få nødvendig informasjon, det skal avholdes et asylintervju, intervjurapporten gjennomgås og vedtak fattes, og det skal tas stilling til en eventuell klage og anmodning om utsatt iverksetting i løpet av tidsfristen. Dersom en eventuell klage ikke gis oppsettende virkning, skal asylsøkeren utransporteres så snart som mulig, og senest innen de påfølgende 72 timer. Dersom det under behandlingen av en sak fremkommer opplysninger som tilsier at søkeren kan ha et beskyttelsesbehov eller grunnlag for opphold av humanitære årsaker, tas søknaden ut av hurtigprosedyren og undergis ordinære saksbehandlingsrutiner. Hurtigprosedyren omfatter ikke enslige, mindreårige asylsøkere, med mindre det er åpenbart at søkeren er over 18 år eller har følge av en myndig person, for eksempel ektefelle.

Hurtigprosedyren er blant annet inspirert av en tilsvarende prosedyre i Nederland. Her strekker imidlertid prosedyren seg over 48 *arbeidstimer*, som i praksis vil si at saksbehandlingsprosedyren tar 4-5 dager.

Kommunal- og regionaldepartementet har varslet at ordningen vurderes innført for alle asylsøkere fra og med januar 2005.

6.11.5 Klagebehandling

Etter utlendingsloven § 38 tredje ledd kan vedtak fattet av politiet eller utenriksstasjon påklages til Utlendingsdirektoratet, mens vedtak for øvrig påklages til Utlendingsnemnda. I asylsaker er det Utlendingsdirektoratet som fatter vedtak i første instans, jf. § 21 første ledd, og klageinstansen er da Utlendingsnemnda, jf. utlendingsloven § 38 tredje ledd.

Et vedtak i en asylsak kan i hovedsak få fire ulike utfall: For det første kan søkeren anerkjennes som flyktning og asyl innvilges. For det annet kan søknad om asyl avslås, men søkeren bli innvilget opphold på humanitært grunnlag fordi vedkommende anses vernet mot utsendelse. For det tredje kan søknaden innvilges på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, og for det fjerde kan søknaden avslås helt.[110]

Dersom asylsøkeren anerkjennes som flyktning og innvilges asyl, foreligger det ikke noe klagegrunnlag. Men dersom søknaden om asyl avslås, og søkeren innvilges opphold på humanitært grunnlag, er det adgang til å klage på avgjørelsen av asylspørsmålet (såkalt statusklage). Det gis ikke fritt rettsråd uten behovsprøving ved slike klager jf. loven § 42 tredje ledd. Når klagen behandles i Utlendingsnemnda tas den opp i sin fulle bredde, men det er begrensninger i adgangen til å endre vedtaket til skade for klageren, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Omfanget av statusklager er svært lite.

Klage i en asylsak sendes til Utlendingsdirektoratet for forberedende behandling. Klagefristen er normalt tre uker. Dersom klagen sendes etter klagefristens utløp, skal klagen avvises av Utlendingsdirektoratet, jf. forvaltningsloven § 33 annet ledd, med mindre reglene om oversitting av klagefrist i forvaltningsloven § 31 anvendes. Utlendingsdirektoratet skal foreta de undersøkel-

110. Det finnes også mellomvarianter der reisebevis eller utlendingspass kan innvilges/avslås, men det går en ikke inn på her.

Tabell 6.10 Asylsaksbehandling i Utlendingsnemnda 2003[a]

Behandlingsform	Behandlede saker	Prosent av totalt behandlede saker	Antall saker endret/ omgjort	Prosent endret/ omgjort av behandlede saker
Nemndmøte med personlig frammøte	291	3,0%	136	46,7%
Nemndmøte uten personlig frammøte	98	1,0%	36	37,0%
Nemndleder alene	3476	35,7%	51	1,5%
Sekretariatet	5790	59,5%	20	0,3%
Ikke registrert	88	0,9%	0	0%
Sum	9743		243	2,5%

a. Kilde: Utlendingsnemnda

ser som klagen gir grunn til. Direktoratet kan oppheve eller endre vedtaket dersom en mener at klagen er begrunnet. Dersom direktoratet mener at det ikke har fremkommet momenter som gir grunn til å endre vedtaket, skal saken oversendes Utlendingsnemnda "så snart saken er tilrettelagt", jf. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd. Det lages normalt et oversendelsesbrev til Utlendingsnemnda med en redegjørelse for vedtaket og kommentarer til anførslene i klagen. Kopi av oversendelsesbrevet sendes til klagerens advokat.

I Utlendingsnemnda fattes avgjørelsen enten i nemndmøte (med eller uten personlig frammøte), av en nemndleder alene eller av sekretariatet. For en nærmere redegjørelse om behandlingsformene i Utlendingsnemnda vises det til kapittel 13.8.1.

Det er ulik endrings-/omgjøringsprosent avhengig av behandlingsformen. Utlendingsnemnda behandlet 9743 asylsaker i 2003. 3% av disse sakene ble avgjort i nemndmøte med personlig fremmøte av klageren, og 1% i nemndmøte uten personlig fremmøte. Knapt 36% ble avgjort av en nemndleder alene, og nærmere 60% i sekretariatet. I 2,5% av asylsakene ble det truffet vedtak om endring/omgjøring. I nemndmøte med personlig fremmøte ble om lag 48% endret/omgjort, mens 37% ble endret/omgjort i nemndmøte uten personlig fremmøte. Nemndleder alene og sekretariatet traff vedtak om endring/omgjøring i henholdsvis 1,5% og 0,3% av sakene.

Den forholdsvis lave endrings-/omgjøringsprosenten må ses i sammenheng med at et høyt antall søknader ble vurdert som åpenbart grunnløse og nektet oppsettende virkning fra Utlendingsdirektoratets side. Endrings-/omgjøringsprosenten i asylsaker med oppsettende virkning var om lag 8%.

Klagevedtak fattet i Utlendingsnemnda er endelige og kan ikke påklages. Dersom asylsøkeren ønsker å få endret vedtaket, må saken bringes inn for domstolene. Dersom det kommer til nye opplysninger i saken, har asylsøkeren imidlertid en anledning til å anmode Utlendingsnemnda om omgjøring av vedtaket. Utlendingsnemnda kan også omgjøre sine vedtak av eget tiltak, jf. forvaltningsloven § 35.

6.11.6 Iverksetting av vedtak

Dersom Utlendingsdirektoratet, eller Utlendingsnemnda etter klagebehandling, innvilger en søknad om asyl helt eller delvis (dvs. enten gir asyl eller opphold på humanitært grunnlag), blir utlendingen bosatt i en kommune. Det skjer enten ved at utlendingen selv skaffer seg et sted å bo, eller etter tilbud om bosetting fra Utlendingsdirektoratet.

Hvis søknaden om asyl avslås, skal utlendingen returnere til sitt hjemland eller annet sted der utlendingen har gyldig oppholdstillatelse, forutsatt at utlendingen ikke har annen gyldig tillatelse til opphold i Norge. Det er gitt regler om iverksetting av vedtak i utlendingsloven § 40, og om fremgangsmåten ved iverksetting av vedtak i loven § 41 supplert ved utlendingsforskriften § 144. Iverksetting av vedtak i utlendingssaker er nærmere omtalt i kapittel 13.4.

6.11.7 Spesielle regler for enslige mindreårige asylsøkere

Det finnes i dag ingen spesielle materielle regler for vurderingen av asylsøknader fra enslige mindreårige asylsøkere. Det gjelder imidlertid særlige begrensninger vedrørende retur av mindreårige til

hjemlandet. Enslige mindreårige asylsøkere kan bare sendes tilbake hvis de har omgsorgspersoner i hjemlandet som kan ta vare på dem ved retur. Dersom en asylsøker som er registrert som enslig mindreårig i tilstrekkelig grad sannsynliggjør at vedkommende vil stå uten omsorgspersoner ved retur, og samtidig er mindreårig på vedtakstidspunktet, vil asylsøkeren som regel bli innvilget opphold på humanitært grunnlag.

UNHCRs håndbok punkt 213 til 219 inneholder visse anbefalinger som er spesielt rettet mot behandlingen av enslige mindreårige asylsøkere. Det er den samme flyktningdefinisjonen som anvendes på alle individer, uavhengig av deres alder. Det er imidlertid grunn til å foreta en særskilt vurdering blant annet med hensyn til kriteriet "velgrunnet frykt" i saker som gjelder enslig mindreårige.

I utgangspunktet må spørsmålet om hvorvidt en enslig mindreårig asylsøker oppfyller betingelsene for å få flyktningstatus, avgjøres ut fra graden av den enkeltes mentale utvikling og modenhet. I de tilfellene hvor det dreier seg om barn, vil det som regel være behov for å benytte eksperter i barnepsykologi. Når det gjelder ungdom, vil det normalt være enklere å vurdere om vilkårene for å bli innvilget flyktningstatus er oppfylt. Barn og ungdom som ikke er juridisk selvstendige bør, dersom det anses hensiktsmessig, få oppnevnt en verge som skal arbeide med å fremme en beslutning som vil være til deres beste. Dersom verge ikke har blitt oppnevnt, er det myndighetenes oppgave å sikre interessene til den mindreårige. Dersom det, fordi den mindreårige ikke har nådd en tilstrekkelig grad av modenhet, ikke er mulig å fastslå hvorvidt den enslige mindreårige virkelig har en velgrunnet frykt for forfølgelse, kan det være behov for å legge større vekt på enkelte objektive faktorer. Dette kan for eksempel være at det kan anses rimelig å legge til grunn at den enslige mindreårige virkelig er flyktning, hvis han kommer i følge med en gruppe flyktninger.

I utlendingsforskriften § 55a finnes det en spesiell saksbehandlingsregel som gjelder for enslige mindreårige asylsøkere. En enslig mindreårig asylsøker alltid skal ha hjelpeverge eller fullmektig til stede under asylintervjuet.

Utlendingsdirektoratet har som mål at asylsøknader fra enslige mindreårige skal prioriteres i alle ledd av saksbehandlingen, og at søknaden skal være vurdert og avgjort innen syv til tolv uker etter at Utlendingsdirektoratet har mottatt saken.[111]

Når det gjelder opphold i mottak for enslige mindreårige asylsøkere, er det i dag slik at disse ikke lenger skal oppholde seg på transittmottak, men blir skjermet på egne ankomstmottak. Enslige mindreårige asylsøkere blir plassert i særskilte mottak med et oppgradert tilbud. Mottaket skal sikre at de mindreårige får den oppfølgingen og omsorgen som er nødvendig. Det stilles særskilte krav til mottakenes arbeid med enslige mindreårige beboere. Disse kravene er nedfelt i driftsreglementets kravspesifikasjon.

6.11.8 Anbefalinger fra Norsk organisasjon for asylsøkere

Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)[112] ga i 2000 ut heftet Anbefalinger for asylprosessen. Heftet var blant annet et bidrag til nyordningen fra juli 2000, da Utlendingsdirektoratet overtok ansvaret for asylintervjuene fra politiet. Heftet gjenspeiler dels NOAS' generelle erfaring etter mange års arbeid med asylspørsmål, og dels NOAS' konkrete erfaring med å delta under asylintervjuer.

Heftet kommer med en rekke detaljerte og konkrete anbefalinger til asylprosessen, i første rekke rettet mot saksbehandlere som møter asylsøkeren i et asylintervju. NOAS fremmer sitt syn på tolkingen av flyktningkonvensjonen og hvordan norsk praksis bør endres. NOAS retter særlig oppmerksomhet mot asylsøkeres informasjonsbehov før, og under prosessen, egenerklæringens betydning, gjennomføringen av asylintervjuet, spesielle problemer knyttet til kvinnelige asylsøkere, mindreårige asylsøkere, tolkens rolle i asylprosessen, informasjonsinnsamling og troverdighetsvurderingen og hvordan medisinske opplysninger bør vurderes.

Anbefalingene er i stor grad rettet mot praktiseringen av gjeldende regelverk, og dreier seg i mindre grad om behovet for lovendringer. I heftet heter det blant annet:

> "I strid med hva som ofte kommer til uttrykk i den offentlige debatt har også en stor andel av de som får opphold på humanitært grunnlag krav på beskyttelse i henhold til flyktningkonvensjonen, spesifikt dens artikkel 33. Norsk praksis skiller seg ut i restriktiv retning ved en lavere innvilgelsesprosent både for flyktningstatus og for opphold på humanitært grunnlag. En del søkere som i eksempelvis Sverige og Danmark antagelig ville ha blitt anerkjent som flyktninger i henhold til konvensjonen, får i Norge opphold på humanitært grunnlag. Det er NOAS' vurdering at norske myndigheter her bør endre sin prak-

111. Kilde: UDI

112. www.noas.org

sis i overensstemmelse med praksis i våre nærmeste naboland.

[ ]

Asylsøkerens informasjonsbehov må ivaretas gjennom hele søknadsprosessen. Herunder er det avgjørende at søkeren får så mye og så riktig informasjon som mulig i den første fasen. Av særlig betydning er å understreke taushetsplikten og å forklare rollen til de ulike deltakerne i prosessen, og videre informasjon om hva de opplysningene som søkeren oppgir skal brukes til, informasjon om saksvurderingen og bakgrunnen for spørsmål om familierelasjoner.

[ ]

Asylintervjuet må reflektere saksbehandlerens rolle som håndhever av grunnleggende menneskerettigheter. Den viktigste hensikten med intervjuet må være å gi søkeren en mulighet til å utdype de opplysninger som har kommet fram i egenerklæringen, og en anledning til å klare opp i eventuelle uklarheter eller tilsynelatende selvmotsigelser.

[ ]

Kvinnelige asylsøkere kan bli utsatt for samme forfølgelse som menn, men kan også ha et annet og kjønnsspesifikt forfølgelsesgrunnlag som asylprosedyren tradisjonelt har vært dårligere i stand til å forholde seg til. I slike saker bør det være en kvinnelig saksbehandler og en kvinnelig tolk i alle tilfeller hvor kvinnen ønsker det, samtidig som man må være klar over at det at saksbehandleren er en kvinne alene ikke vil løse alle problemer. Det er i så måte et generelt behov for en mer kjønnssensitiv tilnærming.

[ ]

Informasjonsinnsamling og troverdighetsvurdering må baseres på prinsippet om at tvilen skal komme søkeren til gode. Bevisbyrden tilfaller i prinsippet søkeren, men deles i praksis av søkeren og saksbehandleren, jf. UNHCRs håndbok § 196."

6.11.9 UNHCRs anbefalinger

Flyktningkonvensjonen inneholder praktisk talt ingen saksbehandlingsregler om hvordan statene skal komme frem til om en person som søker beskyttelse er en flyktning eller ikke. Dette er derfor i sin helhet overlatt til statenes lovgiving og praksis. UNHCRs håndbok del II er viet prosedyrespørsmål.

I håndboken punkt 192 gis det anbefalinger om minimumskrav til saksbehandlingsprosedyrene:

"På bakgrunn av denne situasjonen og usannsynligheten av at alle stater tilsluttet 1951-konvensjonen og 1967-protokollen vil kunne etablere identiske prosedyrer, har Eksekutivkomiteen for Høykommissærens program på sin tjueåttende samling i oktober 1977 anbefalt at prosedyrer bør tilfredsstille visse grunnleggende krav. Disse grunnleggende kravene, som reflekterer den spesielle situasjonen en person som søker om flyktningstatus befinner seg i, som omtalt ovenfor, og som skal sikre at søkeren tilstås visse helt vesentlige garantier er som følger:

i. Saksbehandleren (f. eks. en tjenestemann hos landets immigrasjonskontor eller grensepoliti) som søkeren henvender seg til ved grensen eller i territoriet til en av de kontraherende stater, bør ha klare direktiver for å behandle saker som kan komme inn under de relevante internasjonale overenskomster. Han bør være pålagt å handle i overensstemmelse med prinsippet om non-refoulement, og å henvise slike saker til overordnet myndighet.
ii. Søkeren bør få den nødvendige veiledning om fremgangsmåten han skal følge.
iii. Det bør være en klart identifisert myndighet – hvor dette er mulig en egen sentral myndighet – med ansvar for å behandle søknader om flyktningstatus og fatte beslutninger i første instans.
iv. Søkeren bør gis de nødvendige muligheter, inkludert kompetent tolketjeneste, slik at han kan fremlegge sin sak for de rette myndigheter. Søkeren bør også gis mulighet til å kontakte en representant for UNHCR, og bør underrettes om dette.
v. Hvis søkeren blir anerkjent som flyktning, bør han informeres om dette og motta dokumenter som bekrefter hans flyktningstatus.
vi. Hvis søkeren ikke blir anerkjent som flyktning, bør han gis rimelig tid til å søke om en ny formell behandling, enten til den samme eller til annen myndighet, det være seg forvaltningsmessig eller rettslig, i overensstemmelse med gjeldende system.
vii. Søkeren bør gis tillatelse til å oppholde seg i landet i påvente av vedtak på hans første søknad fra kompetent myndighet, nevnt i ovennevnte punkt (iii), med mindre det har blitt fastslått av angjeldende myndighet at hans søknad åpenbart er et misbruk av asylretten. Han bør også gis tillatelse til å oppholde seg i landet i påvente av vedtak fra høyere forvaltningsmyndighet eller domstolsbehandling."

Det er ingen grunn til å tro at ikke utlendingsloven og praksis er i overensstemmelse med disse minimumsanbefalingene.

Vedrørende en klargjøring av faktagrunnlaget knyttet til asylsøknaden har UNHCR gitt anbefalinger i håndboken punkt 195 til 202:

”195. De relevante fakta i den enkelte sak må i første omgang skaffes til veie av søkeren selv. Det vil deretter være opp til den personen som er pålagt å fastsette hans status (saksbehandleren) å vurdere holdbarheten av eventuelle bevis og troverdigheten av søkerens utsagn.

196. Det er et generelt juridisk prinsipp at bevisbyrden påhviler den personen som fremsetter et krav. Imidlertid er søkeren ofte ikke i stand til å underbygge sine utsagn med dokumenter eller andre bevis, og de tilfeller der søkeren kan fremlegge bevis for alle sine utsagn, vil heller være unntaket snarere enn regelen. I de fleste tilfeller vil en person som flykter fra forfølgelse ha ankommet med bare de nødvendigste eiendeler og svært ofte til og med uten personlige dokumenter. Selv om bevisbyrden i prinsippet påligger søkeren, deles dermed plikten til å stadfeste og evaluere alle relevante fakta mellom søkeren og saksbehandleren. I noen saker vil det være opp til saksbehandleren å benytte alle de midler han har til sin rådighet for å frembringe det nødvendige bevis til støtte for søknaden. Selv slike uavhengige undersøkelser vil ikke alltid føre frem, og det kan også være utsagn som ikke egner seg for bevisundersøkelse. I slike tilfeller bør tvilen, så lenge hans redegjørelse framstår som troverdig, og så lenge det ikke finnes gode grunner for det motsatte, komme søkeren til gode.

197. Beviskravet bør således ikke være for strengt, i lys av de vanskeligheter med bevisførsel som følger av den spesielle situasjonen en person som søker om flyktningstatus befinner seg i. At en tillater en slik mulig bevismangel betyr ikke at utsagn som ikke kan underbygges nødvendigvis må aksepteres som sanne, hvis de er i strid med den generelle redegjørelsen framsatt av søkeren.

198. En person som på grunn av sine opplevelser nærte frykt for myndighetene i sitt eget land, kan stadig føle seg usikker overfor andre lands myndigheter. Han vil derfor kunne være redd for å snakke fritt og for å gi en fullstendig og presis redegjørelse for sin sak.

199. Selv om et første intervju normalt bør være nok til å få en søkers historie belyst, kan det være nødvendig for saksbehandleren å klarlegge eventuelle tilsynelatende uoverensstemmelser og avklare eventuelle selvmotsigelser i et videre intervju, og å finne en forklaring på feilaktige fremstillinger eller tildekkinger av vesentlige saksforhold. Usanne utsagn er ikke i seg selv grunn til å avslå flyktningstatus, og det er saksbehandlerens ansvar å vurdere slike utsagn i lys av alle sakens omstendigheter.

200. En grundig undersøkelse av de ulike metoder for å etablere fakta ligger utenfor denne håndbokens område. Det kan likevel nevnes at den grunnleggende informasjonen i første instans ofte gis ved utfylling av et standardskjema. Slik grunnleggende informasjon vil normalt ikke være tilstrekkelig til at saksbehandleren kan fatte en beslutning, og ett eller flere personlige intervjuer vil være påkrevet. Det vil være nødvendig for saksbehandleren å oppnå søkerens tillit for å kunne bistå denne i å legge fram saken og fullstendig redegjøre for sine oppfatninger og følelser. For å skape et slikt tillitsklima er det selvfølgelig særdeles viktig at søkerens utsagn behandles konfidensielt og at han blir informert om dette.

201. Svært ofte vil prosedyrene for å frembringe fakta ikke være avsluttet før en har forvisset seg om en rekke ulike omstendigheter. Å ta isolerte tilfeller ut av sin sammenheng kan være villedende. Den kumulative effekten av søkerens opplevelser må bli tatt med i betraktning. Der ingen enkelthendelser skiller seg ut, kan en mindre hendelse noen ganger være ”den siste dråpen”, og selv om ingen enkelthendelser er tilstrekkelige, kan alle hendelser som er redegjort for av søkeren, sett under ett, gjøre hans frykt ”velgrunnet” (jfr. punkt 53).

202. Siden saksbehandlerens konklusjoner ut fra sakens fakta og hans personlige inntrykk av søkeren vil føre til en avgjørelse som påvirker menneskers liv, må betingelsene anvendes i en rettferdighetens og forståelsens ånd, og hans bedømmelse må selvfølgelig ikke påvirkes av en personlig oppfatning av at søkeren ikke ”fortjener” flyktningstatus.”

Norske myndigheters praksis må sies å ligge godt innenfor disse prinsippene.

6.11.10 EU-direktiv om asylprosessen

EUs direktiv om prosedyrer for asylsaksbehandling ble politisk vedtatt i april 2004.[113] Det er redegjort for direktivet i kapittel 4.3.3.3.

6.11.11 Utvalgets vurderinger

6.11.11.1 Utvalgets utgangspunkter

Antallet utlendinger som søker beskyttelse i Norge er sannsynligvis den enkeltfaktoren som har størst betydning for utlendingsforvaltningen. Behandlingen av asylsøkere sier mye om hvordan et lands utlendingsforvaltning fungerer. Staten bruker

[113] Council Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.

betydelig ressurser på behandlingen av asylsøkere, både til saksbehandling, opphold på mottak, bosetting av personer som får innvilget søknaden og retur av personer som får avslag. En effektiv behandling av asylsøknader, med tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier i saksbehandlingen, er etter utvalgets mening viktig for asylsøkeren selv og for befolkningens holdninger til utlendinger generelt. En utlendingsforvaltning med tillit i befolkningen, der det er enighet om at beskyttelsestrengende får beskyttelse, samt at personer uten beskyttelsesbehov eller annet grunnlag for opphold blir sendt hjem raskt, vil etter utvalgets oppfatning virke positivt for hvordan utlendinger generelt oppfattes i samfunnet. En effektiv behandling er også viktig ut fra et ressurshensyn. Lang saksbehandlingstid påfører samfunnet store utgifter.

Behandlingen av asylsøkere har flere aspekter. For det første er det viktig at selve saksbehandlingen fungerer effektivt fra første mottak av asylsøkeren ved registrering av søknaden, frem til en eventuell klagebehandling. Saksbehandlingen må inneholde tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier. Utvalget tenker da spesielt på informasjon om prosessen, mulighet til å legge frem sin sak, nødvendig bistand underveis, et vedtak med en forståelig begrunnelse der de ulike anførslene er vurdert, og en mulighet for overprøving av et avslag (klage). Det andre aspektet gjelder opphold mens søknaden er til behandling. Asylsøkere må sikres en rimelig standard sett ut fra oppholdets lengde, og særlige hensyn må tas til barn og andre grupper med spesielle behov. Samtidig har samfunnet et behov for å hindre kriminalitet blant asylsøkere og for å håndtere psykisk ustabile asylsøkere, noe som kan føre til en strengere kontroll med enkelte. Dersom søknaden avslås, utgjør returfasen det tredje aspektet. Retur av utlendinger med avslag på asylsøknad fremstår i dag som en av de store utfordringene i utlendingsforvaltningen.[114] En rask og effektiv retur har avgjørende betydning for asylinstituttets legitimitet. Hensynet til den enkelte utlending uten beskyttelsesbehov, signaleffekten for asyltilstrømmingen som et helhetlig system med retur av utlendinger med avslag, og hensynet til tilliten til asylinstituttet i befolkningen tilsier at effektueringssystemet må fungere. Utvalget vil også understreke betydningen av at retur av utlendinger uten et beskyttelsesbehov skjer raskt. Erfaring viser også at muligheten til å få gjennomført en retur avtar med tiden utlendingene oppholder seg i landet.

Utvalget er opptatt av å verne om beskyttelsesinstituttet og dets legitimitet. Etter utvalgets mening kan dette best gjøres ved å sikre en rask avgjørelse uten at dette går på bekostning av rettssikkerhetsgarantier. Dette gjelder både for personer som har behov for beskyttelse og personer som er uten beskyttelsesbehov. Det vises i den forbindelse til 48-timersprosedyren for personer med antatt grunnløse søknader.

6.11.11.2 Tilrettelegging for en hurtig saksbehandling

Utvalget ønsker å legge til rette for rask behandling av søknader om beskyttelse. I prinsippet vil dette gjelde både i forhold til innvilgelse og avslag på søknader hvor avgjørelsen ikke byr på tvil. Utvalget antar likevel at ressurssituasjonen i utlendingsforvaltningen tilsier at utlendinger uten beskyttelsesbehov prioriteres for en rask avgjørelse.

Som nevnt i kapittel 6.11.4.6 er det igangsatt en 48-timersprosedyre for personer med bestemt nasjonalitetsbakgrunn ut fra en antakelse om at søknadene er åpenbart grunnløse. Man har blant annet erfart at antallet asylsøkere fra antatt trygge land har sunket betydelig etter at prosedyren ble innført.

Ordninger som 48-timersprosedyren krever ikke særskilt lov- eller forskriftsregulering, fordi det bare er tale om rutiner for hvordan sakene skal behandles. På bakgrunn av utvalgets ønske om å legge til rette for en hurtig behandling av søknader om beskyttelse, og erfaringene med 48-timersprosedyren så langt, har utvalget likevel vurdert å foreslå en bestemmelse i lovutkastet om en hurtigprosedyre for alle asylsaker. Utvalget har i den forbindelse drøftet om det er formålstjenlig å foreslå mer inngripende tiltak som ville kreve hjemmel i lov.

Utvalget har vurdert å foreslå at alle asylsøkere skal kunne pålegges å oppholde seg i lukket mottak i en periode etter ankomst, for at utlendingsmyndighetene skal få best mulig forutsetninger for å behandle søknadene og effektuere eventuelle avslag raskt. En slik ordning ville etter utvalgets syn være fullt forsvarlig i et rettssikkerhetsperspektiv, og forenlig med bestemmelsen i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f om at utlendinger kan berøves sin frihet i forbindelse med iverksetting av et vedtak om utsendelse eller for å hindre at vedkommende kommer inn i landet uten tillatelse. EMK artikkel 5 nr. 4 fastsetter imidlertid at utlen-

[114] En tverrdepartemental arbeidsgruppe la i januar 2003 fram rapporten "Utreise for asylsøkere" som i full bredde drøfter problemstillingene og foreslår ulike tiltak.

ding som blir "berøvet sin frihet" i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav f kan kreve at tiltakets lovlighet raskt blir prøvet av en domstol. Med en ordning med lukket mottak kan det ikke ses bort fra at mange av asylsøkerne ville fremsette et krav domstolskontroll. Ordningen ville dermed risikere å bli en belastning for domstolene som etter utvalgets mening ikke lar seg forsvare i lys av formålet. Utvalget viser også til at gjeldende 48-timersprosedyre, som ikke innebærer elementer av tvang, fungerer tilfredsstillende. Utvalget vil heller ikke fremme forslag om en slik hjemmel i forskrift. Nærmere regler om et såpass inngripende tiltak som frihetsberøvelse egner seg i mindre grad for regulering i forskrift og burde i så fall ha vært gitt direkte i loven.

Av hensyn til at saksbehandling og effektuering skal kunne finne sted på en mest mulig effektiv måte, vil utvalget imidlertid foreslå at asylsøkere bør kunne pålegges å holde seg tilgjengelige for myndighetene i en periode etter ankomst, jf. lovutkastet § 104 fjerde ledd. Med en slik bestemmelse vil loven klart forutsette at det kan få følger for sakens utfall å holde seg utilgjengelig når myndighetene har behov for å få tak i en, nærmere bestemt ved at det vil kunne få innvirkning på vurderingen av søknadens troverdighet. Derimot er det ikke meningen at brudd mot plikten til å holde seg tilgjengelig skal være straffbart eller skal kunne danne grunnlag for utvisning. Dette er heller ikke tilfellet i dag.

6.11.11.3 Plikt til å fremsette søknad om beskyttelse uten ugrunnet opphold

Utvalget vil gå inn for å lovfeste at utlendinger somhar til hensikt å søke beskyttelse i Norge, skal ha plikt til å gjøre det uten ugrunnet opphold, jf. lovutkastet § 104 første ledd. Utvalget mener at dette vil være et viktig signal, og kan være med på å motvirke at en søknad om beskyttelse brukes som en mulighet til å forlenge et allerede ulovlig opphold. En slik plikt til å fremme en søknad om beskyttelse uten ugrunnet opphold går også forutsetningsvis fram av flyktningkonvensjonens artikkel 31. For flyktninger *sur place*, der beskyttelsesbehovet oppstår etter ankomst til Norge, foreslås en særregel. Er en søknad fremmet på et senere tidspunkt kan den likevel ikke avslås utelukkende med dette som begrunnelse. Utvalget mener at utlendingsmyndighetene uansett vil ha en plikt til å behandle søknaden. Men dersom utlendingen ikke kan gi en akseptabel begrunnelse for forsinkelsen, kan dette i en totalvurdering av søknaden trekke i utlendingens disfavør. Utvalget foreslår videre å lovfeste at politiet skal motta søknad om beskyttelse. Dette er praksis også i dag, jf. utlendingsforskriften § 54, og er begrunnet i at politiet av kontrollhensyn bør ha en oversikt over hvem som til enhver tid oppholder seg i landet.

6.11.11.4 Oppholdssted under søknadsbehandlingen

Utvalget har foreslått en hjemmel for å regulere opphold i mottak gjennom utlendingsforskriften. Det er i dag verken noen lov- eller forskriftsregulering av forhold som berører mottaksordningen.

Utvalget finner det klart at det vil være behov for detaljerte regler og hyppige endringer, slik at en nærmere detaljregulering i loven ikke vil være hensiktsmessig. Man anser imidlertid at det kan være hensiktsmessig å etablere en hjemmel for forskriftsregulering.

Det vises til lovutkastet § 106.

6.11.11.5 Frihets- og bevegelsesbegrensninger for utlendinger som begår lovbrudd

Enkelte utlendinger er et problem for lokalsamfunnet de oppholder i, for eksempel ved at de begår vinningskriminalitet eller fordi de har psykiske problemer som innebærer at de er en trussel mot omgivelsene. I slike saker kan det være aktuelt å treffe vedtak om frihets- eller bevegelsesbegrensninger i medhold av straffeprosesslovgivningen eller psykisk helsevernlovgivningen. I hvilken grad også utlendingslovgivningen bør ha bestemmelser som regulerer denne type tilfeller, er drøftet i kapittel 13.5.4.2.

6.11.11.6 Klagebehandling og effektuering av vedtak om avslag på søknad om beskyttelse

Utvalget ser ingen grunn til å ha spesielle klageregler for søknader om beskyttelse, og foreslår å videreføre bestemmelsen i gjeldende lov § 38b.

Et vedtak om avslag på søknad om beskyttelse kan effektueres dersom det er nektet utsatt iverksettelse, eller når vedtaket er endelig avgjort i klageomgangen. En utlending har da plikt til å forlate landet frivillig. Dersom utlendingen ikke forlater landet frivillig, er det adgang til å bruke tvangsmidler, jf. kapittel 13.4.1 og 13.4.2. Det vises til kapittel 13.4.6 vedrørende utvalgets forslag til tvangsmiddelbruk ved effektuering av vedtak.

Det er avgjørende for en helhetlig og effektiv forvaltning av søknader om beskyttelse at effektuering av vedtakene skjer raskt. En god organisering av returarbeidet, med tilstrekkelige ressurser til å gjennomføre returene, er etter utvalgets mening helt nødvendig for å at tilliten til beskyttelsesinstituttet skal kunne bevares.

Praktiske hindringer, så som problemer med å få utstedt reisedokumenter og at enkelte land nekter å ta imot egne borgere, kan vanskelig løses gjennom lovgiving. Ut fra opplysninger innhentet fra politiet, antar utvalget at hjemlene for effektuering av avslag på asylsøknader er tilstrekkelige i dagens lovgiving. Det vises blant annet til at utlendingsloven § 37d om utlendingsinternat trådte i kraft i desember 2003, jf. lovutkastet § 114. Utvalget foreslår likevel en viss opprydding i hjemlene.

6.11.11.7 Asylsøkere som andre land er ansvarlige for

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regler om tilbakeføring/overføring av asylsøkere som har søkt, eller kunne ha søkt beskyttelse i et annet land etter Dublin II-forordningen, den nordiske passkontrolloverenskomsten (POK), praksis om første asyllandregelen eller tilbaketakelsesavtaler Norge har inngått med tredjeland, jf. gjeldende lovs § 17 første ledd bokstav b til e og lovutkasetet § 41.

Som nevnt i kapittel 6.11.4.2 til 6.11.4.4 har en flyktning (asylsøker) ikke krav på å få asylsøknaden realitetsbehandlet i Norge dersom vedkommende kan kreves mottatt av en annen stat i medhold av Dublin II-forordningen, POK eller første asyllandregelen, jf. utlendingsloven § 17 første ledd bokstav c til e. En "flyktning" kan imidlertid ikke sendes (tilbake) til et annet land dersom vedkommende "har en tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å gi flyktningen beskyttelse", jf. § 17 annet ledd. Det følger av suverenitetsprinsippet og Dublin II-forordningen artikkel 3(2) at den norske stat står fritt til å la være å tilbakeføre/overføre asylsøkere til andre land i medhold av forordningen.

Også den nye loven bør ha en hjemmel for myndighetene til å ta en asylsøknad til realitetsbehandling selv om man ikke har plikt til det etter folkeretten, for eksempel fordi nære slektninger av søkeren allerede er bosatt her i landet. På samme måte som det bør være opp til forvaltningen om det bør gjøres unntak fra de alminnelige vilkår for tillatelse hvis sterke rimelighetsgrunner tilsier det, bør det være opp til utlendingsmyndighetene å avgjøre om en asylsøknad bør realitetsbehandles når man ikke er forpliktet til det. Lovutkastet § 41 er utformet med sikte på at forvaltningen ved behov skal kunne justere sin praktisering av unntaksregelen forholdsvis raskt, for eksempel for å kunne regulere tilstrømningen av asylsøkere som andre land er ansvarlige for.

Etter utvalgets mening medfører lovutkastet § 41 ingen vesentlig svekkelse av asylsøkernes rettssikkerhet. Riktignok gir gjeldende lovs § 17 annet ledd asylsøkere et rettskrav på å få realitetsbehandlet søknaden i Norge dersom tilknytningen til riket anses tilstrekkelig sterk sammenholdt med tilknytningen til den stat som er ansvarlig for vedkommende etter Dublin II-forordningen, POK osv. Ikke desto mindre er det i praksis utlendingsforvaltningen som til enhver tid definerer tilknytningskriteriets innhold, all den stund utlendingsloven § 17 annet ledd gir anvisning på et bredt skjønn av innvandringspolitisk karakter.

Utvalget presiserer at lovutkastet § 47 om opphold av sterke rimelighetsgrunner ikke er ment å skulle anvendes i Dublin-, POK- og første asyllandsaker. Utkastet § 47 regulerer spørsmålet om når en oppholdstillatelse kan *innvilges*, og forutsetter at det tas stilling til realiteten. I Dublin-, POK- og første asyllandsaker er problemstillingen ikke om asylsøknaden kan eller bør innvilges, men om søknaden kan eller bør *realitetsbehandles i Norge*, og det tas derfor ikke stilling til realiteten. Men dersom en slik sak først tas til realitetsbehandling, vil bestemmelsen om sterke rimelighetsgrunner selvsagt kunne være anvendelig.

6.11.11.8 Midlertidig arbeidstillatelse for asylsøkere

En aktuell problemstilling er i hvilken grad utlendinger som søker beskyttelse skal ha adgang til å ta arbeid mens søknaden er til behandling. Utvalget ser ingen sterke motforestillinger mot dette. Tvert imot kan det fremme integreringsprosessen og redusere kostnadene med drift av mottak som følge av at arbeidsinntekt normalt medfører trekk i økonomiske ytelser til utlendingen.

Utvalget mener at utlendinger som har søkt beskyttelse bør ha en generell adgang til å ta arbeid. Adgangen til å arbeid bør gjelde frem til det er satt en utreisefrist i et eventuelt avslag. Hvis det er satt utreisefrist i avslag fra Utlendingsdirektoratet, gjelder tillatelsen hvis vedtaket påklages og det gis utsatt iverksettelse. Dette tilsvarer ordningen også etter gjeldende regelverk.

Det vises til lovutkastet § 105.

6.11.11.9 Adgangen til å stille saksbehandlingen i bero

Utlendingsloven § 8a oppstiller regler om adgangen til å stille saksbehandlingen i en asylsak i bero i situasjoner der det foreligger en massefluktsituasjon. Det vises til kapittel 6.10.1 for en fremstilling av denne adgangen. En massefluktsituasjon kjennetegnes ved at et stort antall mennesker over kort tid flykter fra et konfliktområde. I Norge har regler om kollektiv beskyttelse vært anvendt to ganger under krigene i Bosnia og Kosovo. Hensikten med å stille asylsaksbehandlingen i bero har i første rekke vært at utlendingsmyndighetene skulle klare å håndtere et stort antall beskyttelsestrengende uten å ta stilling til det individuelle beskyttelsesbehovet umiddelbart. Men i beslutningsgrunnlaget for å anvende regler om kollektiv beskyttelse har det også ligget en tro på at situasjonen i hjemlandet kunne endres i overskuelig fremtid.

Adgangen til å stille saksbehandlingen i bero ut over masseflukttilfellene er ikke regulert i utlendingsloven i dag. Det må imidlertid antas at forvaltningsloven gir en viss hjemmel til å sette saksbehandlingen i bero av saksbehandlingsmessige hensyn, for eksempel på grunn av en praksisgjennomgang med sikte på å revurdere gjeldende retningslinjer.[115] Saksbehandlingen av søknader om beskyttelse for borgere av Somalia og Russland (Tsjetsjenia) ble i 2003 stoppet midlertidig med denne begrunnelsen. Utvalget ser ingen grunn til å innskrenke denne adgangen.

Der konfliktområdet er sammenlignbart med det som kan gi opphav til en massefluktsituasjon, kan det også være ønskelig å avvente saksbehandlingen noe selv om det ikke foreligger en massefluktsituasjon. Det vil kunne være aktuelt å kunne stille saksbehandlingen i bero i de tilfeller der det foreligger en uavklart situasjon i utlendingens hjemland, for eksempel som følge av krig, men hvor det til tross for dette er håp om en snarlig bedring i situasjonen.

Søknad om beskyttelse for irakiske borgere ble stilt i bero 6. februar 2003 på grunn av krigen i Irak. Mye tydet på at krigen ville bli forholdsvis kortvarig. En avgjørelse av spørsmålet om flyktningstatus ville derfor kunne være helt avhengig av vedtakstidspunktet, og to sammenlignbare saker kunne få helt forskjellig utfall med kort mellomrom dersom krigen fikk en rask avslutning. Det kunne anses uheldig at saksbehandlingstiden i utlendingsforvaltningen skulle være så avgjørende for utfallet. Innvilgelse av flyktningstatus ville gitt irakere lovlig oppholdstillatelse i Norge i minimum ett år, jf. utlendingsloven § 18 jf. § 7, uavhengig av om situasjonen i Irak bedret seg såpass i mellomtiden at det ville være trygt å returnere flyktningene dit. Utlendingsmyndighetene bestemte seg derfor for å stille den videre saksgang i bero inntil situasjonen i Irak var mer avklart. Behandlingen av disse sakene ble gjenopptatt 16. januar 2004.

Utvalget mener at en adgang til å stille saksbehandlingen i bero med denne begrunnelsen bør lovreguleres. Etter utvalgets mening bør både *hvem* som skal beslutte berostillelse, *hvilke kriterier* som skal ligge til grunn for en slik beslutning, og *for hvor lenge* saksbehandlingen kan stilles i bero, lovfestes.

En lovhjemmel vil tydeliggjøre grunnlaget for en beslutning om å stille saksbehandlingen i bero. Den vil også sette en klar grense for hvor lenge det vil være anledning for forvaltningen å utsette behandlingen av en søknad om beskyttelse. For noen beskyttelsestrengende kan dette være en ulempe. Mens søknaden er stilt i bero, vil søkeren imidlertid ha alminnelige rettigheter som øvrige asylsøkere som har søknad til behandling, både med hensyn til opphold i mottak og mulighet for midlertidig tillatelse til arbeid. Ulempen med en slik ventetid må etter utvalgets mening vike for ultendingsmyndighetenes behov for et så stabilt beslutningsgrunnlag som mulig, hensynet til likebehandling og for å unngå nødvendigheten av flere vedtak i samme sak med kort mellomrom.

Hensynet til den enkelte asylsøker tilsier imidlertid at adgangen til å stille saksbehandlingen i bero ikke bør gjelde for et særlig langvarig tidsrom. Etter utvalgets mening bør det være anledning til å stille saksbehandlingen i bero i seks måneder, med en adgang til å forlenge fristen med ytterligere seks måneder dersom situasjonen i området tyder på at en bedring er mulig.

Hovedkriteriet bør etter utvalgets mening være at det anses mulig med en snarlig bedring av forholdene i området utlendingen har flyktet fra. Noen nærmere presisering av kriteriet er neppe mulig, men må vurderes fra situasjon til situasjon.

Utvalget kjenner ikke til at det eksisterer noen tilsvarende ordning i de øvrige nordiske land. Imidlertid er det nærliggende å anta at det i praksis er slik at saksbehandlingen for enkelte land ikke prioriteres, slik at effekten ofte blir tilsvarende. En beslutning om å stille saksbehandlingen i bero skaper etter utvalgets mening nødvendig tydelighet og forutberegnelighet.

Utvalget mener at det er departementet som bør være det kompetente organ til å beslutte

[115] Forvaltningsloven § 11a slår fast at saken skal avgjøres "uten ugrunnet opphold".

berostillelse, og at dette bør fremgå klart av loven. Det betyr at Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda må henvende seg til departementet dersom de ønsker å stille saker i bero på dette grunnlaget. Utvalget mener det bør tas hensyn til hvordan øvrige europeiske land behandler søknader om beskyttelse fra land der det kan være aktuelt å stille saksbehandlingen i bero.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 42.

Kapittel 7
Arbeidsinnvandring

7.1 Innledning

Med arbeidsinnvandring forstår utvalget all innvandring av utenlandske borgere til Norge som har sitt grunnlag i at utlendingen skal utføre arbeid i riket. Dersom grunnlaget for innvandringen er et annet - for eksempel beskyttelse, familietilknytning e.l. - faller tilfellet utenfor det som i dette kapitlet regnes som "arbeidsinnvandring", selv om utlendingen også i slike tilfeller som oftest får innvilget en oppholdstillatelse som gir rett til å ta arbeid.[1] Det vil dermed være avhengig av innvandringsbildet hvorvidt hovedvekten av arbeidskraftinnvandringen til Norge skjer gjennom regelverket for arbeidsinnvandring eller gjennom regelverket for annen innvandring.

Arbeidsinnvandringen kan inndeles i ulike underkategorier av innvandringstilfeller. Én kategoriinndeling er inndelingen i tillatelser til utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen på den ene side og tillatelser til tredjelandsborgere som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen på den annen side.

Når det gjelder arbeidsinnvandringen av utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, er norske myndigheter bundet av de internasjonale avtaleforpliktelsene. Det er derfor den innvandringen som gjelder tredjelandsborgere utenfor rammen av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen som myndighetene har anledning til å styre gjennom fastsettelse av nasjonale regler. Denne arbeidsinnvandringen av tredjelandsborgere kan inndeles i to hovedkategorier, nemlig innvandring som kan danne grunnlag for varig opphold i riket, og innvandring som ikke kan danne grunnlag for varig opphold. Målt ut fra antallet arbeidstakere som får innvilget en tillatelse er den sistnevnte kategorien av innvandringstilfeller klart størst.[2]

Utlendingsloven § 6 første ledd fastsetter at det kreves arbeidstillatelse for å ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet i riket. De nærmere vilkår for arbeidsinnvandring er regulert enten i eller i medhold av bestemmelsene i utlendingsloven §§ 51 (for utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen) og 5 annet ledd (for utlending som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen). Mens norske myndigheter som nevnt er bundet av internasjonale avtaleforpliktelser når det gjelder utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, står regjeringen i utgangspunktet fritt med hensyn til hvordan den vil regulere arbeidsinnvandringen i forhold til tredjelandsborgere gjennom forskriftsverket. Utlendingsloven § 5 første ledd fastsetter imidlertid at Stortinget skal godkjenne hovedprinsippene for innvandringsreguleringen, jf kapittel 3.5.4.2.

Ikke all arbeidsinnvandring er regulert gjennom utlendingslovens tillatelsessystem. Det vises til kapittel 5.2.1, hvor ulike unntak fra blant annet kravet til arbeidstillatelse er angitt. Som nevnt i kapittel 5.2.2 vil utvalget ikke legge opp til noen endring med hensyn til gjeldende unntak fra kravet om tillatelse for opphold eller arbeid. Det som skal omtales og drøftes nærmere i dette kapitlet er derfor den arbeidsinnvandringen som er regulert gjennom tillatelsessystemet.

7.2 Utviklingen av regelverket for arbeidsinnvandring

Etter en gradvis åpning av arbeidsmarkedet for utenlandsk arbeidskraft på 1950- og 60 tallet kom det til et markert klimaskifte på begynnelsen av 1970-tallet som førte til innvandringsstoppen i 1975. Innvandringsstoppen skulle gjelde for ett år, men ble forlenget "inntil videre" i 1976. Innvandringsstoppen innebar en "stopp i adgangen til å oppnå arbeidstillatelse", likevel med en rekke unntak, blant annet for nordiske borgere, ektefelle og barn til norske statsborgere, flyktninger og høyt utdannede spesialister. I tillegg til innvandringsstoppen ble det innført mer restriktive vilkår for arbeidstillatelser for de kategorier der slik tillatelse fortsatt kunne komme på tale. Det ble

1. "Arbeidstillatelse" under gjeldende regelverk.
2. I 2003 ble det innvilget 1 142 tillatelser som kunne danne grunnlag for permanent opphold, mens det ble innvilget 24 508 tillatelser som ikke kunne danne grunnlag for permanent opphold.

stilt krav om at lønns- og arbeidsvilkår ikke skulle være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale eller regulativ eller det som ellers var normalt for vedkommende sted og yrke. Arbeidsgiveren ble holdt ansvarlig for at søkeren disponerte høvelig husvære som skulle være godkjent av helserådet.

Det ble videre stilt som et generelt vilkår at søkere skulle kunne lese og skrive sitt eget morsmål. Den såkalte tjuefemprosentsregelen fastslo at det "under ingen omstendighet tilsettes mer enn 25 prosent utenlandske arbeidstakere i en bedrift". I tillegg var det endringer i kravene til arbeidsgiver når det gjaldt varigheten av arbeidsforholdet og hvor lenge arbeidstilbudet til søkeren skulle stå åpent.

Gjeldende utlendingslov videreførte prinsippene i innvandringsstoppen. Arbeidstillatelse skulle kun innvilges for spesielle former for kompetanse som det ikke var mulig å skaffe innenlands. Utviklingen siden 1988 har modifisert dette utgangspunktet. I 1994 gikk Norge med i EØS-samarbeidet, noe som innebar en åpning av arbeidsmarkedet for borgere av land som er med i det felles europeiske arbeidsmarkedet. Senere er det også inngått en egen avtale med Sveits.

Mangel på arbeidskraft på slutten av 1990-tallet og begynnelsen av 2000-tallet bidro til en mer positiv holdning til arbeidsinnvandring.

I Stortingsmelding nr 16 (1999-2000) foreslo regjeringen å utvide ordningen med arbeidstillatelse for spesialister i utlendingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a og sesongarbeidere i utlendingsforskriften § 5 daværende tredje ledd bokstav a. Endringene har ført til at den såkalte spesialistbestemmelsen, som forutsatte at søkeren hadde høyere utdanning, ble omgjort til en bestemmelse for fagutdannede. I tillegg er tillatelse til sesongarbeid blitt utvidet fra en ordning for hjelp til innhøsting til en mer generell bestemmelse. Det ble også innført en kvoteordning for fagutdannede og sesongarbeidere innen landbruket som i praksis innebærer at man ikke lenger foretar arbeidsmarkedsmessige vurderinger når man behandler søknader for disse. Det har betydd en vesentlig økning i antall innvilgede tillatelser og en effektivisering av saksbehandlingen.

Det er videre gjennomført endringer som innebærer blant annet en utvidet adgang til å søke om arbeidstillatelse etter at man har kommet til riket, enklere vilkår for å få foreløpig arbeidstillatelse mens søknaden behandles, mulighet for arbeidsgiver til å søke på vegne av arbeidssøker og innføring av visum for å komme til Norge for å søke om arbeid som fagutdannet.

Tabell 7.1 Arbeidstillatelser og EØS-tillatelser 2000-2003

Tillatelse til:	2000	2001	2002	2003
Spesialist	515	817	1 730	1 126
Sesongtillatelser	9 930	11 896	15 714	17 886
EØS	2 234	2 518	2 549	3 237

Kilde: UDI, Tall og Fakta 2003

7.3 Nøkkeltall

De tre viktigste kategoriene utenlandske arbeidstakere som får opphold gjennom tillatelsessystemet,[3] og de eneste kategoriene av noe antallsmessig omfang er EØS- eller EFTA-arbeidstakere, personer med fagutdanning eller spesielle kvalifikasjoner (spesialister) og sesongarbeidere.

Av de tre kategoriene arbeidsinnvandrere som er angitt i tabell 7.1, er det bare spesialistene som gis en tillatelse som kan danne grunnlag for varig innvandring.[4] De tre største nasjonalitetsgruppene når det gjaldt slike spesialisttillatelser i 2003 var Polen (330), USA (100) og Russland (58). Det er særlig grunn til å merke seg at ca. 500 av de 1 126 spesialisttillatelsene ble gitt til utlendinger fra de ti landene som ble medlemmer av EU i 2004.

De to i særklasse største nasjonalitetsgruppene når det gjaldt sesongarbeidstillatelser i 2003, var Polen (10 639) og Litauen (4 059). Som tredje nasjon fulgte Latvia (812). Hele 16 138 av de totalt 17 886 tillatelsene ble gitt til utlendinger fra de ti landene som ble med i EU i 2004.

De tre største nasjonalitetsgruppene når det gjaldt EØS-tillatelser i 2003, var Tyskland (1 403), Storbritannia (589) og Nederland (296).

7.4 Gjeldende rett

7.4.1 Vilkår for arbeidsinnvandring for utlending som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

7.4.1.1 Generelle krav til underhold, bolig, lønns- og arbeidsvilkår

Etter loven § 8 første ledd nr. 1 må underhold og bolig være sikret for at en utlending skal ha et rettskrav på arbeidstillatelse, jf. kapittel 5.7.1.

3. Det minnes i denne sammenheng om at bl.a. adgangen til opphold for nordiske borgere ikke reguleres gjennom tillatelsessystemet.
4. Med unntak for tillatelser til arbeidstakere med fagutdanning eller spesielle kvalifikasjoner (spesialister), ble det kun utstedt 16 tillatelser til arbeidsinnvandring i 2003 som kunne danne grunnlag for varig innvandring.

Utlendingsforskriften § 2 første ledd nr. 1 til 3 inneholder en del generelle vilkår for å innvilge søknad om arbeidstillatelse. Disse kommer i tillegg til vilkårene i loven om at underhold og bolig skal være sikret. Forskriften krever at det foreligger et konkret tilbud om arbeid. Dette kan enten være dokumentert ved at det legges frem et arbeidstilbud på et fastsatt skjema som er undertegnet av arbeidsgiver, eller ved at det legges frem en standardisert arbeidskontrakt undertegnet av begge parter. Det må fremgå av arbeidstilbudet at lønns- og arbeidsvilkår ikke skal være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale eller regulativ. Hvis det ikke foreligger tariffavtale eller regulativ, skal vilkårene ikke være dårligere enn det som er normalt for vedkommende sted og yrke. Det må som hovedregel dreie seg om heltidsarbeid for én arbeidsgiver.

7.4.1.2 Fagutdannelse – spesielle kvalifikasjoner

Utlendingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a, gir rett til arbeidstillatelse for personer som er:

> "fagutdannet eller har spesielle kvalifikasjoner. Dersom særlige hensyn tilsier det kreves fagutdanning på høyere nivå. Det er et vilkår at kompetansen anses som nødvendig for virksomheten. Det er videre et vilkår at:
> 1. søkeren omfattes av kvote fastsatt av Kommunal- og regionaldepartementet i samråd med Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Nærings- og handelsdepartementet og Finansdepartementet, eller
> 2. stillingen ikke kan besettes ved innenlandsk arbeidskraft eller arbeidskraft fra EØS- eller EFTA-området."

Denne bestemmelsen har tradisjonelt blitt kalt spesialistbestemmelsen. Tidligere ble det krevd at søkerne hadde høyere utdanning, men kravet ble nedjustert til *fagutdanning* fra 1. mars 2002. For øyeblikket kreves det fagutdanning på videregående skoles nivå, dvs. treårig videregående utdanning. Dersom særlige hensyn tilsier det, kan det likevel stilles vilkår om utdanning på høyere nivå.[5]

Foruten kravet til formell kompetanse åpner utlendingsforskriften også for å gi tillatelse når søkeren ikke har formell fagutdanning, men har spesielle kvalifikasjoner. Det siktes her til personer som har opparbeidet samme realkompetanse som en fagutdannet gjennom praksis og intern opplæring. Som regel må slik praktisk opplæring ha minst like lang varighet som den tilsvarende formelle utdanningen.

Arbeidsinnvandring skal i utgangspunktet ikke fortrenge innenlandsk arbeidskraft. Det skal derfor foretas en arbeidsmarkedsprøving, dvs. en vurdering av om det er mulig å skaffe alternativ innenlandsk arbeidskraft. Arbeidsmarkedsprøvingen blir også vurdert i forhold til om arbeidskraft kan skaffes fra andre EØS-land. I praksis foregår en slik vurdering ved at stillingen blir utlyst i en viss periode gjennom Aetats jobbdatabase på Internett og det europeiske EURES-nettverket.[6]

I praksis utgjør antallet søknader der det foretas arbeidsmarkedsvurdering en relativt liten andel av sakene. Det skyldes ordningen med kvoter for fagutdannede og sesongarbeidere i landbruket, som ble innført fra 2001. Kvoteordningen innebærer at en arbeidsmarkedsvurdering ikke er nødvendig så lenge antallet tillatelser ikke overskrider en kvote fastsatt av Kommunal- og regionaldepartementet i samråd med andre departementer. Hensikten med kvoteordningen er en enklere og raskere saksbehandling, samtidig som kvoten innebærer en sikkerhetsmekanisme hvis antallet søknader skulle bli høyere enn antatt. Kvoten er for tiden satt til 5000 tillatelser i året.

Utlendingsloven § 10 gir adgang til å gi arbeidstillatelse til en gruppe. Medlemmene av gruppen skal som hovedregel ha kompetanse som tilsvarer kravet om fagutdanning eller spesielle kvalifikasjoner i utlendingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a. Det er likevel mulig å gjøre unntak for enkeltmedlemmer hvis dette er nødvendig for at gruppen som helhet skal fungere.

Det er gitt utfyllende regler til utlendingsloven § 10 i utlendingsforskriften §§ 26 til 31. Det fremgår her at søknaden må omfatte minst 6 personer. Det er videre et vilkår at det ikke kan skaffes innenlandsk arbeidskraft til oppdraget, og det kan stilles som vilkår for å gi gruppearbeidstillatelse at arbeidsgiveren setter i gang opplærings- og kvalifiseringstiltak for innenlandsk arbeidskraft. Ved søknad om fornyelse av gruppearbeidstillatelse må arbeidsgiver redegjøre for hvilke tiltak som er gjennomført. Tillatelsens varighet er avhengig av oppdragets varighet, men kan likevel ikke gis for mer enn ett år. Tillatelsen kan fornyes, men kan ikke danne grunnlag for bosettingstillatelse.

Bestemmelsene om gruppearbeidstillatelse hadde tidligere stor betydning for virksomheten på

5. Dette gjelder blant annet "nasjonalitetskokker" og religiøse lærere og ledere, jf. rundskriv UDI 2003-032 OPA.

6. Rundskriv for Aetat vedrørende behandling av saker etter lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 og forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21. desember 1990. (Udatert)

norsk kontinentalsokkel. Bedre tilgang på kvalifisert norsk arbeidskraft i denne sektoren kombinert med EØS-avtalen har gjort at bestemmelsen har fått redusert betydning i de senere årene.

7.4.1.3 *Tillatelser i forbindelse med sesongpreget virksomhet og i forbindelse med ordinær ferieavvikling*

Arbeidstillatelser til sesongarbeid eller i forbindelse med ordinær ferieavvikling, jf. utlendingsforskriften § 5 tredje ledd, er en ordning som opprinnelig var avgrenset til innhøstingsarbeid i landbruket men som senere er blitt utvidet til alle typer sesongregulert virksomhet. Tillatelse kan også gis i forbindelse med ordinær ferieavvikling. Sesongarbeidstillatelse gis for inntil seks måneder. Tidligere var det bare mulig å få tillatelse for sesongarbeid i sommermånedene, men ordningen gjelder nå gjennom hele året.

Sesongregulert virksomhet er i rundskriv[7] definert som virksomhet som er av en slik karakter at den bare kan drives en begrenset del av året. Typisk sesongpreget virksomhet foregår innenfor landbruks- og skognæringen. Det kan være utplanting, stell og innhøsting. Forefallende arbeid som snekring, maling og vedlikeholdsarbeid faller utenfor. Rundskrivet åpner også for at sesongpreget arbeid kan foregå innenfor andre næringer enn landbruk, og nevner som eksempler fiskeindustrien hvis fisket bare kan foregå i deler av året, eller i turistnæringen dersom arbeidet skjer i et tidsrom da det er høysesong for næringen.

For sesongarbeid i land- og skogbruksnæringen er det innført en kvoteordning for å forenkle saksbehandlingen. For andre typer sesongregulert virksomhet må det for hver enkelt søknad foretas en vurdering av muligheten til å skaffe samme type arbeidskraft innenlands.

7.4.1.4 *Tillatelser til arbeidskraft i fiskeindustrien*

Ordningen for fiskeindustriarbeidere er regulert i utlendingsforskriften § 4a annet ledd bokstav f. Den inneholder ingen vilkår om utdanning eller andre kvalifikasjonskrav. Det er tilstrekkelig at søkeren skal være

”medarbeider i virksomhet som har behov for ufaglært arbeidskraft som midlertidig ikke kan dekkes på det innenlandske arbeidsmarked eller med arbeidskraft fra EØS- eller EFTA-området, og at vedkommende fylkesarbeidskontor samtykker etter nærmere retningslinjer fastsatt av Utlendingsdirektoratet i samråd med Arbeidsdirektoratet. Søkerne må være russiske borgere fra Barentsregionen. Kommunal- og regionaldepartementet fastsetter i samråd med Utenriksdepartementet og Arbeids- og administrasjonsdepartementet, hvilke næringer det kan rekrutteres arbeidskraft til etter denne bestemmelsen.”

Departementene har besluttet at denne type tillatelser bare skal gjelde bestemte former for arbeid i fiskeindustrien i Nordland, Troms og Finnmark. Forskriften har imidlertid en mer generell ordlyd, så i prinsippet kan bestemmelsen også brukes til andre formål. Ordningen er nærmere presisert i rundskriv fra Utlendingsdirektoratet.[8] Tillatelsen kan fornyes, men den samlede varigheten kan ikke være lengre enn to år. Tillatelsen danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse.

7.4.1.5 *Tillatelser i forbindelse med kulturutveksling o.a*[9]

En del av arbeidsinnvandringen har ikke noen klar sammenheng med mangel på arbeidskraft i Norge eller at utenlandsk arbeidskraft eventuelt anses mer konkurransedyktig. Dette gjelder blant annet slik arbeidsinnvandring som kan sies å ha sin vesentlige begrunnelse i hensynet til økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling. En rekke av de tillatelsesgrunnlagene som er angitt i utlendingsforskriften §§ 4a til 5a, kan anses å tilhøre denne typen arbeidsinnvandring. Her nevnes bare noen eksempler for å belyse bredden med hensyn til hvilke typer tillatelser det kan være tale om:

- forsker, stipendiat eller foreleser ved forskningsinstitutt eller utdanningsinstitusjon (§ 4a første ledd bokstav a),
- medarbeider i etablert organisasjon som har til formål å drive ideell eller humanitær virksomhet (§ 4a første ledd bokstav b),
- nødvendig medarbeider for gjennomføring av kontrakter eller for utvikling av norsk næringsliv (§ 4a første ledd bokstav c),
- misjonær for trossamfunn av en viss størrelse (§ 4a første ledd bokstav e)
- journalist eller annet personell i utenlandsk avis, radio eller fjernsyn, når søkeren er ansatt og lønnet av utenlandsk arbeidsgiver (§ 4a første ledd bokstav f)
- idrettsutøver som selv skal delta i utøvelse av idrett på høyt nivå, eller som skal være trener for idrett på høyt nivå (§ 4a første ledd bokstav g)

7. Rundskriv UDI 03-16 OPA

8. Rundskriv UDI 02-59 SODA

9. Se også kapittel 9.4.

– musiker, artist eller kunstner (§ 5 første ledd bokstav a)
– russisk torghandel i Nord-Norge (§ 5a)

Felles for tillatelsene er at de ikke kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, og at de bare kan gis for en til sammen begrenset tidsperiode (som varierer).

7.4.2 Begrensning av tillatelsens gyldighet til et bestemt arbeid og arbeidssted

En arbeidsinnvandrer vil ofte få en arbeidstillatelse som er knyttet til en bestemt arbeidsgiver og en bestemt type arbeid. Utlendingsloven § 7 tredje ledd sier at det kan knyttes betingelser om et bestemt arbeid eller arbeidssted til tillatelsene, og at det også kan fastsettes andre begrensninger når dette følger av regler som er gitt i eller i medhold av loven. Praksis er at de fleste arbeidstillatelser knyttes til arbeid for en bestemt arbeidsgiver. Det samme er tilfellet ved fornyelse inntil søkeren eventuelt får bosettingstillatelse etter tre år.

Praksisen med å binde tillatelsene til en bestemt arbeidsgiver oppsto på begynnelsen av 1970-tallet og var en følge av generelle innstramninger i adgangen til å innvilge arbeidstillatelser. Bestemmelsen ble gradvis innskjerpet i årene som fulgte. Opprinnelig ble denne typen begrensninger bare gitt ved førstegangs tillatelse. Gjeldende lov gir imidlertid hjemmel til å begrense tillatelsens gyldighet også ved fornyelser.

Forarbeidene til gjeldende lov begrunner bestemmelsen med at en binding til en bestemt arbeidsgiver gir en viss sikkerhet for at arbeidstilbudet som ligger til grunn for tillatelsen er reelt. Videre begrunnes bindingene med at tillatelsen gjerne er gitt på bakgrunn av at en bestemt type kompetanse ikke er tilgjengelig i Norge, og at det derfor er rimelig at tillatelsen begrenses til bare å gjelde arbeid der det er behov for denne typen kompetanse.[10]

7.4.3 Selvstendig næringsdrivende

Utlending som skal etablere og drive varig ervervsvirksomhet i riket kan gis arbeidstillatelse, jf. utlendingsforskriften § 3 annet ledd bokstav c. Det er et vilkår for å få arbeidstillatelse at søkeren

> "skal etablere og drive varig ervervsvirksomhet i riket, og tillatelse foreligger fra vedkommende myndighet i henhold til øvrig lovgivning. Det skal godtgjøres at det er økonomisk grunnlag for driften. Det må legges frem en nøyaktig beskrivelse av virksomhetens art, finansierings- og budsjettplaner og forhåndstilsagn om at nødvendige tillatelser vil bli gitt fra annen myndighet. Uttalelse skal innhentes fra vedkommende fylkesarbeidskontor, som om nødvendig innhenter uttalelse fra bransje- eller yrkesorganisasjon[ ]."

Før det fattes avgjørelser blir det innhentet uttalelse fra Aetat. Aetat vurderer utsiktene til varig lønnsom drift. Det må sannsynliggjøres at virksomheten har et solid økonomisk fundament, og at søkeren har nødvendig produktkunnskap og kompetanse. Aetat vurderer videre om det finnes et markedsgrunnlag for den planlagte virksomheten. Her innhenter gjerne Aetat uttalelse fra aktuelle bransje- eller yrkesorganisasjoner. Utlendingsdirektoratet fatter endelig avgjørelse.

7.4.4 Arbeidsinnvandring som gjelder utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

7.4.4.1 Fri bevegelighet for arbeidstakere

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å tilpasse sine nasjonale bestemmelser til EØS-avtalen og tilhørende forordninger og direktiver. I utlendingsloven kapittel 8 og i utlendingsforskriften §§ 172 til 196 er det inntatt særregler om adgangen til opphold og arbeid i riket for utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen. Det vises også til den generelle inkorporeringsbestemmelsen i utlendingsloven § 4, som er omtalt i kapittel 4.2.

Utlendingsloven § 50 slår fast at utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan reise inn i riket uten forhåndstillatelse og ta opphold og arbeid her i inntil tre måneder.[11] Dersom utlendingen er arbeidssøker kan han eller hun ta opphold i inntil seks måneder uten tillatelse.

Utlendingsloven § 51 gir utlending rett til oppholdstillatelse når vedkommende:

a) er arbeidstaker som er omfattet av lov 27. november 1992 nr. 112 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 (rådsforordning (EØF) nr. 1612/68) om fri bevegelighet for arbeidstakere mv. innenfor EØS), [eller]
b) skal drive ervervsvirksomhet eller skal være yter eller mottaker av tjenester i riket.

10. NOU 1983: 47 s. 195

11. Bestemmelsene i EFTA-konvensjonen er i første rekke relevante i forhold til borgere av Sveits. Sveits er medlem av EFTA, men deltar ikke i EØS-samarbeidet.

Tillatelse til utlending som nevnt i § 51 første ledd bokstav a og b gis normalt for fem år, med mindre det dreier seg om et arbeidsforhold av kortere varighet enn ett år. Det foreligger også enkelte andre unntak fra hovedregelen om fem års varighet (jf. utlendingsforskriften § 190).

Arbeidstakerbegrepet er belyst gjennom flere avgjørelser i EF-domstolen:

Det er ikke opp til den enkelte medlemsstat å definere hvem som skal regnes som arbeidstaker.[12] Et arbeidsforhold kjennetegnes ved at en person produserer ytelser mot et vederlag for en annen, og ved at det foreligger et underordningsforhold der denne personen følger en annens anvisninger. Dersom det ikke foreligger et slikt underordningsforhold, vil det enten dreie seg om selvstendig næringsvirksomhet eller ytelse av tjenester, som går inn under reglene for denne type virksomhet. Retten til fri bevegelighet for arbeidstakere er forbeholdt borgere av de land som er tilsluttet EØS-avtalen. Den kan ikke påberopes av tredjelandsborgere.

Et nærliggende spørsmål er om retten til fri bevegelighet er underlagt minstekrav til arbeidets omfang, den inntekt det gir, arten av arbeidet e.l. EF-domstolen har kommet til at det avgjørende er om en arbeidstaker utøver eller søker å utøve en faktisk og reell beskjeftigelse. Ut over dette har spørsmålet om arbeidstid, inntekt m.m. underordnet betydning. Arbeid som har så lite omfang at det fremstår som marginalt, gir ikke rettigheter.[13] Noen klar grense for hva som er marginalt foreligger ikke, men i en konkret avgjørelse la nederlandsk høyesterett (Raad van State) til grunn at en musikklærer som underviste 12 timer i uken var arbeidstaker slik dette er å forstå ifølge EU- / EØS-retten.[14] Det foreligger imidlertid en dom fra EF-domstolen der mengden arbeid har ligget under dette nivået, og der domstolen ikke har villet *utelukke* at arbeidet var en faktisk og reell beskjeftigelse.[15] Hvis arbeidet er faktisk og reelt, er det underordnet at inntekten ikke er tilstrekkelig til eget underhold.[16] Det er heller ikke avgjørende om hovedmotivet for arbeidstakeren er et annet enn inntekt, for eksempel å få oppholdstillatelse i et annet medlemsland for seg selv eller familiemedlem.[17]

Retten til innreise og opphold gjelder også for arbeidssøkere. Den enkelte stat kan sette en grense for hvor lenge en kan være i landet for å søke arbeid, men tidsrommet må være tilstrekkelig for å innhente informasjon om arbeidsmarkedet og legge inn nødvendige søknader. EF-domstolen har avvist en grense på tre måneder, men godtatt en nasjonal lov som satte seks måneders frist. Det må imidlertid legges til at det ikke er anledning til bortvisning hvis den det gjelder har utsikt til å få arbeid, selv om den aktuelle tidsfristen er oversteget.[18]

Retten til opphold opprettholdes også om EØS-borgeren ikke lenger er i arbeid, når dette skyldes uforskyldt arbeidsledighet eller midlertidig arbeidsudyktighet som følge av sykdom eller skade.[19] Det foreligger ingen bestemmelser om frivillig arbeidsledighet, men det følger sannsynligvis av *EF-domstolens praksis* at en person som frivillig har sagt opp sin stilling uansett har rett til opphold i kraft av å være arbeidssøker så fremt han aktivt søker arbeid og/eller har utsikt til å få arbeid. [20]

Retten til fri bevegelighet vil kunne bli hindret av tidkrevende eller kostbare prosedyrer for å søke oppholdstillatelse eller innreisetillatelse. EØS-retten inneholder derfor bestemmelser som legger restriksjoner på det enkelte lands muligheter til å kreve dokumentasjon, gebyrer m.m. Retten til ut- og innreise er regulert gjennom direktiv 68/360. Direktivet begrenser medlemsstatenes kontrollmyndighet ved at det ved ut- eller innreise bare kan kreves at EØS-borger eller familiemedlem har gyldig pass eller legitimasjonspapir. Ut- eller innreisevisum, tillatelser til tidsbegrensede opphold m.m. er i strid med reglene.

En person som har fått arbeid, har rett til opphold. Hvis oppholdet har kortere varighet enn tre måneder, skal det ikke utstedes oppholdstillatelse. Hvis varigheten er mellom 3 og 12 måneder, utstedes en oppholdstillatelse for den tiden oppholdet er ment å vare. For opphold ut over denne tiden utstedes en tillatelse med minst fem års varighet som skal fornyes uten videre. Oppholdstillatelsen skal være gyldig for hele vertsstatens territorium. For å utstede et slikt dokument kan det ikke kreves annen dokumentasjon enn pass eller annet gyldig identitetsbevis samt arbeidskontrakt eller arbeidsgivers bekreftelse av ansettelsesforholdet.[21]

Selv om det utstedes en formell oppholdstillatelse er det ikke tillatelsen i seg selv, men de rettighetene som følger av EØS-avtalen som danner

12. Sak 75/63 Hoekstra
13. Sak 53/81 Levin
14. Sak 139/85 Kempf
15. Sak C-357/89 Raulin
16. Sak 139/85 Kempf
17. Sak 53/81 Levin
18. Sak C-344/95 Kommisjonen mot Belgia, Sak C-292/89 Antonissen.
19. Direktiv 68/360 artikkel 7(1)
20. Sak C-292/89 Antonissen
21. Direktiv 68/360

grunnlag for retten til opphold. Det innebærer at brudd på de formelle reglene om oppholdstillatelse ikke kan sanksjoneres med bortvisning dersom vedkommende fortsatt er arbeidstaker, arbeidssøkende eller for øvrig har rett til opphold etter EØS-reglene. Det kan imidlertid iverksettes andre typer sanksjoner forutsatt at disse ikke er så strenge at de representerer en hindring for innreise og opphold. Eventuelle sanksjoner må stå i forhold til dem som brukes mot landets egne borgere for mindre alvorlige forhold.[22]

7.4.4.2 Om selvstendig næringsdrivende og om retten for foretak til å medbringe nøkkelpersonell fra tredjeland

EØS-avtalen artikkel 31 gir borgere av traktatlandene rett til å etablere seg i et annet traktatland. Etableringsretten gjelder to nokså forskjellige situasjoner. Den første er etablering foretatt av selvstendig næringsdrivende personer - leger, advokater mv. Innvandringspolitisk byr dette på tilnærmet samme problemstillinger som fri bevegelighet for arbeidstakere. Den andre formen for etableringsrett gjelder etableringsrett for "juridiske personer" - selskaper mv., typisk ved etablering av filialer eller oppkjøp av foretak. Dette reiser i utgangspunktet ikke innvandringspolitiske problemstillinger. Indirekte kan det imidlertid oppstå spørsmål, hvis foretaket ønsker å rekruttere arbeidstakere, typisk ledere og annet nøkkelpersonell fra andre land. Påberopelse av etableringsretten kan være særlig aktuelt i tilfeller hvor disse personene er tredjelandsborgere, siden det bare er borgere av EØS-landene som omfattes av reglene for fri bevegelighet for arbeidstakere. Det følger av EF-domstolens praksis at et land må gi et selskap fra et annet EØS-land de samme vilkår som landets egne selskaper.[23] Det innebærer også at et medlemsland må tillate selskapet å ansette tredjelandsborgere i den grad de tillater sitt eget lands selskaper å gjøre det samme. Det kan være mindre klart hvorvidt etableringsretten også innebærer en åpning for å rekruttere tredjelandsborgere også ut over det som følger av ikke-diskrimineringsprinsippet. Det virker likevel nærliggende at et selskap også i slike tilfeller kan påberope seg etableringsretten hvis rekrutteringen av bestemte personer (for eksempel ledere, eller personer med en spesiell kompetanse) er avgjørende for at selskapet skulle kunne etablere seg i det aktuelle landet.

22. Sak 8/77 Sagulo, Brenca og Bakhouche. Sak C-24/97 Kommisjonen mot Tyskland
23. Sak 79/85 Segers

7.4.4.3 Tjenesteytere og tjenestemottakere

Ved siden av EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for personer reiser også reglene om fri bevegelighet for tjenester utlendingsrettslige spørsmål. Fri bevegelighet for tjenester vil ofte innebære at noen, enten en tjenesteyter eller tjenestemottaker, reiser fra ett land til et annet for å være der i en viss tid. I praksis vil det ofte dreie seg om arbeidstakere i det foretak som i formell forstand er tjenesteyter eller tjenestemottaker.

Et selskap som gjør bruk av retten til fri bevegelighet til å yte tjenester, har rett til å bruke sine egne arbeidstakere. Medarbeidernes statsborgerskap er underordnet. Det innebærer at vertsstaten i slike situasjoner, ikke kan stille som vilkår at ansatte tredjelandsborgere er innvilget arbeidstillatelse i vertsstaten.[24]

7.4.4.4 Oppholdstillatelse til familiemedlemmer

Retten til opphold i et annet medlemsland ville vært sterkt begrenset hvis man ikke også hadde rett til å ta med seg familiemedlemmer. EØS-retten gir derfor familiemedlemmer til en EØS-borger som utøver sin rett til fri bevegelighet, rett til innreise og opphold i et annet medlemsland. Dette gjelder selv om familiemedlemmene ikke er statsborgere i noe EØS-land.

Med familiemedlemmer menes ektefelle, barn under 21 år, og slektninger i opp- eller nedstigende linje for øvrig, når disse forsørges av arbeidstakeren. Ektefellens rettigheter er uavhengig av om familiemedlemmet og referansepersonen faktisk bor sammen. EF-domstolen forutsetter likevel, på bakgrunn av rådsforordning 68/1612 artikkel 10(3), at referansepersonens boforhold må opprettholdes på en standard som kan anses som normal standard i vertslandet for å huse referansepersonen og familiemedlemmet.[25]

EØS-retten pålegger i utgangspunktet ikke EØS-landene å regne samboere eller personer som har inngått homofilt partnerskap som familiemedlemmer.[26] Selv om samboere eller homofile partnere strengt tatt ikke regnes som familiemedlemmer, har EF-domstolen åpnet for rett til familiegjenforening i enkelte slike saker, på grunnlag av prinsippet om at andre medlemsstaters borgere ikke skal diskrimineres i forhold til egne borgere.[27]

24. Sak C-43/93 Vander Elst
25. Sak C-267/89 Diatta, Sak C-370/90 Singh.
26. sak 59/85 Reed
27. Sak 59/85 Reed

I tillegg til de familiemedlemmene som er nevnt over innholder forordning 68/1612 (artikkel 10(2)) en bestemmelse om at medlemsstatene skal legge til rette for å gi oppholdstillatelse til andre slektninger som forsørges av referansepersonen og/eller som bor i dennes hjem.

Familiemedlemmers rett til innreise og opphold er ikke noe de har på selvstendig grunnlag, men er knyttet til referansepersonens oppholdsgrunnlag. Dersom referansepersonen reiser tilbake til hjemlandet, mister familiemedlemmene retten til opphold, med mindre de kan etablere et selvstendig oppholdsgrunnlag.

Hvis referansepersonen dør, gir rådsdirektiv 70/1251 artikkel 3 likevel rett til fortsatt opphold. En forutsetning er at referansepersonen har bodd i vertslandet i minst to år, eller at dennes død skyldes en arbeidsulykke eller yrkessykdom. I tillegg vil familiemedlemmet ha rett til opphold, også før det har gått to år, hvis familiemedlemmet tidligere har vært borger av vertslandet, men skiftet statsborgerskap i forbindelse med at han/hun inngikk ekteskap med referansepersonen.

I norsk rett er retten til opphold for familiemedlemmene til arbeidsinnvandrere regulert i utlendingsloven § 52, jf. utlendingsforskriften §§ 179 og 180.

7.4.4.5 Overgangsregler for borgere av land tilsluttet EU 1. mai 2004

I forbindelse med utvidelsen av EU innførte regjeringen overgangsregler for arbeidstakere fra åtte av de ti nye EU-landene. De åtte landene er Estland, Litauen, Latvia, Polen, Den tsjekkiske republikk, Slovakia, Slovenia og Ungarn. For borgere av Malta og Kypros gjelder de vanlige EØS-bestemmelser. Overgangsreglene ble gjennomført som endringer i forskriften, og vil gjelde i to år fra det tidspunkt landene ble medlem av EU, dvs. fra 1. mai 2004.

Overgangsreglene innebærer at det benyttes nasjonale regler overfor arbeidstakere fra de aktuelle landene. Overgangsreglene kan likevel ikke være mer restriktive enn de bestemmelser som gjaldt ved undertegnelsen av utvidelsesavtalen. Det vil heller ikke være anledning til å benytte nasjonale regler overfor borgere i de nye EU-landene, hvis disse har hatt sammenhengende lovlig opphold i riket i mer enn 12 måneder. Det er ikke anledning til å innføre overgangsregler for andre oppholdsgrunnlag som utsendte medarbeidere, selvstendig næringsdrivende, studenter, tjenestemottakere m.m.

Overgangsreglene innebærer at borgere av de aktuelle landene må søke om å få innvilget oppholdstillatelse for å ta arbeid i overgangsperioden, jf. forskriften § 172 første ledd annet punktum.[28] De har, som andre EØS-borgere, rett til innreise og opphold i inntil seks måneder for å søke arbeid, jf. første punktum.

Vilkårene som stilles for å innvilge oppholdstillatelse er strengere enn de ordinære EØS-reglene for arbeidstakere, jf. forskriften § 175 annet ledd, men mindre restriktive enn de vilkårene som gjelder for å gi arbeidstillatelse til personer fra land utenfor EØS-området.

Det gjelder også overgangsregler i forhold til varigheten av tillatelse til arbeidstakere fra de aktuelle EU-landene, jf. forskriften § 190 første ledd. Det følger av EØS-retten at en tillatelse skal være gyldig i minst fem år, med mindre det aktuelle arbeidet har kortere varighet enn ett år. Hvis arbeidet har kortere varighet enn tre måneder er det uansett ikke aktuelt med oppholdstillatelse. Overgangsreglene innebærer at for personer fra de nye EU-landene (unntatt Malta og Kypros) vil førstegangs tillatelse normalt bli gitt for ett år, eller for så lenge som arbeidet varer hvis dette er kortere enn ett år. Også ved fornyelse vil ny tillatelse etter overgangsreglene normalt gjelde for ett år, jf. forskriften § 192 første ledd. Hvis søkeren har hatt sammenhengende lovlig opphold i ett år eller mer, gjelder de vanlige EØS-reglene.

7.5 Det internasjonale bildet

7.5.1 Generelt om det internasjonale bildet

Fra slutten av 1990-tallet har arbeidsinnvandring blitt satt på dagsorden i de fleste land i Vest-Europa. Omslaget skyldes dels mangel på arbeidskraft i enkelte sektorer som informasjons- og kommunikasjonsteknologi og helse, og dels en langsiktig demografisk utvikling hvor fødselsraten i flere land er for lav til å opprettholde befolkningen uten innvandring.

Mange eksperter hevder at den strenge inntakspolitikken begrenser velferdsutviklingen. Den arbeidsføre befolkningen kan bli for liten til å opprettholde velferdsnivået i årene som kommer. Helsevesenet, som skal ta seg av en stadig eldre befolkning, kan få problemer med å rekruttere et tilstrekkelig antall personer.

[28] Tillatelsens innhold tilsvarer "arbeidstillatelse" slik dette uttrykket brukes i gjeldende lov og forskrift, men begrepet oppholdstillatelse brukes likevel når det gjelder overgangsreglene.

Et antall europeiske land sliter imidlertid også med en betydelig arbeidsledighet. Det er dessuten en utbredt frykt for at arbeidsinnvandring vil legge press på opparbeidede lønns- og arbeidsvilkår, ved at arbeidsgiverne vil foretrekke utlendinger som stiller mindre krav enn landenes egne borgere. For det annet har politikere i mange europeiske land måttet forholde seg til en nasjonal opinion hvor innvandringsskeptiske partier har påvirket dagsorden. For det tredje spiller flyktningsituasjonen inn i innvandringspolitikken på kompliserte måter. Selv om arbeidsmarkedet er prinsipielt irrelevant som faktor når myndighetene skal vurdere asylsøknader, er det på sikt avgjørende å få integrert aksepterte flyktninger i arbeidsmarkedet. Her står man imidlertid ofte i den situasjonen at dem som kommer ikke har de kvalifikasjoner som etterspørres i arbeidsmarkedet. Mange land har dessuten et betydelig antall ulovlige arbeidsinnvandrere. Disse kan være i fullt arbeid, men på det svarte markedet. Man får ikke dem man vil ha, og de man får har man problemer med å sette i produktivt arbeid av ulike grunner.

I en rekke vest-europeiske land, og i særdeleshet i Skandinavia, har det vært stor skepsis til midlertidig rekruttering av arbeidskraft, selv om man har åpnet for sesongarbeidskraft i enkelte sektorer. Skepsisen bunner dels i erfaringer fra 1970-tallet, da midlertidig arbeidsinnvandring viste seg å bli permanent. Men også mer ideologiske holdninger spiller inn: Man ønsker ikke å fremme en "bruk og kast"-mentalitet overfor personer fra utlandet. I praksis har det i senere år vært en økende tendens til å sysselsette utenlandske arbeidstakere på midlertidig basis. Spesielt gjelder dette eksperter og ledere, men også arbeidskraft på lavere kvalifiseringsnivå passer inn i denne trenden.

Det er stor variasjon i nasjonale systemer for mottak av arbeidsinnvandrere. Systemene kan grovt deles inn i to kategorier, et tilbudsdrevet og et etterspørselsdrevet system. I tilbudsdrevne systemer er det innvandrerne selv som initierer prosessen. I for eksempel Canada, Australia og New Zealand satser man på et poengsystem, der det legges vekt på utdannelse, språkkunnskaper m.m., ut fra en antakelse om at dette gir gode utsikter til integrasjon. Man kan også få poeng for andre forhold, særlig familietilknytning. Poengene skal måle forventet økonomisk suksess. I en australsk studie hevdes det at poengsystemet er meget effektivt administrativt. Det er forutsigbart, innsynsvennlig og operativt i forhold til behov i økonomien. Svakhetene ved dette systemet er at det er lite sensitivt i forhold til vanskeligere målbare aspekter som kreativitet, tilpasningsevne etc.

I etterspørselsdrevne systemer er det arbeidsgiver som etterspør arbeidskraft, og søker om tillatelse til å rekruttere. Ofte kreves det at arbeidsgiver må bevise at innvandrere ikke fortrenger nasjonal arbeidskraft. Logikken i et etterspørselsdrevet system er at det er arbeidsgiverne som best vet om en person vil finne seg til rette og er produktiv. I Europa og i USA har rekruttering fra utlandet stort sett vært etterspørselsstyrt.

7.5.2 Reguleringen av arbeidsinnvandringen i noen utvalgte land

7.5.2.1 Storbritannia

I Storbritannia kan arbeidsgivere som ikke får tak i medarbeidere med en bestemt fagutdanning innenlands eller fra andre land i EØS-området få tillatelse til å rekruttere i utlandet. Det er arbeidsgiveren som må søke, og det er en forutsetning at utlendingen skal arbeide hos denne. Aktuelle medarbeidere må ha minst tre års fagutdanning eller tilsvarende kvalifikasjoner. Slike tillatelser gis for opptil fem år.

Programmet for langtidsutdannede som ble introdusert i januar 2002, er basert på et poengsystem. Det kreves høyere utdanning for å kvalifisere til programmet, og at man oppnår et visst antall poeng fastsatt av myndighetene. Poeng regnes ut på bakgrunn av søkerens alder, utdanningsnivå, yrkeserfaring, tidligere inntekt, landbakgrunn, egne og eventuell ektefelles oppnådde resultater innen arbeidslivet. Programmet for høyere utdannede innvandrere forutsetter ikke at det foreligger et konkret arbeidstilbud eller noen form for arbeidsmarkedsprøving, inkludert kvoter. Liknende systemer finnes også i en del andre land, blant annet Australia og Canada.

Storbritannia har også åpnet for at ufaglærte kan arbeide innen hotell- og restaurant og næringsmiddelindustrien. Søkerne må være mellom 18 og 30 år. Tillatelsene gjelder bare for 12 måneder og fornyes ikke. Denne type tillatelse gir heller ikke anledning til å ta med familie. Arbeidsgivere må vise at det ikke er mulig å skaffe arbeidskraft innenlands. Det er også fastsatt kvoter for hvor mange tillatelser som kan gis til denne type arbeidskraft.

7.5.2.2 Finland

Finland har fått nye bestemmelser for regulering av arbeidsinnvandringen gjennom sin nye utlendingslov av 30.04.2004.

I den nye loven § 70 er det angitt at formålet med reguleringen er at man systematisk, raskt og smidig skal fremme tilgangen på arbeidskraft under hensyn til arbeidsgiveres og utenlandske arbeidstakeres rettssikkerhet. Reguleringen skal også ivareta hensynet til hvilken mulighet det er for arbeid for den arbeidskraften som allerede finnes på arbeidsmarkedet.

I loven § 71 er det fastsatt følgende om samarbeid med organisasjonene på arbeidsmarkedet:

> ”Parterna på arbetsmarknaden deltar i uppföl-ningen och utvärderingen av förfarandena för beviljande av uppehållstillstånd för arbetstagare samt i utformingen av rikstäckande och regionala riktlinjer för de allmänna villkoren för anlitandet av utländsk arbetskraft. Rikstäckande riktlinjer enligt denna paragraf utfärdas genom beslut av statsrådet och regionala riktlinjer genom beslut av den behöriga arbetskrafts- och näringscentralen.”

I loven § 72 er det gitt følgende bestemmelser om innholdet i den arbeidsmarkedsprøving som skal foretas før opphold innvilges:

> ”Beviljandet av uppehållstillstånd för arbetstagare baserar sig på prövning där det gäller att
> 1. utreda möjligheten att inom en rimlig tid få sådan arbetskraft som lämpar sig för det aktuella arbetet och som står till förfogande på arbetsmarknaden,
> 2. se till att beviljande av uppehållstillstånd för arbetstagare inte hindrar en person som avses i 1 punkten att få arbete, och att
> 3. säkerställa att uppehållstillstånd för arbetstagare beviljas endast personer som uppfyller villkoren, om det för arbetet krävs särskild kompetens eller ett godkänt hälsotillstånd.
>
> När beviljande av uppehållstillstånd för arbetstagare prövas skall de riktlinjer som avses i 71 § beaktas.
>
> Beviljandet av uppehållstillstånd för näringsidkare baserer sig på prövning, där det skall säkerställas att det finns förutsättingar för lönsam näringsverksamhet.
>
> När beviljandet av uppehållstillstånd för arbetstagare eller uppehållstillstånd för näringsidkare prövas, gäller det att försäkra sig om att utlänningens försörjning är tryggad genom förvärvsarbete eller näringsverksamhet eller på något annat sätt.”

7.5.2.3 Sverige

Av retningslinjer vedtatt av Riksdagen i 1968 og 1984 går det frem at det som hovedsak ikke er ønskelig med arbeidsinnvandring. Det åpnes imidlertid for å gjøre unntak i enkelte tilfeller. Disse unntakene skal fastsettes av de svenske arbeidsmarkedsmyndighetene i samarbeid med arbeidslivets parter.

Unntakene kan i dag inndeles i to hovedkategorier: Arbeidstillatelser av hensyn til internasjonal utveksling, og tillatelser på grunn av midlertidig mangel på arbeidskraft.

Den første type tillatelser gjelder i utgangspunktet virksomhet som faller utenfor det ordinære arbeidsmarkedet, så som opphold for gjesteforskere o.l. Enkelte tillatelser i denne kategorien gjelder likevel kortvarige oppdrag, for eksempel installasjon av maskiner o.a. kjøpt i utlandet. Når det gjelder tillatelser som gis fordi det midlertidig ikke kan skaffes arbeidskraft innenlands, så er praksis langt mer restriktiv enn det som i dag er tilfellet her til lands. Et slikt opphold kan ikke ha lengre samlet varighet enn 18 måneder. Lønnen må være over et visst nivå fastsatt av myndighetene (for tiden SKR 13. 000 pr. måned før skatt).

7.5.2.4 Danmark

Dansk innvandringspolitikk er blant annet innrettet på å trekke høyt kvalifisert arbeidskraft til landet. Blant annet har man innført betydelig redusert skatt for forskere og annet høyt kvalifisert personell som arbeider midlertidig i Danmark.

Danmark har fra 1. juli 2002 innført en ordning med ”Jobkort” for å fremme rekrutteringen av personer med høy kompetanse. Denne innebærer sterkt forenklede prosedyrer for behandling av søknader for visse yrker. Tiltaket skal bidra til at Danmark blir konkurransedyktig i forhold til øvrige EU-land og USA når det gjelder å tiltrekke særlig kvalifisert arbeidskraft. Ordningen skal korte ned tiden det tar å få arbeidstillatelse. Kvalifikasjonskravene ligger betydelig høyere enn i den norske ordningen med arbeidstillatelse for fagutdannede. Det eksisterer en egen liste over yrker som kommer inn under Jobkort-ordningen. Områder med særlig mangel på høyt kvalifisert arbeidskraft i Danmark er IT-spesialister, ingeniører, matematikere, statistikere, biologer, geologer, radiografer, leger og sykepleiere.

Arbeidstillatelser i Danmark gis vanligvis for ett år, men for høyt kvalifisert personell kan arbeidstillatelse gis for opptil tre år av gangen. Permanent oppholds- og arbeidstillatelse, tilsvarende den norske bosettingstillatelse, gis etter syv års opphold.

7.5.2.5 Italia

I Italia utgjør arbeidsinnvandrere en høy andel (60 %) av alle legale innvandrere. Den italienske

regjeringen vedtar årlig en kvote for hvor mange personer fra land utenom EØS som skal få komme til Italia for å arbeide. Innenfor denne er det avsatt særlige kvoter til innvandrere fra land som Italia har bilaterale avtaler med. Dette gjelder blant annet Albania, Tunisia, Marokko, Romania, og Somalia. Disse avtalene er knyttet til vilkår om at de nevnte landene samarbeider med Italia om å ta tilbake illegale innvandrere. Italia gir dessuten prioritet til innvandrere som er i slekt med italienske borgere eller som har deltatt på særskilte italienskkurs støttet av italienske myndigheter.

7.5.2.6 Canada

Canada har fastsatt et mål om at den årlige brutto innvandringen skal tilsvare én prosent av det samlede folketallet. En stor andel (60 %) av den samlede brutto innvandringen til Canada er arbeidsinnvandring.

Regelverket i Canada skiller mellom midlertidig og permanent innvandring. For å få midlertidig arbeidstillatelse må søkeren ha mottatt et konkret arbeidstilbud. Det er også en forutsetning at stillingen ikke kan fylles av innenlandsk arbeidskraft. Det foreligger videre en liste over typer arbeid hvor det uansett ikke gis slike tillatelser.

Det finnes også et program for permanent innvandring for fagutdannede. For å kvalifisere til dette må en ha minst ett års yrkeserfaring og ha tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv i en periode. Viktigst er imidlertid at søkere må oppnå tilstrekkelig mange poeng i det kanadiske poengsystemet. Dette svarer i stor grad til det britiske systemet beskrevet over. De viktigste poenggivende faktorene i Canada er utdanning, yrkeserfaring og kunnskaper i engelsk og fransk.

7.6 Utvalgets vurderinger – arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS-området

7.6.1 Innledning

De industrialiserte landene, herunder Norge, opplever et betydelig migrasjonspress fra den del av verden som har en lavere økonomisk utvikling. Dette gir seg utslag som for eksempel menneskesmuggling og illegal innvandring. Mange som søker beskyttelse er i realiteten arbeidssøkere. Så lenge det eksisterer store forskjeller mellom landene når det gjelder sosial og økonomisk utvikling, vil det alltid være mennesker som vil søke å forbedre sine levekår ved å flytte til et annet land.

Dette migrasjonspresset vil i overskuelig fremtid være så betydelig at arbeidsinnvandring må skje i kontrollerte former. Noe annet vil true velferds- og samfunnsstrukturen slik utvalget har redegjort for tidligere i utredningen.

Migrasjonspresset er imidlertid ikke den eneste faktor man må ta hensyn til. Det er faktorer som virker i andre retninger.

For det første har man det demografiske hensyn. Alderssammensetningen i den industrialiserte verden, men særlig i Europa, er slik at det innen få år kan bli mangel på arbeidskraft for å få utført viktige arbeidsoppgaver, for eksempel innen pleie- og omsorgssektoren. Ut fra dette synspunkt vil man trenge innvandring for å opprettholde velferdsgodene.

En tredje faktor er globaliseringseffekten. En mer åpen verdensøkonomi gir mulighet for å flytte arbeidsoppgavene dit innsatsfaktorene i produksjonen - særlig arbeidskraften - er billigst. Tidligere industriland mister beskyttelsestiltak og andre konkurransefortrinn. Produksjonen flyttes, mens varetilbudet opprettholdes ved billig import. Det kan føre til at migrasjonspresset mot tradisjonelle industriland avtar samtidig som beskjeftigelsen synker.

7.6.2 Norges arbeidskraftsbehov

Utgangspunktet for reguleringen av arbeidsinnvandringen er landets behov for arbeidskraft. Hensynet til utlendinger med beskyttelsesbehov skal ivaretas på annet grunnlag og uavhengig av landets behov for arbeidskraft.

Behovet for arbeidskraft varierer over tid og ut fra en rekke hensyn. Behovet er derfor gjenstand for en politisk vurdering. Det tilsier at de politiske myndigheter i loven må gis et vidt spillerom.

I de senere årene har det i økende grad vært fokusert på arbeidsinnvandring som et middel til å dekke behovet for arbeidskraft. Mangel på arbeidskraft kan ha ulike årsaker. Noen av disse er av kortsiktig karakter, mens andre er knyttet til langsiktige utviklingstendenser. Internasjonalt har OECD identifisert ulike faktorer som kan skape mangel på arbeidskraft. Disse er:

- Raske konjunktursvingninger
- Rask teknologisk utvikling kan føre til mangel på personer med kunnskaper teknologien krever
- Utdanningssystemet kan på kort eller lang sikt være dårlig tilpasset behovene i arbeidsmarkedet

- Lav geografisk mobilitet kan føre til at det er mangel på kvalifisert arbeidskraft i en region, samtidig som det er et stort arbeidstilbud i andre regioner
- Manglende lønnsfleksibilitet kan føre til at lønns- eller arbeidsvilkår ikke er konkurransedyktige innen bestemte sektorer eller virksomheter. Arbeidsgiverne kan nøle med å øke eller senke lønningene eller de kan være bundet av kollektive avtaler som gjør endringer vanskelig
- Den demografiske utviklingen eller andre årsaker (sykefravær, uførepensjonering o.a.) fører til ubalanse mellom den andel av befolkningen som er i, og den som er utenfor, arbeidsstyrken

Mange av disse årsakene vil i større eller mindre grad være relevante også for Norge. Norge har for eksempel opplevd mangel på IT-kompetanse i perioder, en erfaring vi deler med en rekke andre land. Norge har også opplevd raske konjunkturendringer på 1990-tallet. I disse periodene har arbeidskraft fra våre naboland bidratt til å stabilisere arbeidsmarkedet ved at svensker og dansker midlertidig har kommet til Norge for å finne jobb. Utdanningseksplosjonen, hvor stadig flere tar høyere utdanning, kan ha bidratt til en viss mangel på ufaglærte arbeidstakere og på arbeidskraft innen enkelte yrkesfag. Den langsiktige utviklingen er at etterspørselen etter ufaglærte er fallende. I senere år har likevel antallet ufaglærte arbeidssøkere som melder seg på arbeidsmarkedet, falt enda raskere.

Den mest debatterte årsaken til mangel på arbeidskraft har imidlertid vært den demografiske utviklingen. I likhet med de fleste andre europeiske land, har Norge en befolkningsutvikling som peker i retning av flere eldre og færre i arbeidsstyrken. Fremskrivninger gjort av Statistisk sentralbyrå tyder på at uten innvandring ville folketallet øke langsomt fram mot 2030 for deretter å falle. Samtidig vil aldersstrukturen bli kraftig endret i retning av flere eldre for hver person i arbeidsdyktig alder. Uførepensjonering og førtidspensjonering vil forsterke utfordringene.

Utvalget vil vise til at Statistisk sentralbyrå mener at innvandring kan bidra til å dempe effektene av "aldersbølgen", selv om det ikke er realistisk at innvandring kan kompensere fullt ut for denne.

7.6.3 Forutsetninger for at arbeidsinnvandring skal få alminnelig aksept

7.6.3.1 Arbeidsinnvandring og sysselsetting

En viktig forutsetning for arbeidsinnvandring vil være at denne ikke skaper alvorlig ubalanse på arbeidsmarkedet gjennom økt arbeidsledighet og svekkede sysselsettingsmuligheter for personer som allerede bor her og vil inn på arbeidsmarkedet.

Behovet for arbeidskraft må sees i et helhetlig perspektiv, hvor innvandring bare utgjør ett av elementene. Innvandringen reduserer med andre ord ikke behovet for mobilisering av innenlandske arbeidskraftressurser. Slik mobilisering kan skje gjennom tiltak for å redusere arbeidsledighet, sykefravær, utførepensjonering, ufrivillig deltidsarbeid m.m.

Det er likevel lite som tyder på at innvandring så langt har betydd redusert sysselsetting blant dem som allerede bor i Norge eller i andre innvandringsland. De fleste innvandringsland har da også mekanismer som skal sørge for at innvandring ikke skaper arbeidsledighet.

7.6.3.2 Arbeidsinnvandring og lønnsvilkår

I utgangspunktet er det naturlig å tenke seg at et økt arbeidstilbud i form av arbeidsinnvandring vil bety at lønningene blir lavere enn de ellers ville ha blitt. Det er også naturlig å tenke seg at effekten vil bli forsterket når rekrutteringen skjer fra land der det er vanlig med vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn i vertslandet. De fleste land har derfor regler som skal sikre at rekrutteringen skjer på de lønns- og arbeidsbetingelser som er vanlig i vedkommende land.

Det er gjort mange studier av innvandringens effekt på lønn. Disse studiene viser ikke noe entydig bilde, men de fleste tyder på at innvandring har liten eller ingen effekt på lønnsnivået til den opprinnelige arbeidsstyrken. Det må likevel legges til at i de studier som finner en viss negativ effekt, er denne effekten i stor grad konsentrert til de lønnstakergruppene som har størst problemer fra før, dvs. til typiske lavlønnsyrker.[29]

Den forskningen som er utført så langt, kan derfor tyde på at risikoen for negative effekter for innenlandske arbeidstakere er noe større ved rekruttering av ufaglærte enn når man rekrutterer utlendinger med høyere kvalifikasjoner. Dette må imidlertid sees i forhold til systemet for lønnsdannelse i det enkelte land. Det er mye som tyder på at effekten av innvandring påvirkes av systemet for lønnsdanning i de enkelte land, og negative effekter på lønn, er i første rekke funnet i land hvor fagbevegelsen har begrenset innflytelse på lønnsdanningen.[30]

---

29. Marianne Røed (2003): Grenseløs lønnsutvikling, i Søkelys på arbeidsmarkedet, 2/2003.

7.6.3.3 Arbeidsinnvandring og arbeidsmiljø og sikkerhet

En levekårsundersøkelse utført av Statistisk sentralbyrå (1996) tyder på at ikke-vestlige arbeidstakere er langt mer utsatt for fysisk belastende arbeidsmiljøfaktorer, enn etnisk norske. Samtidig vil det være særskilte utfordringer i forhold til helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS) og kontroll i forhold til denne gruppen. En undersøkelse utført av Arbeidstilsynet tyder på at ikke-vestlige innvandrere ofte er dårlig informert om arbeidsmiljøloven, Arbeidstilsynet, verneombudsfunksjonen og HMS-arbeidet. Mulige årsaker til dette kan være manglende norskkunnskaper, kort botid eller i en del tilfeller manglende tillit til offentlige myndigheter. Ikke-vestlige innvandrere står dessuten i en svakere stilling overfor arbeidsgiver fordi denne gruppen generelt har en svakere stilling på arbeidsmarkedet.[31]

Utvalget vil på denne bakgrunn bemerke at et større innslag av innvandrere i norsk arbeidsliv øker behovet for Arbeidstilsynets innsats både når det gjelder informasjon og kontroll.

7.6.3.4 Arbeidsinnvandring og velferdsstaten

Arbeidsinnvandrere vil både være produsenter og konsumenter av varer og tjenester. Også arbeidsinnvandrere blir syke, gamle, får barn og har behov for og rett til trygder og velferdstjenester. Skal arbeidsinnvandring tjene hensikten er det en forutsetning at dem som kommer i vesentlig grad vil være netto bidragsytere. Dette er igjen avhengig av deres integrasjon på arbeidsmarkedet, alder, produktivitet m.m.

Land med en sjenerøs velferdsstat er avhengig av en høy yrkesdeltakelse for å finansiere velferdsutgiftene. Det kan i den sammenheng vekke en viss bekymring at innvandrere, sett under ett, er vesentlig dårligere integrert på arbeidsmarkedet enn nordmenn. Det gjelder særlig ikke-vestlige innvandrere. Det kan likevel være mye som taler for at arbeidsinnvandrere ikke trenger å inngå i denne hovedtendensen. Slik regelverket er i dag, er det en forutsetning for å komme som arbeidsinnvandrer at man har fått et konkret arbeidstilbud fra en arbeidsgiver i Norge. Det stilles også krav til søkerens kvalifikasjoner. Denne type krav bidrar til å sikre at dem som kommer er personer som er attraktive på det norske arbeidsmarkedet, og som derfor vil ha forutsetninger for å være netto bidragsytere også på lang sikt.

Mye vil være avhengig av hvordan innvandringen er innrettet. Problemer kan for eksempel oppstå hvis innvandringen er rettet mot kortsiktige behov, samtidig som dem som kommer har rett til, eller opparbeider rett til, å bli i landet. Arbeidsmigrasjon fra våre naboland har bidratt til å dempe presset i økonomien i høykonjunktur og har dermed skapt økt fleksibiliteten i det norske arbeidsmarkedet. Arbeidssøkere fra Sverige og Danmark har som oftest returnert til sine hjemland når arbeidsmarkedet har blitt mindre stramt. Annerledes blir det i tilfeller der det er grunn til å anta at arbeidsinnvandrerne vil bli i landet, selv om utsiktene til å få arbeid forverres. Den høye arbeidsledigheten blant innvandrere tilsier at den positive effekten av arbeidsinnvandring i en høykonjunktur i et slikt tilfelle vil motsvares av en høyere arbeidsledighet i en påfølgende lavkonjunktur.

7.6.4 Reguleringsformer

I utenlandsk rett anvendes ulike former for regulering av innvandringen, som blant annet har som formål å bidra til at de arbeidsinnvandrere som kommer, er personer som vil bli integrert på det nasjonale arbeidsmarkedet og ellers i vedkommende lands samfunn. Disse reguleringene deles inn i tilbudsorienterte og etterspørselsorienterte systemer, selv om de to typene systemer ofte glir over i hverandre. Det norske systemet krever for eksempel både et konkret tilbud fra en arbeidsgiver og at søker uansett oppfyller visse minstekrav når det gjelder utdanning. Utvalget tror at en liknende blanding vil være mest aktuell også i fremtiden, og at rene former for tilbuds- eller etterspørselsorienterte reguleringer er lite hensiktsmessige, i alle fall som hovedregel. Den viktigste fordelen med at kravene knyttes direkte til virksomhetenes tilbud om arbeid, er fleksibilitet og markedstilpassing. Det motsatte scenario, at myndighetene utarbeider en liste over yrker hvor man tillater arbeidsinnvandring, ville være langt mer rigid. På den annen side kan det også reises innvendinger mot et system som utelukkende legger til grunn arbeidsgivers ønske om å ansette en bestemt søker. Et slikt system, kombinert med en rett til fortsatt opphold etter utløpet av ansettelsen, innebærer en fare for at kvalifikasjonene til vedkommende innvandrer ikke vil være omsettelige på arbeidsmarkedet for øvrig. Kravet til kvalifikasjoner bidrar til å sikre at dem som kommer har muligheter på arbeidsmarkedet, ut over den

30. George J. Borjas (1999): Heaven's Door, Princeton University Press. Marianne Røed (2003) Grenseløs lønnsutvikling, I Søkelys på arbeidsmarkedet, 2/2003
31. Arbeidstilsynet 2. distrikt (1998): Innvandrerprosjektet. Rapport fra forsterket tilsyn i virksomheter med arbeidsgivere og arbeidstakere med innvandrerbakgrunn

arbeidsgiver som utgjorde referansen for førstegangs tillatelse.

Norge krever i dag kvalifikasjoner på et bestemt nivå (fagutdanning). Andre land har poengsystemer, der også andre egenskaper som alder, språkkunnskaper, ektefelles utdanning m.m. inngår. Slike egenskaper er klart relevante i forhold til integrasjon på arbeidsmarkedet, og kunne i prinsippet også vært brukt i forhold til innvandring til Norge. Utvalget ser likevel ingen sterke grunner til å innføre bestemmelser om alder mv. nå, blant annet fordi man tror at gevinsten ved dette ikke står i forhold til den økte kompleksiteten dette betyr ved behandlingen av søknadene.

7.6.5 Forholdet mellom lov og forskrift og styring av hovedprinsippene for arbeidsinnvandringen

Når det gjelder spørsmålet om lov- eller forskriftsregulering, og spørsmålet om kompetansefordelingen mellom Stortinget og regjeringen i forhold til å regulere arbeidsinnvandringen, har følgende stått sentralt under gjeldende utlendingslov:

- I henhold til utlendingsloven § 5 annet ledd fastsettes vilkårene for arbeidsinnvandringen i forskriftsverket
- I henhold til utlendingsloven § 5 første ledd skal hovedprinsippene for innvandringen godkjennes av Stortinget

Når det gjelder vurderingen av hvordan innvandringsreguleringen bør organiseres under en ny utlendingslov, har utvalget tatt utgangspunkt i at det er ønskelig å ha en behovsstyrt og regulert arbeidsinnvandring, og at behovet for arbeidskraft vil variere over tid både med hensyn til art og omfang. Det må videre tas hensyn til at arbeidsinnvandringens heterogene natur gjør det vanskelig å lage enkle bestemmelser. Bestemmelsene i gjeldende forskriftsverk har hatt et kasuistisk preg og en relativt teknisk karakter. Utvalget har også ansett det grunnleggende at det nye lovverket ikke må motvirke evnen til fleksibilitet med hensyn til å tilpasse regelverket til de aktuelle behov og den aktuelle situsjonen på arbeidsmarkedet.

Etter utvalgets vurdering tilsier alle disse forhold at de politiske myndigheter må gis et vidt spillerom. Lovens oppgave blir å gi regjeringen hjemmelsgrunnlag for å foreta den regulering av arbeidsinnvandringen som den til enhver tid finner nødvendig.

Utvalget mener likevel at det er ønskelig at enkelte hovedprinsipper bør lovfestes. Det gjelder for det første prinsippet om at rekruttering fra utlandet ikke skal fortrenge innenlandske arbeidstakere eller arbeidssøkere, og at lønns- og arbeidsvilkår skal være de samme for innenlandsk arbeidskraft og dem som blir rekruttert utenfra. Videre mener utvalget det er nødvendig at slike tillatelser bare gis når det foreligger et konkret tilbud fra en arbeidsgiver i Norge. Disse vilkårene er nærmere omtalt under.

7.6.6 Fortrinnsrett for innenlandsk arbeidskraft

Et sentralt hensyn er å motvirke at utenlandsk arbeidskraft fortrenger innenlandske arbeidstakere fra arbeidsmarkedet. I dag blir dette hensynet ivaretatt gjennom fastsettelse av kvoter. Dagens ordning med kvoter for sesongarbeidere i landbruket og fagutdannede ser ut til å ha fungert etter forutsetningene.

Utvalget ønsker å fastholde prinsippet om innenlandske arbeidstakeres fortrinnsrett, og foreslår bestemmelser som krever at arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS-området må vurderes i forhold til muligheten for å skaffe tilsvarende arbeidskraft innenlands. I tillegg må Norge ivareta sine forpliktelser i forhold til EØS-samarbeidet. Dette innebærer i utgangspunktet at hvis det ikke kan skaffes arbeidskraft i Norge, skal stillingen utlyses i resten av EØS-området før det eventuelt besluttes å rekruttere fra tredjeland.[32]

I lovutkastet § 33 første ledd bokstav a stilles det som vilkår at stillingen ikke kan besettes av innenlandsk arbeidskraft eller arbeidskraft fra annet EØS-land innen rimelig tid. Med innenlandsk arbeidskraft menes personer bosatt i Norge, enten disse er norske eller utenlandske statsborgere.

Lovteknisk er utvalgets forslag utformet slik at arbeidsmarkedsprøving som utgangspunkt skal skje ved hver enkelt søknad. Utvalget mener likevel at ordningen med kvoter har fungert etter hensikten og at dette viser at alternativer til individuell prøving vil være ønskelig i mange sammenhenger. For arbeidstakere med fagutdanning eller høyere utdanning har Kongen, etter forslaget, hjemmel til å bruke kvoteordninger eller andre liknende ordninger uten nærmere spesifisering. Når det gjelder ufaglært arbeid vil det også være mulig å bruke slike systemer (for eksempel for sesongarbeidere i landbruket) men dette vil etter forslaget, forutsette at man i forskriften spesifiserer de typer arbeid som ordningen skal gjelde. Utvalget har valgt å gi

32. Jf. rådsforordning 68/1612 om arbeidskraftens frie bevegelighet innen fellesskapet artikkel 16

ufaglærte noe sterkere beskyttelse enn andre grupper, siden det er grunn til å tro at innenlandske ufaglærte arbeidstakere kan være noe mer utsatt i forhold konkurranse fra utenlandske arbeidstakere enn det arbeidstakere med mer utdanning er, jf. redegjørelsen i kapittel 7.6.3.2.

7.6.7 Krav til lønns- og arbeidsvilkår

Lønnsnivået i mange av de land det er aktuelt å rekruttere utenlandsk arbeidskraft fra, vil være betydelig lavere enn i Norge. Rekruttering fra utlandet innebærer en fare for "sosial dumping" i den forstand at utenlandske arbeidstakere som kommer til Norge, utfører arbeid på lønns- og arbeidsvilkår som er vesentlig dårligere enn det som er vanlig for norske arbeidstakere.

Utvalget mener at regelen om at utenlandske arbeidstakere skal ha de samme lønns- og arbeidsbetingelser som innenlandske arbeidstakere, må sies å utgjøre ett av hovedprinsippene i innvandringspolitikken. Utvalget vil følgelig foreslå at vilkårene om at lønns- og arbeidsvilkår skal være i overensstemmelse med tariff, regulativ eller det som ellers er vanlig i vedkommende sted eller yrke, som i dag fremgår av forskriften, tas inn i loven.

7.6.8 Krav om at det må foreligge et konkret arbeidstilbud mv.

Utvalget ønsker å lovfeste den gjeldende forskriftsbestemmelse om at det må foreligge et konkret arbeidstilbud, og at arbeidet som hovedregel må skje for én arbeidsgiver.

Kravet om at arbeidet normalt må skje for én arbeidsgiver (jf. forskriften § 2 første ledd nr. 3), er videreført av hensyn til å sikre ordnede og kontrollerbare lønns- og arbeidsvilkår. Det er likevel ikke noe til hinder for at vedkommende utlending kan ansettes i en såkalt bemanningsbedrift, så lenge det er tale om én arbeidsgiver. At arbeidet foregår hos ulike oppdragsgivere, er i denne sammenheng underordnet. Gjeldende lov og forskrift praktiseres slik at arbeid for bemanningsbedrifter er tillatt, men det må gis melding til politiet hver gang arbeidstaker skifter oppdragsgiver. Dette har blant annet sammenheng med at det i dag oftest stilles som vilkår at tillatelsen skal gjelde et bestemt arbeid og arbeidssted. Utvalget har foreslått at man i forskriften endrer dette til vilkår om "type arbeid" (se under), noe som skulle gjøre det unødvendig for bemanningsbedrifter å registrere hver enkelt endring av oppdrag, så lenge det er snakk om samme type arbeid.

7.6.9 Begrensninger i oppholdstillatelsens innhold

Gjeldende lov § 7 gir hjemmel til å begrense arbeidstillatelsens gyldighet til et bestemt arbeid og et bestemt arbeidssted eller til å fastsette andre begrensninger. Bestemmelsen gir videre hjemmel til å begrense retten til opphold til deler av riket. Det siste er etter hva utvalget forstår en hjemmel som praktisk talt ikke benyttes og som kan sløyfes. Av prinsipielle grunner bør man være tilbakeholdende med å innføre slike begrensninger.

Når utvalgets foreslår at adgangen til å ta arbeid kan begrenses til én type arbeid, i stedet for som nå til "et bestemt arbeid og arbeidssted", innebærer det en utvidelse av retten utlendingen har til å skifte arbeidsgiver. Utvalget begrunner dette dels med at utviklingen har gjort behovet for begrensninger i arbeidstillatelsene mindre, samt at mulighet til å skifte arbeidsgiver anses som et viktig bidrag til å styrke innvandreres stilling når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår.

Den opprinnelige begrunnelsen for å begrense arbeidstillatelser til et bestemt arbeid og arbeidssted, var knyttet til innvandringsstoppens dispensasjonsadgang. Innvandringsstoppen innebar i prinsippet en stopp i all arbeidsinnvandring, men med adgang til å gjøre unntak når det var absolutt nødvendig å skaffe tilveie en type kompetanse som ikke var tilgjengelig innenlands. Når dette var forutsetningen, var det ikke urimelig å knytte tillatelsen til et bestemt arbeid og en bestemt stilling.

I dag er imidlertid begrunnelsen for arbeidsinnvandring en litt annen. Arbeidsinnvandringen er i mindre grad et spørsmål om absolutt nødvendig nøkkelkompetanse, og i større grad begrunnet ut fra behovet for arbeidskraft i et arbeidsmarked der mange sektorer har hatt problemer med å skaffe nok arbeidskraft. Dette gjenspeiles blant annet i at det er blitt langt enklere å få tillatelse til å ta arbeid i Norge, blant annet som følge av kvoteordningene for fagutdannede og sesongarbeidere.

Utvalget vil også vise til at muligheten til å legge denne type restriksjoner på arbeidsinnvandrere er begrenset gjennom internasjonale avtaler Norge er bundet av (ILO-konvensjon 97 og 143). Konvensjonene er nærmere omtalt i kapittel 4.7.1.

Muligheten til å skifte jobb gir arbeidstakere en sterkere stilling. Utlendingsloven og arbeidsmiljøloven inneholder bestemmelser som skal verne arbeidstakere. Likevel kan det i mange tilfeller være betydelige psykologiske og praktiske kostnader ved å ta en konflikt med arbeidsgiver ved uenighet om lønns- og arbeidsvilkår. Myndighetenes mulighet til å avdekke brudd på vilkårene vil også være begrenset hvis arbeidstakeren ikke selv

melder fra. Utvalget vil også peke på at det å binde oppholdstillatelsene til arbeid hos en bestemt arbeidsgiver kan være lite gunstig i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

7.6.10 Rettigheter ved arbeidsledighet

Utvalget foreslår en hjemmel til å gi nærmere bestemmelser i forskrift om arbeidsinnvandreres rettigheter til fortsatt opphold for å søke arbeid, hvis vedkommende blir arbeidsledig. Utvalget vil vise til at Norge har folkerettslige forpliktelser i forhold til arbeidsinnvandreres rettigheter ved arbeidsledighet, gjennom ILO-konvensjon 143, der artikkel 8 nr. 1 forbyr statene å trekke tilbake en oppholdstillatelse på bakgrunn av arbeidsledighet alene.[33]

7.6.11 Forhåndstilsagn om tillatelse

Utvalget har valgt å gi en hjemmel til å gi forskrift om forhåndstilsagn om oppholdstillatelse. Bakgrunnen for forslaget er at utvalget har mottatt signaler om at det kan være behov for en mer fleksibel ordning når det gjelder oppholdstillatelser for russiske arbeidere i fiskeindustrien i Nord-Norge. Varierende råvaretilgang gjør at det kunne være gunstig å kunne gi et antall tillatelser på kort varsel til personer som tidligere har fått opplæring ved de aktuelle bedriftene.

Utvalget tenker seg at når et slikt tilsagn er gitt, skal tillatelse gis uten nærmere vurdering av annet enn de alminnelige vilkårene for oppholdstillatelse, jf. kapittel 5.

7.6.12 Oppholdstillatelse for selvstendig næringsdrivende

Utvalget anser at det også under en ny lov må åpnes for arbeidstillatelse for å drive selvstendig næringsvirksomhet i riket, jf. gjeldende utlendingsforskrift § 3 annet ledd bokstav c. Den nærmere regulering av dette oppholdsgrunnlaget bør etter utvalgets vurdering fortsatt fastsettes i forskriftsverket, men utvalget foreslår at det utformes et særskilt hjemmelsgrunnlag for slik forskriftsregulering i loven.

7.6.13 Oppholdstillatelse av hensyn til økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid eller utvikling

Selv om de store forskjellene mellom land når det gjelder levestandard, lønnsnivå mv. gjør det nødvendig med tiltak som gir innenlandsk arbeidskraft et visst vern mot åpen internasjonal konkurranse, innebærer ikke dette at det er like relevant å vurdere restriksjoner i forhold til alle former for innvandring som har sin basis i et arbeidsforhold.

Det vises til det som er beskrevet i kapittel 7.4.1.5 om at grunner som kan knyttes til økonomisk, vitenskaplig, religiøst og kulturelt samarbeid og utvikling, i mange ulike tilfeller danner grunnlag for arbeidstillatelse etter gjeldende regelverk.

Utvalget vil videreføre muligheten til å innvilge opphold i slike situasjoner som er dekket gjennom gjeldende forskriftsverk, og foreslår at det utformes en egen lovbestemmelse som gir særskilt hjemmel for å forskriftsregulere nettopp denne typen innvandringstilfeller. Den type tillatelser det her er tale om, bør imidlertid heller ikke under en ny lov kunne danne grunnlag for varig opphold i riket.

7.6.14 Arbeidsgivers plikter og ansvar. Tilsyn

Utlendingsforskriftens krav om lønns- og arbeidsvilkår i overenstemmelse med tariff, regulativ eller det som ellers er normalt i vedkommende yrke, skal utgjøre et vern mot sosial dumping.

Erfaringene fra senere tid reiser spørsmål om behov for administrative sanksjoner overfor arbeidsgiver som bryter forutsetningene for oppholdstillatelsen ved å gi vesentlig dårligere lønn- og arbeidsvilkår enn forutsatt. Det er registrert ulike metoder for å unnvike bestemmelsene om tarifflønn. Kjente problemer er akkordvilkår som gjør at bare svært dyktige arbeidere klarer å oppnå tarifflønnen. I andre tilfeller er timelønnen i overenstemmelse med akkord, men mengden arbeid betydelig mindre enn det utlendingen var forespeilet. Doble kontrakter forekommer, det vil si at utlendingsmyndighetene forevises andre vilkår enn dem som er avtalt med arbeidsgiver. Det er også registrert at enkelte bedrifter misbruker ordningen med midlertidige arbeidstillatelser. Når UDI etter en tid avslår søknad på grunnlag av for dårlig lønn, tilbys ikke utlendingen høyere lønn men må reise hjem. Bedriftene har da tatt inn nye søkere som får foreløpig tillatelse av politiet på grunnlag av den samme dårlige lønnen.

Det kreves i dag at arbeidsgiver utformer et konkret arbeidstilbud på fastsatt skjema eller at det er inngått arbeidsavtale. Dette må legges frem for

33. "On condition that he has resided legally in the territory for the purpose of employment, the migrant worker shall not be regarded as in an illegal or irregular situation by the mere fact of the loss of his employment, which shall not in itself imply the withdrawal of his authorisation of residence, or as the case may be, work permit."

myndighetene, som på denne bakgrunn vurderer om vilkårene er oppfylt. Skjemaet innholder blant annet spørsmål om lønn og arbeidstid. Hvis arbeidsgiver forsettlig eller uaktsomt gir vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, kan han straffes med hjemmel i gjeldende lov § 47 første ledd bokstav b. Strafferammen er bøter eller fengsel i inntil seks måneder. Dette forutsetter at myndighetene anmelder forholdet til politiet, og at saken forfølges gjennom rettsapparatet. Dette er ressurskrevende, og administrative virkemidler er derfor å foretrekke i de fleste tilfeller.

Hittil har man hatt begrensede muligheter til gjennom administrative sanksjoner å ramme arbeidsgivere som bryter vilkårene om lønn- og arbeidsforhold. Det foreligger en mulighet til å trekke tilbake oppholdstillatelsen,[34] men dette vil i første rekke ramme arbeidstakeren. En slik sanksjon vil ikke ha konsekvenser for behandlingen av en søknad neste gang noen søker om tillatelse for å ta arbeid hos vedkommende arbeidsgiver. Utvalget finner det lite heldig at myndighetene skal være tvunget til å innvilge søknader som gjelder arbeid hos en arbeidsgiver som klart og over tid har vist at han ikke respekterer forutsetningene for å innvilge tillatelsene.

Utvalget foreslår at utlendingsmyndighetene skal kunne nekte å innvilge oppholdstillatelse når søknaden gjelder arbeid hos en arbeidsgiver som grovt eller gjentatte ganger har brutt regler eller vilkår som skal verne om arbeidstakeres lønns- eller arbeidsvilkår i medhold av utlendingsloven eller arbeidsmiljøloven. Utvalget foreslår at et slikt vedtak skal gjelde for inntil to år. Det vises til lovutkastet § 37 annet ledd.

Utvalget har også vurdert om samme eller liknende sanksjoner bør kunne brukes overfor oppdragsgivere. Utvalget mener imidlertid at dette reiser for store problemer i forhold til hva det er rimelig å forvente at en oppdragsgiver skal kunne ha ansvar for eller informasjon om. Behovet for bestemmelser om oppdragsgiver vil for øvrig være noe mindre enn for arbeidsgivere siden muligheten til å engasjere utlendinger uten å påta seg arbeidsgiveransvar, er begrenset til arbeid av relativt kort varighet (maksimalt tre måneder). Utvalget vil også vise til at bestemmelsene i lovutkastet § 118 gir anledning til å straffeforfølge også andre enn arbeidsgiver, blant annet gjennom bestemmelsen i femte ledd om straffansvar ved medvirkning til brudd på bestemmelsene i utlendingsloven eller -forskriften.

[34] Oppholdstillatelsen vil være gitt i form av en "arbeidstillatelse" under gjeldende lov.

Som nevnt i kapittel 3.5.4.3 har Stortinget nylig vedtatt en bestemmelse om tilsynsplikt m.m. for Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet for så vidt gjelder overholdelse av vilkår for tillatelse i virksomhetene det føres tilsyn med, jf. gjeldende lov § 11a. Utvalget foreslår å videreføre innholdet i denne bestemmelsen i en ny lov. Det vises til lovutkastet §§ 37 første ledd og 94 annet ledd.

7.7 Utvalgets forslag til endringer av regelverket for det felles europeiske arbeidsmarkedet

Som deltaker i EØS-samarbeidet plikter Norge å tilpasse nasjonal rett til reglene for EUs indre marked. I utlendingsrettslig sammenheng er regelverket for fri bevegelighet av personer særlig relevant, men dette gjelder også til en viss grad reglene for fri bevegelighet av tjenester.

Den 29. april 2004 ble det vedtatt et nytt direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes område.[35] Forslaget erstatter de nåværende rettsakter om fri bevegelighet for EU-borgere. Direktivet er nærmere omtalt i kapittel 4.5.3.2. Som nevnt der, bygger det nye direktivet på EUs regler om "unionsborgerskap", som ble innført ved Maastricht-traktaten og som ikke er en del av EØS-avtalen. Norge må like fullt sies å være forpliktet i forhold til de deler av det nye direktivet som viderefører eksisterende rettsakter. Det er imidlertid ingen enkel sak å avgjøre hvilke deler av det nye direktivet som ikke er EØS-relevant. En rekke bestemmelser som tar utgangspunkt i "unionsborgeres" rett til fri bevegelighet, er i realiteten helt eller delvis gjengivelse av gjeldende EF-rett før Maastricht, og samsvarer dermed med EØS-avtalen. Idet utvalget avgir sin innstilling er spørsmålet om hvordan det nye direktivet skal tilpasses EØS-avtalen, gjenstand for behandling i EØS-komiteen.

Idet utvalget sluttfører sin innstilling er det ikke klart hva som vil bli resultatet av denne vurderingen, som ved siden av rent juridiske vurderinger også i noen grad beror på et politisk skjønn på EØS-nivå. Utvalget har derfor valgt å legge til grunn for lovforslaget rettstilstanden slik den fortsatt er i EØS. Utvalgets lovforslag er imidlertid utformet slik at det kan tilpasses det nye direktivet

[35] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF

uten særlige tekniske problemer. Utvalget foreslår likevel visse endringer som klargjør de norske gjennomføringsreglene på punkter der det nok også vil være behov for tilsvarende klarhet i forhold til det nye direktivet. Utvalget har videre vurdert enkelte innvendinger som EFTAs overvåkningsorgan har fremsatt mot de någjeldende reglene, og tatt de fleste av dem til følge. Også her vil de tilsvarende problemstillingene i stor utstrekning melde seg i forhold til det nye direktivet. Endringene er nærmere omtalt i spesialmotivene til lovutkastets kapittel 4.

Kapittel 8
Familieinnvandring

8.1 Nøkkeltall

Retten til å få opphold i Norge som familiemedlem til en norsk eller utenlandsk borger (referanseperson) som er bosatt eller skal bosette seg i riket, er i tallmessig sammenheng det viktigste grunnlaget for varig innvandring til Norge.

I 2003 ble det totalt sett innvilget 10469 oppholdstillatelser i henhold til regelverket om familieinnvandring.[1] Til sammenligning ble det innvilget 1142 tillatelser som kunne danne grunnlag for bosettingstillatelse i henhold til regelverket om arbeidsinnvandring, og det ble samlet sett innvilget 5190 tillatelser til asylsøkere og overføringsflyktninger.

Tabell 8.1 viser antallet personer som har fått opphold i Norge gjennom familieinnvandring i årene 1994-2003.

Variasjonen i antallet tillatelser som er innvilget i det enkelte år, har til en viss grad også sammenheng med variasjoner i antall behandlede saker pr. år. For eksempel økte restansene i Utlendingsdirektoratet kraftig i 2000, slik at den store økningen i antallet innvilgede oppholdstillatelser fra 2000 til 2001 og 2002, for en stor del skyldtes nedbygging av restanser.

Den største gruppen familieinnvandringssaker vurdert etter referansepersonens oppholdsgrunnlag, gjelder saker hvor referansepersonen er norsk borger (6261 saker i 2002). Den nest største gruppen tilfeller gjelder saker hvor referansepersonen har fått opphold av humanitære grunner uten at vedkommende ennå har fått innvilget bosettingstillatelse (3852 saker i 2002[2]). I praksis vil denne siste gruppen i nesten alle tilfeller gjelde referansepersoner som har fått opphold på grunnlag av en søknad om asyl.

De 8 største nasjonalitetsgruppene når det gjaldt familieinnvandring i 2002, var:

Irak	1786
Somalia	1737
Thailand	939
Russland	929
Pakistan	599
Afghanistan	523
Tyrkia	505
Jugoslavia	502

Til sammen representerte de åtte nasjonalitetsgruppene 53 prosent av all familieinnvandring til Norge i 2002.

Det er videre en klar sammenheng mellom hvilke nasjonalitetsgrupper som er høyt representert i familieinnvandringsstatistikken, og hvilke

1. Kun svært få av familieinnvandringstillatelsene gis uten mulighet for varig opphold.

2. Tall som viser forholdet mellom familieinnvandringen og referansepersonens oppholdsgrunnlag foreligger ikke for 2003, og det er grunn til å påpeke at tallene for 2002 gjelder situasjonen slik den var før departementet foretok en innskjerping av underholdskravet 01.05.2003.

Tabell 8.1 Antall innvilgede tillatelser 1994-2003

1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
2894	8745	8421	9630	9854	11458	7488	13181	14200	10469

Tabell 8.2 Antall tillatelser innvilget i 2002, fordelt etter referansepersonens status[a]

Norsk	Nordisk	Utlending m/bos	Utlending m/ grl. bos[b]	Overførings-flyktning	Asyl	Opphold på humanitært grunnlag	Annet
6261	143	1221	1834	258	150	3852	481

a. Merk at dersom en utlending som har fått opphold på grunnlag av en søknad om asyl, senere er innvilget statsborgerskap eller bosettingstillatelse, vil vedkommende være registret som referanseperson under kategorien "Norsk" eller "Utlending m/bos".
b. Her inngår ikke utlending som har tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse dersom opphold er gitt etter utlendingsloven § 8 annet ledd

som er høyt representert i asylsøkerstatistikken. Både Irak, Somalia, Russland og Afghanistan var blant de fem største nasjonalitetsgruppene i asylsøkerstatistikken i 2002, og det var i forhold til disse fire nasjonalitetsgruppene at det ble innvilget flest tillatelser i asylsaker.

I de sakene som gjaldt Irak, Somalia og Afghanistan (4046 saker), hadde referansepersonen fått opphold etter en asylsøknad uten foreløpig å ha fått innvilget bosettingstillatelse i 78 prosent av sakene (3167 saker).[3] Dette indikerer også at de fleste tilfellene gjaldt gjenforening av allerede etablerte familier. Kun i 6 prosent av sakene (252 saker) var referansepersonen norsk borger.[4] I de sakene som gjaldt Russland, Jugoslavia, Thailand, Pakistan og Tyrkia (3474 saker), var referansepersonen norsk borger i 59 prosent av sakene (2061 saker). Kun i 11 prosent av sakene (373 saker) hadde referansepersonen fått opphold av humanitære grunner uten foreløpig å ha fått innvilget bosettingstillatelse. Tallene indikerer tydelig at de fleste tilfellene gjaldt familieinnvandring med grunnlag i nystiftede ekteskap.

Den største gruppen av familiemedlemmer som får opphold, er ektefeller eller mindreårige barn. Av de 14200 personene som fikk opphold gjennom familieinnvandring i 2002, var hele 13338 (94 prosent) enten ektefelle eller mindreårig barn av herboende referanseperson. Det er ingen større forskjeller mellom de ulike nasjonalitetsgruppene på dette punkt.

De åtte største nasjonalitetsgruppene når det gjaldt familieinnvandring i 2003, var:

Irak	940
Russland	797
Thailand	780
Somalia	652
Pakistan	518
Tyrkia	445
Filippinene	396
Afghanistan	387

Som nevnt finnes ikke tilgjengelige tall for 2003 som kan vise sammenhengen mellom familieinnvandringen og referansepersonens status. Det er likevel av interesse å merke seg at det har skjedd en markert nedgang i antallet innvandringstilfeller knyttet til de nasjonalitetsgruppene som ligger høyt på asylsøkerstatistikken.[5] Dette kan ha en sammenheng med at reglene om underholdskrav ble strammet inn fra 01.05.2003.

3. 1315 saker for Irak, 1390 saker for Somalia og 462 saker for Afghanistan.
4. 141 saker for Irak, 104 saker for Somalia og 7 saker for Afghanistan.

8.2 Oversikt over gjeldende rett

8.2.1 Hovedbestemmelsene om familieinnvandring

Hovedbestemmelsen om familieinnvandring finnes i utlendingsloven § 9, som lyder:

> "De nærmeste familiemedlemmene til norsk eller nordisk borger som er bosatt i riket eller til utlending som har eller får lovlig opphold i riket med arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse uten begrensninger, har etter søknad rett til arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse dersom det ikke foreligger omstendigheter som nevnt i § 8 første ledd nr. 3. Som hovedregel må underhold være sikret. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.
>
> Kongen kan fastsette ved forskrift hvem som skal betraktes som nærmeste familiemedlemmer etter denne paragrafen og kan gi regler om arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse til de nærmeste familiemedlemmene til utlending hvis opphold er forutsatt ikke å bli varig."

Som nevnt i kapittel 6.1.1.2 fastsetter videre utlendingsloven § 17 tredje ledd at en flyktnings ektefelle eller samboer og barn under 18 år uten ektefelle eller samboer har rett til asyl dersom ikke særlige grunner taler mot det.

Endelig åpner den generelle unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd for at tillatelser kan innvilges utenfor rammen av §§ 9 og 17 tredje ledd.

Med hjemmel i ovennevnte lovbestemmelser, er det gitt nærmere forskriftsbestemmelser av kasuistisk karakter i utlendingsforskriften §§ 22 til 24.

I forskriften § 23 første ledd er det angitt hvilke familiemedlemmer som har rett til opphold. Etter nærmere regler er det følgende kategorier som har en slik rett til opphold:

- ektefelle
- samboer gjennom 2 år
- mindreårige barn
- foreldre til mindreårige barn

I utlendingsforskriften § 24 første ledd er det angitt enkelte kategorier av familiemedlemmer utenfor den aller nærmeste familien som "kan" gis opphold, og i utlendingsforskriften § 24 annet ledd er det gitt en generell hjemmel for å gi tillatelse "[n]år sterke menneskelige hensyn taler for det".

5. For Irak er antallet falt fra 1786 i 2002 til 940 i 2003. For Somalia er tallet falt fra 1737 i 2002 652 i 2003, og for Afghanistan har reduksjonen vært fra 510 til 387.

8.2.2 Hvilke familiemedlemmer som har rett til opphold

8.2.2.1 Ektefelle

Retten til opphold for ektefeller er fastsatt i utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a. Bestemmelsen lyder:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> a) ektefelle. Begge parter må være over 18 år, med mindre ekteskapet er inngått i Norge. Det er et vilkår at ektefellene skal bo sammen. Den som får opphold i riket etter å ha inngått lovlig ekteskap med flere, kan bare regne én som ektefelle. Den som har opphold i riket og inngår lovlig ekteskap i utlandet med mer enn én, kan bare regne den først ektede som ektefelle. Den som har opphold i riket og inngår lovlig ekteskap i utlandet med en som er gift, kan ikke regne vedkommende som ektefelle."

Også inngått partnerskap mellom to personer av samme kjønn vil gi rett til opphold, jf. lov om registrert partnerskap av 30.04.1993 nr. 40 § 3, som fastsetter at bestemmelser i norsk lovgivning som omhandler ekteskap og ektefeller gjelder tilsvarende for registrert partnerskap og registrerte partnere.

Det er ikke noe vilkår at partene tidligere har bodd sammen eller at de var gift før referansepersonen tok opphold i Norge.

Ekteskap inngått i utlandet vil gi samme rett til opphold som ekteskap inngått i Norge, også dersom det er inngått etter at referansepersonen tok opphold i riket.

8.2.2.2 Samboer

Retten til opphold for samboer er fastsatt i utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav b. Bestemmelsen lyder:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> b) samboer. Begge parter må være over 18 år, ha bodd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år og akte å fortsette samlivet. Det er et vilkår at ingen av partene er gift".

Heller ikke i forhold til denne bestemmelsen er det et vilkår at partene er av ulikt kjønn. Også samboerskap mellom to personer av samme kjønn vil derfor gi rett til opphold.

Selv om samboerforholdet ikke har vart i to år, kan det på nærmere angitte vilkår gis opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav b.[6]

8.2.2.3 Barn

Hvem som skal anses som "barn" i forhold til rettighetsbestemmelsene i utlendingsforskriften § 23, er nærmere definert i § 23 annet ledd:

> "Barn vil si person under 18 år uten ektefelle eller samboer. 18-årsgrensen anses overholdt når søknad med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, er innkommet til vedtaksmyndigheten innen 18-årsdagen. Dersom søknaden avgjøres etter dette tidspunktet, vurderes underholdskravet i forhold til 18-årsdagen."

Bestemmelsene om rett til opphold for barn med begge foreldre i riket, er inntatt i forskriften § 23 bokstav c og d. Disse bestemmenlsene lyder som følger:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> c) barn, jfr. annet ledd, når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket,
> d) barn, jfr. annet ledd, som blir adoptert etter utenlandsk lov eller vil bli adoptert etter lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon, når foreldrene regnes som bosatt i riket. Samtykke må være gitt av Statens adopsjonskontor før barnet er innreist i riket".

En særskilt bestemmelse er inntatt i § 23 første ledd bokstav f, i forhold til barn av foreldre som er borger av et land som har tiltrådt Den europeiske sosialpakt 18.10.1961:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> f) forsørget barn under 21 år uten ektefelle eller samboer, av utlending som er borger av et land som har tiltrådt Den europeiske sosialpakt 18. oktober 1961, når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket".

Bestemmelsen oppfyller en norsk forpliktelse som følger av sosialpakten artikkel 19 nr. 6.

I utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav e, er det inntatt en bestemmelse om retten til opphold for barn som har én av foreldrene i riket:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> e) barn, jfr. annet ledd, når bare én av foreldrene bor i riket, med mindre hensynet til barnets beste taler mot at det får opphold her. Det er et vilkår at herboende har (del i) foreldreansvaret. Er foreldreansvaret delt, må samtykke

6. Jf. rundskriv UDI 02-91

som hovedregel foreligge fra den andre av foreldrene. Barn over 12 år skal gis anledning til å uttale seg. Dersom herboende har mer enn én ektefelle, kan oppholdstillatelse bare gis til mer enn ett barn når de er helsøsken".

8.2.2.4 Foreldre

Retten til opphold for foreldre til barn som nevnt i forskriften § 23 tredje ledd, er regulert i forskriften § 23 første ledd bokstav g til j.

Bestemmelsen i § 23 første ledd bokstav g gjelder retten til opphold for foreldre til barn som har flyktningstatus eller som barn som har blitt tatt ut som overføringsflyktninger uten å ha blitt tilkjent flyktningstatus:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> g) foreldre til barn, jfr. annet ledd, med opphold i riket etter lovens §§ 17 eller 22, når foreldrene er gift eller samboere, og søsken under 18 år uten ektefelle eller samboer, når disse bor sammen med foreldrene. Det er et vilkår at søkerne skal bo sammen med herboende".

Bakgrunnen for at det foreligger en rett til familiegjenforening i Norge i disse tilfellene, er at det nesten alltid vil være umulig for familien å gjenforenes i hjemlandet, jf. at situasjonen i hjemlandet har blitt vurdert så alvorlig at referansepersonen - som i dette tilfellet er en enslig mindreårig - har fått asyl og/eller har blitt tatt ut som overføringsflyktning.

Når det gjelder barn som har fått opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd eller etter andre bestemmelser i loven, foreligger det imidlertid ingen rett til familiegjenforening for foreldrene. I disse tilfellene må familiegjenforening søkes etter "kan-bestemmelsen" i utlendingsforskriften § 24 annet ledd, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd. Bakgrunnen for at det ikke foreligger en rett til familiegjenforening i disse tilfellene, er todelt. For det første anses utgangspunktet å være at enslige mindreårige som ikke har behov for beskyttelse bør gjenforenes med sine foreldre i hjemlandet dersom dette er mulig. Ofte vil selve grunnlaget for at den enslig mindreårige har fått opphold, nettopp være at man ikke har klart å oppspore vedkommendes foreldre. Når foreldrene eventuelt blir lokalisert, er det ikke alltid verken nødvendig eller uten videre til barnets beste at gjenforeningen skjer i Norge. For det andre ønsker man å motvirke at foreldre sender sine barn alene som asylsøkere til vestlige land, for deretter å utnytte barnet som "ankerfeste" for egne søknader om familiegjenforening.

Retten til opphold for enslig mor eller far til barn som er i samme situasjon som nevnt i bokstav g, er regulert i forskriften § 23 første ledd bokstav h. Bestemmelsen lyder:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> h) enslig mor eller far til barn som nevnt i bokstav g, og søsken under 18 år uten ektefelle eller samboer, når disse bor sammen med vedkommende mor eller far. Det er et vilkår at søkerne skal bo sammen med herboende. Den av foreldrene som hadde foreldreansvar og som barnet bodde fast sammen med i hjemlandet, har fortrinnsrett til opphold i Norge."

Retten til opphold for forelder til barn som er norsk borger, er regulert i utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav i:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> i) mor eller far til norsk barn, jf. annet ledd, som søkeren har foreldreansvar for og som bor fast sammen med søkeren. Det er et vilkår at søkeren ikke har ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise i riket".

I utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav j er det inntatt en bestemmelse om opphold på grunnlag av samvær med barn bosatt i riket:

> "Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:
> [ ]
> j) "mor eller far til barn, jf. annet ledd, med opphold i riket sammen med den andre av foreldrene, som har foreldreansvar og som barnet bor fast sammen med. Det er et vilkår at søkeren har oppholdt seg i riket med tillatelse det siste året, dokumenterer samværsrett av et visst omfang og oppfyller denne retten."

Som det følger av vilkåret om at søkeren har oppholdt seg i riket med tillatelse det siste året, er dette i realiteten en bestemmelse om fornyelse av oppholdstillatelse på nytt grunnlag, og ikke en bestemmelse om første gangs oppholdstillatelse.

8.2.3 Hvem som kan gis opphold

Med hjemmel i utlendingsloven § 8 annet ledd er det gitt bestemmelser i utlendingsforskriften § 24 om hvilke familiemedlemmer som kan gis opphold, uten at de har krav på det i medhold av utlendingsloven § 9, jf. utlendingsforskriften § 23.

I utlendingsforskriften § 24 første ledd er det fastsatt at opphold kan gis til utlending som har "særlig tilknytning til riket", som er det ene av de to kriteriene som er nevnt i loven § 8 annet ledd.

Vilkåret for opphold etter denne "kan-bestemmelsen", er at referansepersonen er norsk eller nordisk borger bosatt i riket, eller utlending som har eller får lovlig opphold i riket med bosettingstillatelse eller tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, eller som har opphold i medhold av ordningen med kollektiv beskyttelse, jf. utlendingsforskriften § 21a. I utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav a til g er det regnet opp hvilke grupper av søkere som uten videre skal anses å ha særlig tilknytning til riket:

a) søker som skal inngå ekteskap med herboende etter innreisen. Det er et vilkår at begge parter er over 18 år, og det må dokumenteres at det ikke foreligger hindringer for å inngå ekteskap,
b) samboer, når partene har eller venter barn sammen, eller har bodd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år og det foreligger varige hindringer for å oppfylle vilkåret i § 23 første ledd bokstav b om at ingen av partene er gift. Det er et vilkår at begge parter er over 18 år og akter å fortsette samlivet,
c) mor eller far over 60 år uten ektefelle, samboer eller slektninger i opp- eller nedstigende linje i hjemlandet, og i særlige tilfeller begge foreldre i samme situasjon. Det er et vilkår at herboende må antas å ha et særlig ansvar for vedkommende,
d) barn mellom 18 og 21 år uten ektefelle eller samboer, når søkeren tidligere har hatt langvarig opphold i riket med tillatelse,
e) forsørget barn over 18 år uten ektefelle eller samboer, når vedkommende er eller blir igjen i hjemlandet uten foreldre eller søsken som er over 18 år eller gift, eller når det godtgjøres at vedkommende av medisinske grunner er helt avhengig av personlig omsorg fra herboende foreldre,
f) fosterbarn, jf. § 23 annet ledd, når det godtgjøres at barnet er etablert medlem av husstanden og at de som utøver foreldreansvaret over barnet, rettmessig gjør dette i henhold til hjemlandets lovgivning. Når barnets biologiske foreldre er i live, må det fremlegges dokumentasjon som bekrefter at foreldreansvaret er overført. Norsk barnevernmyndighet må ha godkjent fosterhjemmet eller foreta en slik godkjenning etter ankomst,
g) helsøsken under 18 år uten mor, far eller annen omsorgsperson i hjemlandet eller oppholdslandet og uten mor eller far i annet land. Det er et vilkår at herboende er egnet som omsorgsperson. Uttalelse om dette skal om mulig innhentes fra barneverntjenesten i den kommunen der herboende er bosatt.

For dem som faller utenfor disse gruppene er det gitt en bestemmelse i utlendingsforskriften § 24 annet ledd første punktum, hvor det heter:

> "Når sterke menneskelige hensyn taler for det, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse i medhold av lovens § 8 annet ledd også gis til familiemedlem o.l. som ikke faller inn under første ledd eller § 23."

Bestemmelsene i utlendingsforskriften § 24 første og annet ledd er "kan-bestemmelser", og ikke rettighetsbestemmelser slik som utlendingsforskriften § 23. Praksis i henhold til disse unntaksbestemmelsene er restriktiv. Det legges betydelig vekt på innvandringspolitiske hensyn og dels legges det vekt på blant annet ressurs-, tids- og kostnadsmessige hensyn.

En særskilt bestemmelse om oppholdstillatelse av inntil ni måneders varighet for foreldre, finnes i utlendingsforskriften § 24 fjerde ledd:

> "Oppholdstillatelse av inntil ni måneders varighet kan gis til foreldre som har særlig tilknytning til riket gjennom barn som fyller kravene til hovedperson i første ledd, når formålet med oppholdet er å besøke familien. [ ]"

Denne bestemmelsen er snarere å regne som en bestemmelse om utvidet besøksvisumperiode for foreldre enn som en bestemmelse om familiegjenforening, jf. forutsetningen om at foreldrene skal returnere etter visumperiodens utløp, og at tillatelsen ikke gir rett til arbeid.

8.2.4 Krav til underhold og bolig

Hovedregelen i familieinnvandringstilfellene er at det gjelder et krav om sikret underhold for den perioden tillatelsen skal gjelde, jf. utlendingsloven § 9 første ledd annet punktum og utlendingsforskriften § 25 første ledd.

Hvilke inntekter, ytelser mv. som kan tjene til å sikre søkerens underhold, er nærmere regulert i utlendingsforskriften § 25 annet ledd, jf. utlendingsforskriften § 19. Utgangspunktet er at underholdskravet kan oppfylles ved arbeidsinntekt, egne midler, trygdeytelser, eventuelt en kombinasjon av forskjellig type inntekt. Sosialstøtte kan ikke medregnes ved beregningen av forsørgerevne. Stønad gjennom introduksjonsordningen for nyankomne innvandrere vil derimot bli medregnet.[7] Når det gjelder størrelsen på underholdskravet, kreves det

7. Kr. 113.722 pr. 31.12.03.

i praksis at partene er sikret midler tilsvarende lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ.[8]

Gjennom utlendingsforskriften § 25 tredje til femte ledd er det fastsatt en rekke unntak fra hovedregelen. Det stilles ikke krav om sikret underhold dersom søkeren er:

- ektefelle, samboer eller barn til person som har fått innvilget asyl eller er overføringsflyktning. Ekteskapet må være inngått før herboende referanseperson reiste inn i riket og fremmet søknad om asyl.
- ektefelle, samboer eller barn av nordisk borger som har bodd i Norge de siste tre årene. Partene må også ha vært gift eller samboere i minst tre år.
- ektefelle, samboer eller barn av utlending med bosettingstillatelse. Partene må også ha vært gift eller samboere i minst tre år.
- foreldre eller søsken under 18 år til et barn som er overføringsflyktning eller som har asylstatus i Norge.
- forelder som har foreldreansvar og bor fast sammen med norsk barn.
- foreldre som utøver samværsrett med barn bosatt i Norge sammen med den andre av foreldrene.

Det kan dessuten gjøres unntak fra underholdskravet dersom:

- søkeren er ektefelle eller samboer til norsk borger og partene er over 23 år.
- søkeren er barn til norsk borger.
- det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn.

Dersom referansepersonen har opphold gjennom ordningen med kollektiv beskyttelse, er det for øvrig fastsatt at det som hovedregel skal gjøres unntak fra underholdskravet.

I de tilfeller hvor søkeren har rett til opphold som en av referansepersonens nærmeste familiemedlemmer, jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23, gjelder det ikke noe krav om sikret bolig. Dersom søkeren vurderes i forhold til bestemmelsen i utlendingsforskriften § 24, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd, skal bolig som hovedregel være sikret etter bestemmelsene i utlendingsforskriften § 20, jf. § 24 annet ledd, tredje punktum.

8.2.5 Saksbehandlingsregler

Første gangs arbeidstillatelse og oppholdstillatelse må som hovedregel være gitt før innreise, jf. utlendingsloven § 6 femte og sjuende ledd, jf. utlendingsforskriften § 10 første ledd. Dersom søkeren ikke allerede har oppholdstillatelse i riket på annet grunnlag, skal derfor en søknad om opphold fremmes ved norsk utenriksstasjon, jf. utlendingsforskriften § 11 annet ledd.

Det følger imidlertid av utlendingsforskriften § 10 annet ledd, jf. utlendingsloven § 6 sjette og sjuende ledd, at søknad om opphold på grunn av familietilknytning i visse tilfeller kan fremsettes fra riket, jf. annet ledd bokstav b og bokstavene d til h. Unntakene omfatter de fleste tilfeller hvor søkeren har rett til opphold etter utlendingsloven § 9, jf. utlendingsforskriften § 22 jf. § 23, og søknader om opphold for foreldre etter forskriften § 24 fjerde ledd.

Visumpliktig utlending som oppfyller vilkårene for å søke fra riket i medhold av utlendingsforskriften § 10 annet ledd, må eventuelt søke visum for innreise for å kunne benytte denne retten. Med hjemmel i utlendingsloven § 25 er det i utlendingsforskriften § 106 annet ledd gitt en hjemmel for at direktoratet kan fastsette nærmere retningslinjer for utstedelse av visum i disse tilfellene. Slike retningslinjer er gitt i Rundskriv UDI 2003-15 OPA. Rundskrivet regulerer utenriksstasjonenes adgang til å gi utlendinger et begrenset innreisevisum (type D) for å fremme søknad om familiegjenforening i Norge eller å for å avvente utfallet av en allerede fremsatt søknad. Det fremgår av rundskrivet at en av hovedhensiktene bak ordningen med innreisevisum er å kanalisere saker ut av Utlendingsdirektoratet der politiet har vedtakskompetanse. Innreisevium skal derfor bare gis i de tilfellene hvor søknaden fremstår som så utvilsom at politiet kan innvilge den etter at søker er kommet til riket, jf. forskriften § 13 annet ledd bokstav e og f. Innreisevisum kan videre kun gis dersom søkeren er:

- ektefelle til norsk borger som er bosatt, eller har til hensikt å bosette seg i Norge; eller
- ektefelle til nordisk borger bosatt i riket de tre siste årene, og partene har vært gift i minst tre år.
- barn som ektefellene har sammen, jf. forskriften § 23 første ledd bokstav c, og som skal reise sammen med søkeren. Særkullsbarn er ikke omfattet av ordningen.

For øvrig fremgår det blant annet av direktoratets rundskriv at et innreisevisum bare skal utstedes i helt spesielle tilfeller dersom søknaden er fremmet fra et land hvor det erfaringsmessig knytter seg store problemer til identitet og øvrig dokumentasjon.

8. Kr. 161.000 pr. 31.12.03.

Søknader i henhold til utlendingsforskriften § 24 første og annet ledd må fremsettes fra norsk utenriksstasjon.

Utlendingsforskriften § 10 femte ledd åpner for at det mer generelt, dvs. når sterke rimelighetsgrunner tilsier det, kan gjøres unntak fra kravet om at første gangs arbeids- og oppholdstillatelse må være gitt før innreise. Unntaket kan enten gå ut på at søknaden tillates fremsatt av søkeren fra riket, eller at søknaden tillates fremsatt av referansepersonen. Unntaksbestemmelsen får imidlertid bare anvendelse i helt særskilte tilfeller.

8.2.6 Krav om lovlig opphold for å inngå ekteskap

Det følger av lov om ekteskap 04.07.1991 nr. 47 § 5a at en utenlandsk statsborger må ha lovlig opphold i Norge for å inngå ekteskap i riket.

Vilkåret om lovlig opphold for å inngå ekteskap skal motvirke at utlendinger som ulovlig tar seg inn i landet, eller som for øvrig oppholder seg her ulovlig, skal ha mulighet for å etablere et oppholdsgrunnlag gjennom ekteskap mens de fortsatt oppholder seg her ulovlig. Vilkåret om lovlig opphold etter ekteskapsloven skal i denne sammenheng også motvirke inngåelse av proformaekteskap som er motivert av et ønske om å få lovlig opphold i riket.

Utlendingsdirektoratets tolkning av hva som er "lovlig opphold" i ekteskapslovens forstand, fremgår av rundskriv 02-80 SODA. En asylsøker anses å ha lovlig opphold inntil det eventuelt foreligger et avslag på søknaden fra Utlendingsdirektoratet. Dersom søkeren har påklaget vedtaket og har fått adgang til å oppholde seg i riket inntil klagesaken er avgjort, har vedkommende lovlig opphold frem til dato for eventuelt avslag i klageinstansen. Tilsvarende gjelder dersom søkeren har reist søksmål for domstolene.

Det bemerkes for øvrig at dersom en lovlig vigsel er foretatt på tross av at søkeren ikke oppfylte ekteskapslovens betingelse om lovlig opphold i riket, skal søkeren i henhold til direktoratets rundskriv likevel gis rett til å fremsette søknad om opphold i medhold av utlendingsforskriften § 10.[9]

8.2.7 Varighet og innhold av oppholdstillatelse for familiemedlem

En tillatelse til opphold på grunnlag av familietilknytning gis normalt for ett år, jf. utlendingsforskriften § 15 fjerde ledd, jf. utlendingsloven § 7. Varigheten av tillatelsen skal imidlertid ikke overstige utløpet av tillatelsen til referansepersonen, jf. § 15 sjette ledd.

Det vises for øvrig til den særskilte ordningen med inntil ni måneders oppholdstillatelse til foreldre som skal besøke barn i riket, jf. § 24 fjerde ledd.

En oppholdstillatelse for et familiemedlem gir som hovedregel også rett til arbeidstillatelse dersom vilkårene i utlendingsforskriften § 2 tredje ledd er oppfylt.

Et vilkår for at oppholdstillatelsen skal danne grunnlag for bosettingstillatelse, er at også referansepersonens oppholdstillatelse danner grunnlag for bosettingstillatelse, jf. utlendingsforskriften § 22 annet ledd. Utenfor rettighetsbestemmelsene kan det videre fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for bosettingstillatelse dersom behovet er midlertidig eller andre særlige grunner tilsier det, jf. utlendingsforskriften § 24 femte ledd.

8.2.8 Fornyelse av tillatelser til familiemedlem

Reglene om utlendingens rett til fornyelse av tillatelse gitt på grunnlag av familietilknytning, følger av utlendingsloven § 11, jf. utlendingsforskriften §§ 32 og 37.

Utgangspunktet er at det foreligger en rett til fornyelse av tillatelsen dersom det grunnlag tillatelsen ble gitt på, fortsatt er til stede. Det stilles som hovedregel ikke noe krav om sikret underhold ved fornyelse.

Dersom det samlivet som ga grunnlag for at søkeren ble innvilget oppholdstillatelse er opphørt, foreligger det likevel en rett til ny tillatelse dersom søkeren er en kvinne og har blitt utsatt for mishandling i samlivet, jf. utlendingsforskriften § 37 sjette ledd annet punktum. Tilsvarende gjelder etter utlendingsforskriften § 37 sjuende ledd dersom et ekteskap blir kjent ugyldig fordi det er inngått ved tvang, jf. ekteskapsloven § 16 tredje ledd, og søkeren ikke har utøvd eller medvirket til å utøve tvangen. Dersom søksmål i et slikt tilfelle er reist uten at det foreligger rettskraftig avgjørelse, gis tillatelse for seks måneder av gangen inntil rettskraftig avgjørelse foreligger.

Det kan også ellers gis rett til ny oppholdstillatelse selv om grunnlaget for den opprinnelige tillatelsen er bortfalt, dersom "sterke menneskelige

9. Det fremgår imidlertid at det i disse tilfeller ikke bør gjøres unntak fra underholdskravet. For øvrig kan tillegges at dersom søkeren hadde ulovlig opphold, vil det selvsagt kunne bli snakk om utvisning eller avslag på søknad om familiegjenforening under henvisning til dette forhold, jf. utlendingsloven § 9, jf. utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3

hensyn taler for det eller utlendingen har særlig tilknytning til riket", jf. utlendingsforskriften § 21 femte ledd, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd. I utlendingsforskriften § 37 sjette ledd første punktum er det presisert at slik tillatelse kan gis en kvinne dersom grunnlaget for den opprinnelige tillatelsen er bortfalt på grunn av samlivsbrudd, og kvinnen vil møte urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der.

8.3 Internasjonale forpliktelser

8.3.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) inneholder en bestemmelse om rett til respekt for privat- og familielivet i EMK artikkel 8, som i norsk oversettelse lyder:

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte mot helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Når EMK artikkel 8 skal tolkes, må det innledningsvis presiseres at et inngrep i retten til respekt for familielivet ikke nødvendigvis innebærer noen krenkelse av konvensjonen. En stat kan i realiteten foreta en rekke inngrep på området for artikkel 8 uten å krenke folkeretten. Grensene for lovgivers frihet må derfor defineres ved at artikkel 8 punkt 1 og punkt 2 ses i sammenheng. I punkt 2 er det forutsatt at et inngrep etter omstendighetene kan godtas etter EMK hvis formålet med inngrepet er legitimt og det har et tilstrekkelig klart rettslig grunnlag. At staten ønsker å regulere innvandringen i samsvar med samfunnets interesser totalt sett, og herunder fremme landets velferd og økonomi, vil bli akseptert som et legitimt formål uten nærmere undersøkelser fra Menneskerettsdomstolen. En lovregulert adgang til familieinnvandring slik som i gjeldende norsk lovgivning, vil i utgangspunktet fullt ut tilfredsstille kravet til hjemmel. Det er det tredje kravet som skaper behov for en særskilt vurdering, nemlig kravet om at det konkrete inngrepet må kunne anses som "nødvendig i et demokratisk samfunn". Det avgjørende her er at staten benytter akseptable virkemidler for å oppnå formålet (forholdsmessighet). Dette er et sammensatt og skjønnspreget tema, hvor det avgjørende langt på vei er hva Menneskerettsdomstolen på et gitt tidspunkt finner samfunnsmessig og menneskerettslig sett rimelig og hensiktsmessig, i lys av rettsutviklingen og samfunnsutviklingen for øvrig.

Selv om EMK først og fremst beskytter mot adskillelse av familier som allerede eksisterer som en enhet, kan det heller ikke utelukkes at et avslag på en søknad om innreise for det formål å etablere et familieliv mellom voksne vil kunne innebære et inngrep i konvensjonens forstand. Dette fremgår blant annet av Menneskerettsdomstolens fortolkning av artikkel 8 i Abdulaziz-saken (1985).[10] Der ble det på den ene side referert til en sak fra 1979 (Marckx) hvor det var lagt til grunn at retten til respekt for familielivet forutsetter et eksisterende familieliv. På den annen side ble det fremholdt at dette ikke innebærer at alt intendert familieliv ("intended family life") faller utenfor. Et lovlig og seriøst ekteskap vil i seg selv konstituere et familieliv, selv om det rent faktisk foreløpig ikke eksisterer noe fast eller etablert samliv.

Det gjelder imidlertid ingen universell rett til familieinnvandring, og enda mindre en ubetinget generell rett til å innvandre til et annet land. På denne bakgrunn har Menneskerettsdomstolen utviklet en lære om at EMK artikkel 8 ikke gir rett til familieinnvandring hvis det med rimelighet kan kreves at familielivet alternativt kan utøves i et annet land, typisk i hjemlandet til en av kjernefamiliens voksne medlemmer. Eller som det har vært uttrykt av Menneskerettsdomstolen:

> "Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect immigrants choice of the country of their matrimorial residence and to authorise family reunion in its territory".[11]

I forholdsmessighetsvurderingen blir det dessuten en viktig gradsforskjell mellom tilfeller av familiegjenforening i egenlig forstand og tilfeller som gjelder nyetablerte ekteskap. Nyetablerte eller potensielle familier nyter forutsetningsvis mindre vern enn fast etablerte familier, jf. Menneskerettsdomstolens uttalelser i Abdulazis:

> "The Court observes that the present proceedings do not relate to immigrants who already had a family which they left behind in another country until they had achieved settled status in the United Kingdom. It was only after beco-

10. Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot UK, ref. nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81
11. Ahmut mot Nederland (1996), ref. nr. 21702/93, avsnitt 67

ming settled in the United Kingdom, as singel persons, that the applicants contracted marriage."

Hvor langt vernet reelt sett strekker seg i forhold til ekteskap som først er stiftet etter at referansepersonen fikk opphold i medlemsstaten, er usikkert. Det som sies i det følgende refererer seg derfor i første rekke til gjenforening av allerede etablerte familier.

Hvis familien rettslig og faktisk har mulighet til å forenes i et annet land, skal det svært mye til før det å nekte rett til familieinnvandring vil bli ansett som et uforholdsmessig inngrep i familielivet. At familien får en lavere levestandard enn den ville kunne hatt i et medlemsland tilsluttet EMK, er ikke nok til at inngrepet skal anses som uforholdsmessig, jf. EMK artikkel 8 punkt 2. En kan si at det i alle fall er en grunnforutsetning at det i praksis ikke finnes alternative bosettingsmuligheter for familien som enhet. I denne sammenheng kan det også bemerkes at det er blitt vektlagt i disfavør av individet at familien er splittet som følge av foreldrenes frivillige valg, for eksempel ved at far eller mor har valgt å benytte seg av studie- eller jobbtilbud i det landet hele familien nå ønsker bosetting i, eller ved at foreldrene har foretrukket at deres barn primært skulle vokse opp og gå på skole i hjemlandet og først senere ønsker at barnet skal flytte etter, jf. i denne sammenheng Ahmut mot Nederland. Saken gjaldt spørsmålet om gjenforening mellom en marokkansk far og sønn i Nederland hvor faren hadde vært bosatt i flere år før det ble søkt om opphold for sønnen. Menneskerettsdomstolen fant at det ikke utgjorde noen krenkelse av artikkel 8 å nekte sønnen opphold, og bemerket blant annet:

"The fact of the applicants' living apart is the result of Salah Ahmut's conscious decision to settle in the Netherlands rather than remain in Morocco."

En rent teoretisk mulighet for opphold i et annet land er på den annen side ikke nok. Det vil heller ikke alltid være slik at en oppholdsmulighet i et annet land er en løsning som kan forventes hvis det er svært vanskelig for familien å skulle bosette seg i et annet land. Menneskerettsdomstolen har vært oppatt av å balansere de motstående hensyn når det dreier seg om inngrep i familierelasjonen mellom foreldre og deres mindreårige barn, jf. Menneskerettsdomstolens avgjørelse i Sen mot Nederland (2001).[12] Saken gjaldt et barns rett til gjenforening med sine foreldre. Alle familiemedlemmene var tyrkiske borgere. Far i familien (Sen) ankom Nederland i 1977. Han giftet seg i Tyrkia i 1977, og ektefellen etablerte seg sammen med ham i Nederland i 1986. Paret hadde en felles datter (Sinem) fra 1983 som ble værende igjen i Tyrkia hos sin tante. Sen og ektefellen fikk to nye barn i 1990 og 1994, som bodde sammen med dem i Nederland. I 1992 ble det også fremmet søknad om oppholdstillatelse for Sinem. Søknaden ble avslått, blant annet under henvisning til at Sinem ikke lenger var del av familien som enhet, men tilhørte tantens familie. Menneskerettsdomstolen fant at avslaget på søknaden om familiegjenforening utgjorde en krenkelse av artikkel 8. Menneskerettsdomstolen viste i denne sammenheng blant annet til at familien Sen hadde en slik tilknytning til Nederland at det ikke ville være forholdsmessig å legge til grunn at familien kunne gjenforenes i Tyrkia.

En spesiell type saker gjelder de tilfeller hvor en tredjelandsborger har mistet sitt oppholdsgrunnlag i en av medlemsstatene i Europarådet, men hvor vedkommende utøver samværsrett med et barn som fortsatt bor der sammen med den andre av foreldrene. I slike tilfeller vil normalt den eneste muligheten til å utøve fortsatt samvær, være at tredjelandsborgeren gis rett til opphold i medlemsstaten. I enkelte saker hvor opphold har blitt nektet, har Menneskerettsdomstolen konstatert krenkelse av artikkel 8.

En annen særskilt situasjon er de tilfeller hvor et familiemedlem har behov for beskyttelse mot forfølgelse eller kan risikere tortur, umenneskelig eller nedverdigende behandling i hjemlandet, eller eventuelt (også) i et annet land som det ellers kunne ha vært aktuelt for familien å bli forent i. Det siktes med andre ord til situasjoner hvor en person er flyktning eller omfattet av andre internasjonale regler om vern mot utsendelse og retur, jf. flyktningkonvensjonen, EMK artikkel 3 og liknende forbud mot *refoulement*. I slike tilfeller kan det ikke forventes gjenforening av familien i land hvor den nevnte risiko er til stede, og det eneste praktiske kan derfor være familiegjenforening for de øvrige medlemmer av familien i det landet den utsatte personen allerede befinner seg i. Det finnes ingen avgjørelser fra Menneskerettsdomstolen som fastslår at en familie som befinner seg i en slik situasjon, har noe rettskrav på gjenforening i den medlemsstaten hvor referansepersonen har blitt innvilget en beskyttelsestillatelse. Enkelte innen juridisk teori har likevel forutsatt at det gjelder et rettskrav på familiegjenforening i disse tilfellene, jf. blant annet Dijk/van Hoof.[13] Andre har fremholdt at det trolig eksisterer en forpliktelse for medlemsstatene til å praktisere en lempelig adgang til familie-

12. Ref. nr. 31465/96

gjenforening i de aktuelle tilfellene. Inntil spørsmålet eventuelt blir avklart gjennom praksis fra Menneskerettsdomstolen, er det vanskelig å trekke noen konklusjoner på dette punkt.

Et relevant spørsmål er hvor langt statene kan gå i forhold til å oppstille økonomiske betingelser for familieinnvandring, eller vilkår knyttet til at referansepersonen skal ha hatt en nærmere definert botid i medlemsstaten før vedkommende kan opptre som referanseperson for en søknad om familieinnvandring. I utgangspunktet vil økonomiske betingelser som nevnt ha et legitimt formål og ikke være urimelige, fordi en derved ivaretar det eksisterende fellesskapets (statens) velferd gjennom å motvirke at innvandrerne straks blir en økonomisk byrde for det offentlige. Et krav om botid vil generelt virke i samme retning. På den annen side blir det et spørsmål om hvor rigide krav staten kan stille, før et avslag på grunnlag av mangelfull oppfyllelse av økonomiske krav blir uforholdsmessig ettersom tiden går og gjenforening stadig er ønsket, særlig hvis det gjelder en familie som i praksis ikke kan gjenforenes i et annet land.

På grunn av det beskjedne omfanget av domspraksis fra Menneskerettsdomstolen, er det ikke mulig å trekke noen sikre slutninger om hvilke skranker for den statlige suverenitetsutøvelsen som følger av forholdsmessighetsprinsippet. De domsavgjørelser som foreligger er i liten grad egnet til å kaste noe oppklarende lys over de vanskeligste grensespørsmålene.

Likevel kan man med temmelig stor sikkerhet fastslå at gjeldende norsk praksis ligger trygt innenfor de rammene som følger av EMK artikkel 8.

8.3.2 Flyktningkonvensjonen

Retten til familiegjenforening for flyktningers familiemedlemmer følger ikke eksplisitt av flyktningkonvensjonen, men i konvensjonens sluttakt punkt IV B er det inntatt klare anbefalinger til medlemsstatene om å ta de nødvendige forholdsregler for å sikre opprettholdelse av familiens enhet ("principle of unity of the family"). Slike anbefalinger er også gjentatt i en rekke ExCom-beslutninger.

8.3.3 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen fastsetter i artikkel 10 nr. 1 at søknader fra et barn eller dets foreldre "om å reise inn i eller ut av en parts territorium med henblikk på familiegjenforening, behandles av partene på en positiv, human og rask måte". Partene skal dessuten sikre at fremleggelse av en slik søknad ikke vil få negative følger for søkerne og for medlemmene av deres familie.

I fortalen til barnekonvensjonen er det for øvrig understreket "at familien, som den grunnleggende enhet i samfunnet og den naturlige ramme for alle sine medlemmers og særlige barns vekst og trivsel, bør gis den nødvendige beskyttelse og hjelp slik at den fullt ut kan påta seg sine forpliktelser i samfunnet".

Det vises videre til den generelle forpliktelsen i henhold til barnekonvensjonen artikkel 3 om at "barnets beste skal være et grunnleggende hensyn" ved alle handlinger som berører barn.

Barnekonvensjonen fastsetter imidlertid ingen eksplisitte rettigheter relatert til spørsmålet om familiegjenforening, og det er for øvrig overlatt til statene å foreta den nærmere avveiningen i de situasjoner hvor hensynet til barnets beste må veies mot andre samfunnsinteresser, jf. tilsvarende i SOU 2002:13:

> "Däremot ges ingen direkt vägledning för hur tungt barnets bästa skall väga i beslut som i första hand rör föräldrarna men som också drabbar barnet eller i situationer där samhällsintéressen skulle stå emot det enskilda barnets bästa. Barnkonventionen överlämnar till staterna att i dessa situationer göra avvägningen."

8.4 EU-direktivet om retten til familieinnvandring for tredjelandsborgere utenfor rammen av EØS-avtalen

I direktiv 2003/86 EC (av 22.09.2003) er det fastsatt minimumsstandarder for hvilke rettighetsbestemmelser EU-landene må operere med i de tilfeller hvor både søkeren og referansepersonen er tredjelandsborgere, og hvor referansepersonen har oppholdstillatelse av minst ett års varighet med "reasonable prospects of obtaining the right of permanent residence". Direktivet gjelder ikke tredjelandsborgere som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen.

EU-landene plikter å gjennomføre forpliktelsene i henhold til direktivet i nasjonal rett innen 03.10.2005.

Direktivet er ikke forpliktende for Norge. Adgangen til familieinnvandring for tredjelandsborgere som har familiebånd til en tredjelandsborger innenfor EØS-området, berører ikke spørsmålet om fri bevegelse av EØS-borgere i relasjon til

[13] Dijk/van Hoof: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (Haag 1998) s. 516-518

EØS-avtalen og er heller ikke et spørsmål som berøres av Schengenavtalen.

Fra et harmoniseringsperspektiv, og i forhold til de mekanismer på migrasjonsfeltet som innvirker på migrasjonsutviklingen, er likevel direktivet av sentral betydning ved utviklingen av et nytt norsk regelverk.

I det følgende skal hovedinnholdet i direktivet presenteres kort, mens nærmere detaljer når det gjelder innholdet av direktivet presenteres i sammenheng med utvalgets drøftelser nedenfor. Direktivet fastsetter at ektefelle og barn til en tredjelandsborger som selv har en oppholdstillatelse av minst ett års varighet, eller som er flyktning, som hovedregel skal ha rett til oppholdstillatelse. Videre sies at statene kan gi tillatelse til samboer, voksent barn som er avhengig av forsørging, og familiemedlemmer i oppadstigende linje som er avhengig av forsørging, jf. at direktivet kun angir minimumsstandarder.

Direktivet gjelder ikke dersom referansepersonen har fått opphold på grunnlag av en søknad om asyl uten å ha blitt anerkjent som flyktning. Det gjelder heller ikke dersom referansepersonen har fått opphold under en ordning med midlertidig beskyttelse.

I forhold til andre referansepersoner enn flyktninger, kan det for øvrig stilles som vilkår at referansepersonen har hatt opphold i medlemsstaten i inntil to år før søkeren kan gis opphold.

Det er videre fastsatt at statene kan stille vilkår om at søkeren er sikret underhold og bolig for inntil ett år, og det kan stilles vilkår om at søkeren oppfyller integreringsforutsetninger i samsvar med nasjonal lovgivning. I forhold til de tilfeller hvor referansepersonen er anerkjent som flyktning, kan krav om sikret underhold og bolig kun oppstilles dersom søknaden om opphold ikke er innlevert innen tre måneder etter at referansepersonen ble anerkjent som flyktning. Det kan imidlertid ikke oppstilles vilkår om at søkeren oppfyller integreringsforutsetninger som ellers eventuelt kreves.

Oppholdstillatelse kan i henhold til direktivet nektes dersom dersom avslaget kan begrunnes i "public policy, public security or public health".

8.5 Utvalgets vurderinger

8.5.1 Forholdet mellom gjenforeningstilfeller og etableringstilfeller

Søknader om oppholdstillatelse i Norge på grunnlag av familiebånd faller i to prinsipielt ulike kategorier:

1. Tilfeller hvor søkeren ønsker opphold i Norge for å gjenforenes med et familiemedlem som er bosatt eller skal bosette seg her.
2. Tilfeller hvor søkeren nylig har inngått ekteskap med en ektefelle som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, og hvor partene ønsker å etablere et faktisk samliv i Norge uten at dette allerede er etablert.

Verken i gjeldende utlendingslov eller utlendingsforskrift er det markert noe tydelig eller prinsipielt skille mellom de to kategoriene. I alminnelig terminologi omtales begge kategorier av tilfeller under vignetten "familiegjenforening".

Gode grunner taler for at man i et nytt lovverk bør markere et skille mellom de reelle gjenforeningstilfellene, og de tilfellene som gjelder søknad om opphold for å etablere et samliv med ny ektefelle (heretter kalt familieetablering). Det er vesentlige forskjeller mellom de hensyn som skal vurderes, relatert til de to ulike kategoriene tilfeller.

Ut fra et rettighetsperspektiv må retten til familiegjenforening normalt anses å berøre en mer tungtveiende interesse enn retten til familieetablering. Dette gjenspeiles også ved at internasjonale forpliktelser spiller inn med større tyngde når det gjelder adgangen til å stille vilkår for familiegjenforening enn når det gjelder adgangen til å stille vilkår for opphold i etableringstilfellene.

For enkelte utlendinger er adgangen til familieetablering gjennom ekteskap med en referanseperson i Norge den eneste muligheten til å oppnå et oppholdsgrunnlag. Retten til opphold for ektefeller har ført til at inngåelse av ekteskap i en del tilfeller har blitt en migrasjonsstrategi, der migrasjonen er hovedmotivet eller en del av begrunnelsen for å gifte seg.

Videre er forholdet at flere av de konkrete utfordringene man i dag står overfor når det gjelder retten til opphold for familiemedlemmer, utelukkende eller i hovedsak relaterer seg til familieetableringstilfellene. Dette gjelder særlig følgende:

- Problemer knyttet til tvangsekteskap.
- Problemer knyttet til mishandling eller kynisk utnyttelse av kvinner fra fattigere land som gifter seg med menn bosatt i Norge.
- Problemer knyttet til omgåelse av de innvandringsregulerende bestemmelsene gjennom inngåelse av proformaekteskap.

I et videre innvandringspolitisk perspektiv har det vært rettet fokus mot effekten av liberale familieinnvandringsregler som *pull*-faktor i forhold til asyltilstrømningen. Muligheten for å bli gjenforent

med familien har vært ansett som ett av flere forhold som kan påvirke asylsøkeres valg av tilfluktsland. Det er eventuelt reglene om familiegjenforening som er relevante i denne sammenheng, mens muligheten for familieetablering neppe kan anses å ha noen betydning.

Med utgangspunkt i de hensyn som kan begrunne hensiktsmessigheten av å innføre et skille mellom familiegjenforeningstilfellene og familieetableringstilfellene, foreslås følgende terminologi introdusert i sammenheng med en ny lov:

Familiegjenforening: 1) Oppholdstillatelse på grunnlag av familierelasjon som er etablert gjennom fødsel eller adopsjon til en person som er bosatt eller skal bosette seg i Norge. 2) Oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap med eller samboerforhold til en referanseperson som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, dersom partene tidligere har levd i husstandsfellesskap av en viss varighet.

Familieetablering: Oppholdstillatelse for ektefelle til en referanseperson som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, når partene ikke tidligere har levd i husstandsfellesskap av en viss varighet.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke krav som bør stilles til varigheten av husstandsfellesskapet mellom ektefeller for at saken skal anses å gjelde et tilfelle av familiegjenforening, vises det til fremstillingen nedenfor.

Som samlebegrep for familiegjenforenings- og familieetableringstilfellene, foreslås begrepet "familieinnvandring": Oppholdstillatelse på grunnlag av familierelasjon til en referanseperson som er bosatt eller skal bosette seg i Norge.

Fordi det i gjeldende lovverk ikke er innarbeidet noe skille mellom gjenforenings- og etableringstilfellene, er det ikke mulig å hente ut noen sikre statistiske opplysninger om hvor stor andel av familieinnvandringen som gjelder henholdsvis familiegjenforening og familieetablering.

Dersom man tar utgangspunkt i en ikke urimelig forutsetning om at de tilfellene hvor referansepersonen har midlertidig opphold (inkludert de tilfeller hvor vedkommende har opphold som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse) gjelder tilfeller av familiegjenforening, mens de tilfellene hvor referansepersonen enten har bosettingstillatelse eller er norsk eller nordisk borger gjelder familieetablering, vil man komme frem til et resultat for årene 2000 til 2002 som viser at ca. 54 prosent av familieinnvandringen gjelder familieetablering og ca. 46 prosent gjelder familiegjenforening. Det understrekes imidlertid at det på grunn av det åpenbare feilpotensialet ved det utgangspunktet som er valgt for beregningene, må tas høyde for en ikke ubetydelig feilmargin.

8.5.2 Generelt om hva som foreslås lovregulert

Reglene om familieinnvandring regulerer i tallmessig sammenheng det viktigste grunnlaget for innvandring til Norge. Samtidig angår muligheten til familiegjenforening og familieetablering en rettighet som er av fundamental velferdsmessig betydning for mange av de berørte familiene. Begge disse forhold tilsier at de sentrale bestemmelsene på feltet bør nedfelles i loven i større grad enn hva som er tilfellet i dag.

Utvalget foreslår derfor en mer detaljert lovregulering av vilkårene knyttet til hvilken personkrets som skal gis adgang til familieinnvandring. Tilsvarende foreslår man å lovfeste enkelte bestemmelser om videre opphold etter at et samlivsforhold er opphørt.

Når det gjelder adgangen til familieetablering eller familiegjenforening i de tilfeller hvor referansepersonen har en midlertidig oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, foreslås det at de nærmere bestemmelser fastsettes av Kongen i forskrift. Et unntak er gjort for de tilfeller hvor referansepersonen har opphold i medhold av ordningen med kollektiv beskyttelse. I disse tilfellene bør adgangen til familieinnvandring lovreguleres.

8.5.3 Familiegjenforening

8.5.3.1 Innledning

Det er reglene om familiegjenforening som avgjør hvorvidt det er mulig for en person som har fått opphold i Norge av beskyttelsesgrunner eller humanitære grunner å bli gjenforent med sine familiemedlemmer i Norge. Reglene er praktisk viktige også i forhold til situasjoner hvor referansepersonen for eksempel har fått opphold som arbeidstaker, eller hvor referansepersonen selv har fått tillatelse til familiegjenforening eller familieetablering. I visse tilfeller kan også referansepersonen være norsk borger. I de fleste tilfellene søkes gjenforening med sikte på varig bosetting i Norge, men det kan også være tale om gjenforening for en midlertidig periode.

Uten at det er mulig å angi noen sikre tall, er det likevel klart at et flertall av familiegjenforeningstilfellene gjelder gjenforening med en referanseperson som har fått opphold i Norge på grunnlag av en søknad om asyl, og i praksis skjer gjenforeningen som oftest med sikte på varig bosetting i Norge. I

2002 fikk 4260 personer oppholdstillatelse gjennom familietilknytning til en utlending som hadde fått opphold på grunnlag av en søknad om asyl, uten at vedkommende ennå var innvilget bosettingstillatelse. Dette utgjorde 30 prosent av den totale familieinnvandringen. (Hele 3246 av de 4260 sakene gjaldt for øvrig de tre største asylproduserende landene, Irak, Somalia og Afghanistan.) Som tidligere nevnt ble det foretatt en innskjerping av underholdskravet i 2003, som har medført endringer i dette bildet uten at noen tall er tilgjengelige. Det er samtidig nærliggende å anta at reglene om familiegjenforening kan ha innvirkning på asyltilstrømningen. Denne interrelasjonen mellom familiegjenforening og asyltilstrømningen er nærmere drøftet i punktet nedenfor.

8.5.3.2 Begrensninger i adgangen til familiegjenforening som virkemiddel i asylpolitikken?

En ikke ubetydelig andel av dem som ankommer som asylsøkere, har familie i hjemlandet som de ønsker å bli gjenforent med etter at de selv har fått opphold, jf. kapittel 8.1 og 8.5.3.1. I en flyktningpolitisk sammenheng er det derfor aktuelt å spørre om det enkelte lands regelverk om familieinnvandring kan tenkes å ha innvirkning på tilstrømningen av asylsøkere.

For Norges vedkommende refererer trolig de klareste indikasjonene på en slik sammenheng seg til erfaringene fra politikken i forhold til asylsøkere fra Nord-Irak i 2000. Frem til februar 2000 hadde Norge høye ankomsttall for irakiske asylsøkere. For månedene oktober 1999 til februar 2000 var ankomsttallene henholdsvis 160, 145, 231, 126 og 133. I et brev av 25.02.2000 fra Justisdepartementet til Utlendingsdirektoratet ble det besluttet at asylsøkere uten beskyttelsesbehov skulle gis en tidsbegrenset arbeidstillatelse uten rett til familiegjenforening. Grunnlaget for at det ble gitt tillatelser på tross av manglende beskyttelsesbehov, var problemene knyttet til faktisk gjennomføring av returer. Antallet nyankomne asylsøkere falt umiddelbart dramatisk. For månedene mars til juli 2000 var tallene henholdsvis 46, 39, 45, 44 og 59. Hvor stor andel av reduksjonen i ankomster som skyldtes overgangen til midlertidige tillatelser, og hvor stor del av reduksjonen som skyldtes innstramningene på familiegjenforeningsfeltet, er selvsagt ikke mulig å fastslå.

Både med grunnlag i blant annet de erfaringer som her er referert og med grunnlag i alminnelige betraktninger, synes det forsvarlig å slutte at muligheten for familiegjenforening kan ha en innvirkning på asylsøkeres valg av destinasjonsland. Spørsmålet blir dermed om dette forholdet skal tillegges noen vekt på familieinnvandringsfeltet.

Når det gjelder familiemedlemmene til dem som etter utvalgets forslag vil bli anerkjent som flyktninger, kan det ikke anses aktuelt å vurdere noen begrensende tiltak ut fra et siktemål om å redusere asyltilstrømningen. Det er her tale om personer som risikerer alvorlige overgrep i hjemlandet, og det foreligger ingen annen måte å sikre familiens enhet enn gjennom familiegjenforening i tilfluktslandet. Respekten for familiens enhet i de tilfeller hvor ett av familiemedlemmene har rett til opphold i Norge i henhold til våre internasjonale forpliktelser, må være en selvsagt forutsetning i norsk familieinnvandringspolitikk, jf. også det som er sagt om det internasjonale aspektet i denne sammenheng i kapittel 8.3.1 og 8.3.2.

Utvalget har i kapittel 9 i innstillingen foreslått at man bør videreføre en rimelighetsbestemmelse i den nye loven som langt på vei tilsvarer den någjeldende bestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. I forhold til denne kategorien av referansepersoner vil man ha en vid adgang til å begrense retten til familiegjenforening. Effekten av en eventuell innskjerping vil avhenge av hvor mange som eventuelt innvilges opphold etter rimelighetsbestemmelsen. I sammenlignbare land hvor man opererer med en tilsvarende type rimelighetsbestemmelse, er bildet varierende. Av det totale antallet asylsøkere som innvilges oppholdstillatelse, innvilges ca. 77 prosent opphold etter rimelighetsbestemmelsen i Sverige, ca. 70 prosent i Finland, ca. 11-14 prosent[14] i Danmark og ca. 45-50 prosent i Storbritannia.

Det er særlig to tiltak som kan tenkes i forhold til å begrense adgangen til familiegjenforening ut fra det siktemål som her drøftes. For det første kan man innføre et botidskrav i de tilfeller hvor referansepersonen er innvilget opphold etter rimelighetsbestemmelsen, slik at vedkommende ikke kan opptre som referanseperson i familiegjenforeningssammenheng før han eller hun har hatt opphold i et visst antall år, eller eventuelt er innvilget permanent oppholdstillatelse. For det annet kan man tenke seg at begrensningen implementeres gjennom et krav til underhold. Det er åpenbart at i den

14. De danske tallene er vanskelig å fastslå eksakt fordi det også i 2003 ble innvilget en god del saker etter den gamle de facto-bestemmelsen. Dersom man ser helt bort fra den andelsen saker som ble innvilget etter de facto-bestemmelsen, ble 14% av alle innvilgelser gitt etter ot.hum/andre særlige grunner, mens andelen innvilgelser var 11% dersom de facto-innvilgelsene regnes med.

grad siktemålet er å påvirke asyltilstrømningen, vil den signalmessige effekten av et botidskrav være betydelig mer virkningsfull enn den signalmessige effekten av et underholdskrav. Et krav om underhold praktiseres allerede i gjeldende rett. Tilsvarende kan et botidskrav bare forventes å ha en klar virkning dersom varigheten settes til flere år.

Inngrep som selv for en periode ekskluderer muligheten til familiegjenforening for noen som har fått opphold i riket av sterke rimelighetsgrunner, rammer en svært tungtveiende individinteresse. Det er lett å forestille seg tilfeller hvor et botidskrav eller eventuelt et skjerpet underholdskrav vil virke svært inngripende og/eller uheldig. For eksempel gjelder dette i tilfeller hvor den ene av ektefellene og flere mindreårige barn har fått opphold i Norge, og hvor den andre av foreldrene er alene tilbake i et land hvor den humanitære situasjonen gir grunn til alvorlig bekymring for vedkommendes situasjon. Tilsvarende vil det vekke forståelige reaksjoner dersom man nekter familiegjenforening for ektefellen til en referanseperson som er gitt opphold på grunn av helsemessige årsaker, for eksempel hvor vedkommende er dypt traumatisert, når det fremstår som klart at man har liten mulighet til å bearbeide traumene så lenge vedkommende samtidig må leve med usikkerheten om ektefellens og eventuelt barnas situasjon i hjemlandet.

Også ut fra et integreringsmessig perspektiv kan det virke uheldig å innføre et botidskrav. For det første må man forvente at personer som har familiemedlemmer etterlatt i hjemlandet, vil kunne ha et slikt fokus rettet mot gjenforening at dette i seg selv vanskeliggjør en vellykket integrering. For det annet virker ikke et botidskrav integreringsfremmende på samme måte som et underholdskrav, som stimulerer til at referansepersonen kommer seg raskt ut i arbeidslivet.

Det må videre regnes som et selvstendig og vesentlig poeng at personer som har fått opphold i riket bør være mest mulig likestilt med hensyn til rettigheter, herunder med hensyn til retten til familiegjenforening. Som eksemplene over i forhold til referansepersoner med opphold etter rimelighetsbestemmelsen illustrerer, kan det ikke legges til grunn at det alltid vil fremstå som mer rimelig at en rett til familiegjenforening innrømmes for familiemedlemmene til en utlending med opphold som flyktning enn at en tilsvarende rett også innrømmes familiemedlemmene til en utlending som har fått opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn.

På den administrative siden vil konsekvensen av å innføre et botidskrav for de tilfeller hvor referansepersonen har fått opphold etter rimelighetsbestemmelsen sannsynligvis føre til en økning i antallet statusklager.

Når det gjelder rettssituasjonen i andre land på dette feltet, er den varierende.

I Danmark er det ingen forskjell mellom konvensjonsflyktninger og andre som har rett til beskyttelse etter den danske loven i relasjon til familiegjenforening. For dem som innvilges opphold etter rimelighetsbestemmelsene i dansk rett gjelder det en ventetid på til sammen ti år før vedkommendes familiemedlemmer har rett til familiegjenforening. Unntak gjelder dersom søkeren er referansepersonens mindreårige barn.

I Storbritannia er situasjonen at familiemedlemmene til konvensjonsflyktninger gis mulighet for opphold umiddelbart, mens familiemedlemmene til utlendinger som ellers har rett til beskyttelse må vente i tre år, og familiemedlemmene til en utlending som får opphold etter rimelighetsbestemmelsen i britisk rett, må vente i seks år. Det er åpnet for unntak dersom det foreligger "compelling compassionate circumstances", eller dersom det er nødvendig for å overholde forpliktelsene etter EMK artikkel 8.

I EUs familieinnvandringsdirektiv er det eksplisitt avgrenset mot de tilfeller hvor refereansepersonen har fått opphold i en medlemsstat på grunnlag av en søknad om asyl uten at vedkommende har blitt anerkjent som flyktning. Dette gjelder uavhengig av om vedkommende hadde rett til beskyttelse i henhold til internasjonale forpliktelser (*Subsidiary Protection*) eller om vedkommende har fått opphold i henhold til en rimelighetsbestemmelse i nasjonalt regelverk.

I Sverige, Finland og Nederland er situasjonen at det ikke gjelder noen forskjeller i retten til familieinnvandring relatert til referansepersonens status som har relevans i denne sammenheng.

Utvalget har i sine vurderinger lagt vekt på at det er vanskelig å operere med noe unntak i enkelttilfeller dersom man innfører et botidskrav. Det er klart at det vil oppstå en mengde tilfeller hvor det ut fra en individuell vurdering gjør seg gjeldende sterke menneskelige hensyn. Det ville være svært utfordrende å ivareta hensynet til likebehandling under en slik unntaksbestemmelse. I de tilfellene en referanseperson har fått opphold av humanitære grunner vil det nesten alltid foreligge mer eller mindre tungtveiende rimelighetsgrunner som tilsier at vedkommende bør få adgang til å gjenforenes med sine nærmeste familiemedlemmer. Botidskravet vil derfor meget lett bli uthult dersom kravet ikke gis en absolutt karakter. Det vil også bli svært ressurskrevende dersom man skal

vurdere vekten av relevante rimelighetsgrunner i hver enkelt sak.

Ut fra en totalvurdering av de momenter som er gjennomgått ovenfor, vil utvalget ikke foreslå at man innfører noe botidskrav i norsk rett. Utvalget anser at et botidskrav vil utgjøre et for inngripende tiltak, samt at det ut fra et integreringsmessig aspekt må betraktes som mer formålstjenlig å operere med et underholdskrav.

8.5.3.3 Medfølgende familiemedlemmer i asylsak

I enkelte tilfeller hvor flere medlemmer av en familie søker asyl, er forholdet at ikke alle, men kun en eller noen av familiemedlemmene fyller vilkårene for beskyttelse (jf. kapittel 6) eller vilkårene for opphold av rimelighetsgrunner (jf. kapittel 9). Dersom de øvrige familiemedlemmene oppfyller vilkårene for familiegjenforening, blir spørsmålet om de skal gis en avledet familiegjenforeningstillatelse, eller om de skal gis en selvstendig oppholdstillatelse fordi de har ankommet som asylsøkere.

Dersom ett av familiemedlemmene (hovedpersonen) oppfyller vilkårene for beskyttelse, bør det som beskrevet i kapittel 6.9.5 bygges på en presumsjon for at også medfølgende familiemedlemmer har et beskyttelsesbehov. Tilsvarende bør et familiemedlem som befinner seg i hjemlandet kunne søke om opphold av beskyttelsesgrunner, og det bør også i disse tilfeller gjelde en presumsjon for at vedkommende fyller vilkårene for beskyttelse.

Når det gjelder de tilfeller hvor hovedpersonen ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse, men hvor det finnes grunnlag for å innvilge vedkommende opphold etter en rimelighetsvurdering (jf. kapittel 9), vil det ikke på samme måte kunne sluttes at også medfølgende familiemedlemmer har behov for opphold. Det vil derfor ikke foreligge noen rett til selvstendig oppholdstillatelse i disse tifellene. I praksis har likevel selvstendige tillatelser blitt gitt i stor utstrekning uten at man har gått veien om om å innvilge opphold i medhold av bestemmelsene om familiegjenforening.

Utvalget vil påpeke at det kan være gode grunner for en faktisk hovedregel som innebærer at selvstendig oppholdstillatelse gis til medfølgende familiemedlemmer som ellers oppfyller vilkårene for familieinnvandring. Selv om dette medfører at familiemedlemmene i enkelte saker vil få en sterkere rettsposisjon enn hva de har rettskrav på, vil det i liten grad innebære noen faktiske konsekvenser at man gir en selvstendig tillatelse. Det er her uansett tale om personer som i nesten alle tilfeller oppnår permanent opphold i riket. Dersom man skal foreta en nærmere bedømmelse av om familiemedlemmene oppfyller vilkårene for en selvstendig oppholdstillatelse, vil dette kunne by på krevende vurderinger som uansett ikke er avgjørende for om vedkommende skal innvilges opphold eller ikke, men kun for hvilket hjemmelsgrunnlag som skal anvendes.

8.5.3.4 Ektefelle

Ved at man innfører et skille mellom gjenforenings- og etableringstilfellene, vil det være nødvendig å klargjøre hvilket kriterium som skal være avgjørende for når et tilfelle skal regnes som henholdsvis et gjenforeningstilfelle eller et etableringstilfelle.

Etter den svenske utlänningslagen kap. 2, § 4, er det avgjørende for skillet "om makarna [ ] stadigvarande sammanbott utomlands".

Det synes imidlertid ikke å være noen grunn til å stille krav om at partene skal ha bodd sammen i utlandet. Også dersom partene har bodd sammen i riket i en periode hvor søkeren har hatt midlertidig oppholdstillatelse på annet grunnlag enn gjennom familietilknytning til referansepersonen, må det være naturlig å anse at man står overfor et gjenforeningstilfelle og ikke et etableringstilfelle. Det kan således tenkes tilfeller hvor partene har bodd sammen i Norge mens søkeren for eksempel har hatt oppholdstillatelse som student.

Det mest hensiktsmessige vil trolig være å legge avgjørende vekt på om søkeren har levd i et etablert samliv med referansepersonen enten i utlandet eller i Norge (i en periode hvor søkeren hadde midlertidig tillatelse på annet grunnlag). Siktemålet må være å fastsette et skille mellom de tilfellene hvor et familieliv er faktisk etablert mellom ektefellene før det fremmes søknad om tillatelse, og de tilfellene hvor den faktiske etableringen av familielivet eventuelt skal finne sted i riket etter at oppholdstillatelse er gitt.

I praksis må det påregnes at det kan oppstå tolkningsmessig tvil om hvorvidt partene skal anses for å ha etablert et faktisk samliv. Det vil således forekomme tilfeller hvor samlivet mellom partene har vært av så kort varighet at det kan stilles spørsmål ved om samlivet skal regnes som faktisk etablert. Her må den nærmere grensedragning trekkes i praksis. I utgangspunktet synes det rimelig at det i normaltilfellene kreves minst et halvt års samliv før det er naturlig å anse at samlivet er faktisk etablert.

Praksis under gjeldende regelverk har vist at det er et stort praktisk problem at søkere fra mange land mangler dokumentasjon for at de er ektefeller. Dette gjelder blant annet i forhold til

store grupper av søkere som somaliere og irakere. Det forhold at det i forhold til disse gruppene heller ikke har vært mulig å operere med noe krav om dokumentasjon, har ført til mange tilfeller av forsøk på omgåelse av de innvandringsregulerende vilkårene ved at fiktive ekteskap har blitt anført som grunnlag for opphold. I noen tilfeller har det blitt lagt til grunn at partene har et forhold til hverandre, men at det formelle ekteskapsarrangementet ikke er gjennomført. I andre tilfeller har det blitt lagt til grunn at partene overhodet ikke har noen relasjon av ekteskapsliknende karakter. I enkelte saker har det for eksempel blitt avdekket at partene har vært søsken, eller at de har vært foreldre og barn. Det må også antas at fiktive ekteskap har blitt anført for å hjelpe fjernere slektninger eller venner til Norge. Dette er imidlertid utfordringer av bevismessig art som neppe kan møtes på noen hensiktsmessig måte gjennom lovregulering.

Retten til familiegjenforening for ektefeller er regulert i lovutkastet § 49.

8.5.3.5 Samboer

Etter gjeldende utlendingsforskrift § 23 første ledd bokstav b foreligger en rett til opphold for samboere som har bodd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år og som akter å fortsette samlivet. Retten gjelder også for samboere av samme kjønn. Det er et vilkår at ingen av partene er gift.

Etter den danske utlendingsloven §9 nr. 1 gis det rett til familiegjenforening for samboere dersom partene har vært "samlever[e] på fælles bopæl [ ] i fast samlivsforhold af længere varighed". I henhold til praksis opereres det normalt med et krav om 1½ til 2 års samboerforhold. Bestemmelsen gjelder også for samboere av samme kjønn.

Etter den svenske utlendingsloven kap. 2, § 2 nr. 1 er vilkåret at partene "stadigvarande sammanbott utomlands".

I henhold til EU-direktivet om familieinnvandring vil det ikke foreligge noen plikt til å anerkjenne samboerforhold som grunnlag for familiegjenforening, men følgende bestemmelse er inntatt:

> "The Member States may, by law or regulation, authorise the entry and residence [ ] of the unmaried partner, being a third-country national, with whom the applicant is in a duly attested stable long-term relationship"

Det synes naturlig at retten til familiegjenforening for samboere bør fremgå i den nye loven. I tillegg til å videreføre den retten til familiegjenforening for samboere som allerede fremgår av gjeldende utlendingsforskrift § 23 første ledd bokstav b, bør det gjøres en tilføyelse i rettighetsbestemmelsen for de tilfeller hvor partene har barn sammen. Forskriften § 24 første ledd bokstav b åpner i dag for at familiegjenforening "kan" gis i disse tilfellene. I henhold til rundskriv UDI 02-92 skal det blant annet sees hen til om søkeren har særkullsbarn som vil bli avskåret fra samvær med søkeren dersom vedkommende blir innvilget tillatelse i Norge. Etter utvalgets oppfatning gjelder imidlertid dette hensyn og avveininger som må overlates til søkeren selv.

Tilsvarende bør det åpnes for unntak fra kravet om at ingen av partene er gift, dersom det foreligger varige hindringer for å oppfylle dette vilkåret, jf. tilsvarende utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav b. Det bør også åpnes for unntak for det tilfellet at partene ikke har vært samboere i to år, men hvor de venter barn sammen, jf. også her utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav b.

Retten til familiegjenforening for samboere er regulert i lovutkastet § 50.

8.5.3.6 Barn

Når det gjelder retten til opphold for barn, herunder adoptivbarn, er det ingen grunn til å gjøre større endringer på rettighetssiden i forhold til det som i dag er gjeldende bestemmelser i utlendingsforskriften § 23 første ledd, bokstav c til f. Bestemmelser med tilsvarende innhold bør imidlertid inntas i loven.

Som angitt i kapittel 8.2.2.3 må søknad med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, være innkommet til vedtaksmyndigheten innen 18-årsdagen for at søknaden skal anses å gjelde et "barn". Når søknaden fremsettes fra utlandet skal den i henhold til utlendingsforskriften § 11 fremsettes ved norsk utenriksstasjon. Det er imidlertid Utlendingsdirektoratet og ikke utenriksstasjonen som er "vedtaksmyndighet", og i henhold til praksis er det også tidspunktet for når søknaden med alle opplysninger er innkommet Utlendingsdirektoratet som er det avgjørende skjæringspunkt. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at søknaden er innlevert utenriksstasjonen før 18-årsdagen dersom utenriksstasjonen ikke får ekspedert søknaden videre tilstrekkelig raskt til at saken mottas i Utlendingsdirektoratet før søkeren fyller 18 år.

Bakgrunnen for at det er tidspunktet for når søknaden er innkommet til "vedtaksmyndigheten"

som er avgjørende, er at det i mange tilfeller må foretas en skjønnsmessig vurdering fra vedtaksmyndigheten for å avgjøre hvorvidt søknaden "med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den" er innkommet, eller om det er behov for ytterligere dokumentasjon.

Praksis har blitt kritisert av Sivilombudsmannen i en enkeltsak.[15] Saken gjaldt søknad om arbeidstillatelse på grunnlag av familiegjenforening som ble innlevert til en norsk ambassade tre dager før søkeren fylte 18 år. Søknaden ble først registrert mottatt i Utlendingsdirektoratet 17 dager senere. Fra avgjørelsen siteres:

> "Når datoen for innregistrering av søknaden hos Utlendingsdirektoratet skal legges til grunn som skjæringspunkt, vil dette redusere forutberegneligheten for søkeren, fordi skjæringspunktet blant annet vil avhenge av hvor raskt søknaden med vedlegg ekspederes fra utenriksstasjonene og på hvilken måte forsendelsen skjer."

Utvalget mener det er grunn til å ta ombudsmannens kritikk mot gjeldende ordning til følge, slik at man vil anbefale at skjæringspunktet flyttes til tidspunktet for når søknaden med alle nødvendige opplysninger og vedlegg innleveres utenriksstasjonen. Det bør samtidig inntas en hjemmel for at Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift.

Det er ellers ingen vesentlige forskjeller mellom de aktuelle bestemmelsene om familiegjenforening for barn og tilsvarende bestemmelser og praksis som gjelder i sammenlignbare land. Bestemmelsene oppfyller også de minimumsrettighetene som er inntatt i EU-direktivet om familieinnvandring

EU-direktivet åpner også for en mer restriktiv politikk, ved at det tillates at statene opererer med vilkår knyttet til integreringsforutsetninger for barn over 12 år dersom statene allerede har slike vilkår i sin lovgivning på tidspunktet for direktivets ikrafttredelse. Slike vilkår kan kun oppstilles i de tilfeller hvor barnet/barna skal ankomme etter at de øvrige familiemedlemmene har tatt opphold i medlemsstaten. Direktivet åpner videre for at land som allerede opererer med et krav om at barnet/barna ikke må være over 15 år på søknadstidspunktet, kan videreføre en slik generell aldersgrense.

Utvalget anser imidlertid at hensynet til barna og respekten for foreldrenes rett til å foreta valg på vegne av sine barn, tilsier at det ikke bør innføres slike begrensninger i retten til familiegjenforening for barn i norsk rett.

Retten til familiegjenforening for barn er regulert i lovutkastet § 51.

8.5.3.7 Mor eller far til norsk barn

Det foreligger i dag en rett til familiegjenforening for mor eller far til norsk barn som søkeren har foreldreansvar for og som bor fast sammen med søkeren, jf. utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav i. Utvalget mener at en rettighetsbestemmelse med tilsvarende innhold bør inntas i loven.

Etter den gjeldende forskriftsbestemmelsen er det imidlertid gjort et unntak fra retten til opphold i disse tilfellene dersom søkeren "har ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise i riket".

Tre argumenter kan anføres til støtte for et slikt unntak.

- Dersom søkeren har ektefelle eller samboer i hjemlandet, har familieenheten en sterkere tilknytning til søkerens hjemland, slik at det kan hevdes at det ikke er rimelig å konstatere et behov for familiegjenforening i Norge.
- Dersom søkeren har ektefelle eller samboer i hjemlandet, kan også vedkommende ektefelle eller samboer ha familiemedlemmer som vil være berettiget til familiegjenforening. På den måten vil det kunne oppstå en kjederekke av familiegjenforeningstilfeller, hvor migrasjonshensikten etterhvert har liten sammenheng med hensynet til å ivareta det norske barnets mulighet for å utøve familieliv i Norge.
- Dersom søkeren har ektefelle eller samboer i Norge, vil en rett til familiegjenforening avledet fra barn som er norsk borger kunne åpne for innvandring også i bigamitilfeller.

Når det gjelder de to første argumentene, anser ikke utvalget at disse kan danne noen tilstrekkelig begrunnelse for tiltak som rent faktisk kan hindre at barn som er norske borgere får muligheten til å utøve familieliv med sin nærmeste familie i Norge. Det kan vanskelig anses å innbære noen betenkelig utvidelse av potensialet for innvandringen å fjerne unntaksbestemmelsen.

Når det gjelder hensynet til å forhindre innvandring på grunnlag av bigame forhold, er dette et hensyn som også må ivaretas i en ny lov. Dette hensynet kan imidlertid ikke begrunne noe behov for en generell og absolutt hindring for familiegjenforening i de tilfeller hvor søkeren har ektefelle eller samboer. For å hindre innvandring på grunn-

15. Sak 2003/0580

lag av bigame forhold, vil det være tilstrekkelig at man i loven fastsetter en bestemmelse om at opphold *kan* nektes dersom søkeren har ektefelle eller samboer.

Det vises til lovutkastet § 53.

8.5.3.8 Mor eller far som skal ha samvær med barn i Norge

Etter gjeldende regelverk foreligger ingen rett til opphold for mor eller far til barn som har opphold i riket sammen med den andre av foreldrene, som har foreldreansvar og som barnet bor fast sammen med, annet enn i de tilfeller hvor søkeren allerede har hatt opphold i Norge i ett år på et annet grunnlag, jf. utlendingsforksriften § 23 første ledd bokstav j. Forskriftsbestemmelsen er altså en bestemmelse om ny tillatelse på nytt grunnlag. Dersom søkeren ikke tidligere hadde hatt opphold i Norge i ett år, må en eventuell tillatelse søkes i medhold av den generelle unntaksbestemmelsen i utlendingsforskriften § 24 annet ledd.

Etter utvalgets oppfatning må det være klart at det i en rekke samværstilfeller vil være sterkt urimelig, og uten noen tilstrekkelig begrunnelse i innvandringsregulerende hensyn, dersom man nektet opphold fordi søkeren ikke har hatt en forutgående oppholdstillatelse og har utøvet samværsrett i riket. Både hensynet til søkeren og hensynet til barnets interesser krever at det må foreligge tungtveiende argumenter for å nekte opphold i samværstilfellene. Det vil for eksempel kunne fremstå som sterkt urimelig dersom man nekter opphold i de tilfeller hvor samvær er utøvet i utlandet, men hvor den andre av foreldrene er norsk borger og flytter til Norge med barnet.

Utvalget går derfor inn for å lovfeste en adgang til familiegjenforening i visse tilfeller. Det skal gjelde som vilkår at søkeren:

- har bodd sammen med barnet eller har utøvet samvær av et visst omfang det siste året i utlandet,
- har samværsrett av et visst omfang i riket, og
- sannsynliggjør at vedkommende vil benytte samværsretten.

Det vises til lovutkastet § 54.

Når det gjelder adgangen til videre opphold for en utlending som har hatt en forutgående tillatelse, vises det til lovutkastet § 63 og drøftelsen i kapittel 8.5.9.2.

8.5.3.9 Mor eller far til enslig barn med opphold

I henhold til gjeldende bestemmelser i utlendingsforskriften § 23 bokstav g og h foreligger det i dag en rett til opphold for foreldre til barn som har opphold i riket som flyktninger, eller som har fått opphold etter å ha blitt tatt ut på kvote uten å ha blitt anerkjent som flyktninger. Retten til opphold gjelder både foreldrepar og enslig mor eller far som skal bo sammen med barnet.

Bakgrunnen for at det foreligger en rett til familiegjenforening i Norge i disse tilfellene, er at det nesten alltid vil være umulig for familien å gjenforenes i hjemlandet, jf. at situasjonen i hjemlandet har blitt vurdert som så alvorlig at referansepersonen - som i dette tilfellet er en enslig mindreårig - har fått asyl og/eller har blitt tatt ut på kvote.

Når det gjelder barn som har fått opphold på humanitært grunnlag, foreligger det imidlertid ingen rett til familiegjenforening for foreldrene etter gjeldende lov eller forskrift. I disse tilfellene må familiegjenforening søkes etter "kan-bestemmelsen" i utlendingsforskriften § 24 annet ledd, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd. Bakgrunnen for at det ikke foreligger en rett til familiegjenforening i disse tilfellene er todelt. For det første anses utgangspunktet å være at enslige mindreårige som ikke har et behov for beskyttelse, bør gjenforenes med foreldrene i hjemlandet dersom dette er mulig. Ofte vil selve grunnlaget for at den enslig mindreårige har fått opphold, nettopp være det forhold at man ikke har klart å oppspore vedkommendes foreldre. Når disse blir lokalisert, er det ikke alltid verken nødvendig eller uten videre til barnets beste at gjenforeningen skjer i Norge. For det andre ønsker man å motvirke at foreldre sender sine barn alene som asylsøkere til vestlige land, for deretter å utnytte barnet som "ankerfeste" for egne søknader om familiegjenforening. Hvor reell den såkalte ankerbarn-problematikken faktisk er, har vært omstridt. At det forekommer forsøk på denne type utnyttelse av barn, kan likevel ikke anses tvilsomt. Antallet asylsøkere som har anført å være enslig mindreårige, har de siste fem årene vært:

- 1999: 561
- 2000: 556
- 2001: 561
- 2002: 894
- 2003: 916

I utenlandsk rett er bildet også på dette punkt noe varierende.

I Danmark, Storbritannia og Nederland, gis det ikke rett til familiegjenforening for foreldrene, heller ikke i de tilfeller hvor barnet har status som flyktning.

Etter svensk rett skal det foretas en vurdering i det enkelte tilfelle av muligheten for at gjenfore-

ning kan skje i hjemlandet. Dersom det ikke er mulig eller rimelig å henvise til gjenforening i hjemlandet, blir oppholdstillatelse gitt.

I EU-direktivet om familieinnvandring er det fastsatt en rett til familiegjenforening for foreldrene til en enslig mindreårig flyktning, og eventuelt også "his legal guardian or any other member of the family, where the refugee has no relatives in the direct ascending line or such relatives cannot be traced." I forhold til enslig mindreårig som har fått subsidiær beskyttelse, er det foreløpig ikke inntatt noen regulering. Noen ordning med opphold av humanitære grunner finnes som nevnt ikke i EUs statusdirektiv, og familiegjenforeningsdirektivet regulerer ingen plikt for statene til å gi opphold selv om man opererer med en slik kategori på nasjonalt plan.

Utvalget anser at loven bør inneholde en rettighetsbestemmelse som fastsetter at foreldre til barn som har fått opphold etter de beskyttelsesbestemmelser som er foreslått, skal ha en rett til familiegjenforening. En slik rettighetsbestemmelse vil i liten grad utvide den retten til familiegjenforening som allerede i dag er nedfelt i gjeldende forskriftsverk.

Utvalget vil imidlertid foreslå at det inntas en reservasjon i forhold til retten til familiegjenforening, slik at familiegjenforening kan nektes dersom barnets beste tilsier at tillatelse ikke gis. Selv i de tilfeller hvor barnet opprinnelig er gitt opphold av beskyttelsesgrunner, kan det således tenkes tilfeller hvor det på grunn av situasjonsendringer eller det forhold at foreldrene eventuelt er lokalisert, er grunn til å anse at barnets beste vil være en annen løsning enn å gjenforenes med foreldrene i Norge. Også rent familiemessige forhold kan i helt spesielle situasjoner tilsi at det er et behov for en nærmere vurdering.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 52.

Når det gjelder de tilfeller hvor barnet har fått opphold av andre grunner enn at det forelå en rett til beskyttelse, mener utvalget at man bør fastholde hovedregelen om at det ikke skal gis rett til familiegjenforening i Norge. Hensynet til å motvirke at barn benyttes som ankerfester for foreldrenes søknader om opphold, og hensynet til at utgangspunktet må være at barn uten beskyttelsesbehov skal gjenforenes med sine foreldre i hjemlandet, tilsier at man her fører en restriktiv praksis. Av hensyn til at det i praksis kan oppstå helt spesielle situasjoner som gjør at det ville virke sterkt urimelig å nekte foreldrene opphold, finner utvalget det imidlertid ikke tilrådelig å operere med en absolutt skranke mot gjenforening i disse tilfellene. Utvalget foreslår derfor å åpne for at det i helt særskilte tilfelle kan gis adgang til familiegjenforening ut fra en avveining av hensynet til barnets beste og de hensyn som ligger til grunn for behovet for å føre en restriktiv praksis. Grunnlaget for en slik avveining etableres gjennom den generelle unntaksbestemmelsen i lovutkastet § 57, jf. kapittel 8.5.3.11.

8.5.3.10 Foreldre til voksne barn

Foreldre til voksne barn med opphold i riket har etter gjeldende lov- og forskriftsverk ikke noe krav på opphold. I henhold til utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav c, kan imidlertid opphold gis til:

> "[ ] mor eller far over 60 år uten ektefelle, samboer eller slektninger i opp- eller nedstigende linje i hjemlandet, og i særlige tilfeller begge foreldre i samme situasjon. Det er et vilkår at herboende må antas å ha et særlig ansvar for vedkommende."

Praksis etter denne bestemmelsen er at enslige foreldre som oppfyller de kriteriene som er fastsatt normalt gis opphold, mens opphold svært sjelden gis til foreldrepar. Den restriktive praksisen i forhold til foreldrepar må i hovedsak sees i sammenheng med det innvandringspotensialet og de samfunnsmessige kostnadene som ville følge av en liberal praksis.

Adgangen for foreldre til å gjenforenes med sine barn i Norge gjelder et spørsmål av stor betydning for mange familier og enkeltpersoner. Med bakgrunn i det økende antallet innvandrere som er bosatt i Norge, er det også et økende antall personer som berøres av hvilke regler man velger på dette feltet.

Det må påpekes at de hensyn som taler henholdsvis for og mot at opphold gis, vil kunne veie ulikt avhengig av hva som er grunnlaget for at herboende har opphold i Norge. Utlendinger som for eksempel har fått opphold i Norge med grunnlag i reglene om arbeidsinnvandring, vil sjelden kunne anføre noen tungtveiende grunner for at de kort tid etter at de ankom Norge har behov for opphold også for sin enslige far eller mor over 60 år. Det vises i denne sammenheng til at reglene om arbeidsinnvandring er begrunnet i norske samfunnsinteresser og ikke i hensynet til den enkelte utlending som ønsker arbeid og opphold i riket, og at utlendinger som er innvilget opphold i Norge med grunnlag i reglene om arbeidsinnvandring, normalt vil ha full anledning til å returnere til hjemlandet for å ta hånd om familiemedlemmer der. Annerledes kan dette stille seg for eksempel for en flyktning som av beskyttelsesgrunner ikke kan returnere til hjemlandet, en

utenlandsk borger som er gift med norsk borger, eller en utlending som har særlig lang botid her og eventuelt barn som er oppvokst i Norge, og som av den grunn ikke kan forventes å returnere til hjemlandet.

Det bemerkes for øvrig at når alderskravet for søkeren i gjeldende rett er satt til 60 år for enslige foreldre, har man trolig hatt hovedfokus rettet mot søkere fra områder utenfor den vestlige verden. Verken etter norsk eller vestlig målestokk for øvrig er 60 år en alder som generelt skulle tilsi at søkeren er i særlig behov av pleie- eller omsorgshjelp eller liknende. Samtidig må det understrekes at det ikke er noen nødvendig forutsetning for et sterkt ønske om familiegjenforening at søkeren er pleie- eller omsorgstrengende. Nærhet og kontakt med eldre foreldre (som ofte også har barnebarn i Norge) vil i seg selv kunne anses som et bærende hensyn for familiegjenforening. Når det gjelder hensynet til vanskelige materielle levekår i hjemlandet, vil det ut fra en rent økonomisk og praktisk synsvinkel ofte kunne være lettere for en familie som er bosatt i Norge og besørge slik støtte til foreldrene i hjemlandet gjennom økonomisk bistand, fremfor å ha et økonomisk ansvar for foreldrene i Norge.

Situasjonen i utenlandsk rett viser et varierende bilde på dette punkt.

I Danmark var ordningen frem til innskjerpingene i regelverket i juli 2002 at foreldre over 60 år til en person som var flyktning, eller som var dansk eller nordisk borger, hadde rett til familiegjenforening. I forbindelse med regelendringene ble adgangen til familiegjenforening for foreldre fjernet, slik at det ikke lenger gis rett til familiegjenforening for denne gruppen.

I svensk rett kunne det frem til 1997 gis opphold til enslige foreldre med samtlige barn i Sverige, dersom vedkommende forelder var over 60 år eller dersom det fantes sterke humanitære grunner for å gi opphold. Foreldrepar kunne også gis adgang til opphold etter en mer helhetlig vurdering. Regelverket ble imidlertid innskjerpet i 1997:

> "[Regjeringen] konstaterade [ ] att en relativt vid krets hade rätt att invandra till Sverige. Däribland fanns såväl föräldrapar som ensamstående föräldar, som hade bostad och försörjning i hemlandet och i vissa fall också bodde tillsammans med barn där. I Sverige saknade de regelmässigt egen försörjning och blev helt hänvisade till samhällets hjälp."

Den bestemmelse som i dag regulerer adgangen til familiegjenforening for foreldre til voksne barn (og andre familiemedlemmer utenfor kjernefamilien), finnes i kapittel 2, § 4 første ledd nr. 3:

> "Uppehållstillstånd får ges till en utlänning som på något annat sätt än som avses i 1-2 är nära anhörig till någon som är bosatt i Sverige eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosätting här och som ingått i samma hushåll som den personen".

Følgende er sagt om praksis etter denne bestemmelsen i SOU 2002:13, jf. s. 70:

> "Enligt praxis kan man i bedömningen av om ett beroendeförhållande föreligger även väga in andra faktorer såsom släktskapet samt sökandens civilstånd, ålder och anknytning till annat land. Beroendeförhållandet skall ha förelegat redan i ursprungslandet. Tidpunkten för anknytningspersonens bosätting i Sverige är när permanent uppehållstillstånd getts. I praxis för vad som skall avses med att ansökan skall göras "relativt snart", under förutsättning att det inte funnits praktiska svårigheter, torde normalt krävas att den görs inom cirka 10 månader från det anknytningspersonen fått permanent uppehållstillstånd."

Komiteen som har levert sin innstilling i SOU 2002:13, har foreslått en liberalisering av svensk praksis på dette feltet:

> "Föräldrar får en möjlighet till uppehållstillstånd som anhöriga under samma förutsättingar som vuxna barn. Det innebär att ett väsentligt beroendeförhållande till barnet i Sverige eller andra särskilda skäl skall föreligga. Föräldrarnas ålder och beroende av just barnet i Sverige bör få betydelse för rätten till uppehållstillsånd, liksom om det är ett föräldrapar eller en ensamstående förälder och hur den sosiala situationen i övrigt ser ut för en ensam förälder i hemlandet. "Andra särskilda skäl" är avsett för särskilt ömmande omständigheter, t.ex. att barnet utgör "sista länk" eller om beroendeförhållandet i undantagsfall är det omvända."

I Storbritannia tilhører ikke eldre foreldre/en enslig eldre forelder, den personkretsen som i utgangspunktet har rett til familiegjenforening. Man har imidlertid en generell mulighet for å innvilge adgang til gjenforening dersom "compelling, compassionate circumstances" tilsier det.

I Nederland gis det ingen rett til familiegjenforening for foreldrepar, men det foreligger derimot en rett til familiegjenforening for en enslig forelder over 65 år som er uten andre barn i hjemlandet som kan ta vare på vedkommende, og under forutsetning av at "nesten" alle øvrige barn er bosatt i Nederland.

I EU-direktivet om familieinnvandring er det ikke inntatt noen plikt for statene til å innvilge familiegjenforening for eldre foreldre(par), men det er presisert en adgang for statene til å operere med en mulighet for tillatelse i disse tilfellene:

> "The Member States may, by law or regulation, authorise the entry and residence, pursuant to this Directive and subject to compliance with the conditions laid down in Chapter IV, of the following family members:
> (a) first-degree relatives in the direct ascending line of the person applying for reunification or his or her spouse, where they are dependent on them and do not enjoy proper family support in the country of origin".

Utvalget anser at man bør videreføre en adgang til gjenforening med enslig eldre forelder, og at en bestemmelse om dette bør inntas i loven.

På grunn av det potensialet for innvandring som ligger i bestemmelsen - særlig dersom man opplever en økning i innvandringen for øvrig - og de utfordringer for velferdssamfunnet som denne typen innvandring normalt representerer, anser utvalget at det er behov for at politikken på dette feltet kan tilpasses endrede forhold. Det foreslås derfor å åpne for at praksis kan reguleres nærmere gjennom forskrift.

Utvalget har vurdert om man på samme måte som i gjeldende svensk rett bør operere med et vilkår om at partene har inngått i samme husstandsfellesskap kort tid forut for søknaden om opphold. Man anser imidlertid at en slik regel vil ha en klart uheldig virkning, ved at den forbeholder retten til familiegjenforening for de tilfeller hvor referansepersonen nylig har tatt opphold i riket, mens utlendinger som har vært deltakere i det norske samfunn i mange år, og som for øvrig også kan ha blitt norske borgere, vil være avskåret fra å opptre som referansepersoner.

Når det gjelder det vilkåret som er nedfelt i gjeldende forskriftsverk om at "herboende [referanseperson] må antas å ha et særlig ansvar for vedkommende", vil utvalget foreslå at dette ikke videreføres. For det første er det uklart hva som ligger i dette kravet, og for det andre kan det lett oppstå kontrolltekniske problemer knyttet til å vurdere riktigheten av det bildet av familieforholdene som søkeren og referansepersonen oppgir. Med bakgrunn i at utvalget anbefaler en skjønnsmessig adgang til å innvilge opphold, vil man imidlertid fortsatt bevare en mulighet til å nekte opphold i de tilfellene hvor det er helt klart at det er andre familiemedlemmer som er nærmere til å ta ansvar for søkeren enn referansepersonen i Norge.

Det bør for øvrig fortsatt være et vilkår at søkeren er uten andre nære slektinger i hjemlandet. Utvalget er klar over at blant annet kulturelle familiemønstre i visse sammenhenger kan innebære at en eldre far eller mor står uten faktisk mulighet til å bli tatt vare på av det gjenværende familiemedlemmet. For eksempel kan det i enkelte kulturer være vanskelig eller umulig for en gift datter å ta ansvar for sine egne foreldre. Ansvaret for foreldrene anses å påhvile en av sønnene.

Etter utvalgets vurdering bør ikke slike kulturelle forhold vektlegges. Det kan også i andre sammenhenger være en rekke praktiske grunner til at det er problematisk å henvise til at det finnes et gjenværende familiemedlem i hjemlandet, for eksempel hvor det anføres at det gjenværende familiemedlemmet på grunn av helsemessige, økonomiske eller geografiske grunner mv. er forhindret fra å dra omsorg for søkeren. I noen situasjoner kan forholdet også være at det på grunn av en familiekonflikt ikke er aktuelt å søke hjelp fra det gjenværende familiemedlemmet. Ut fra kontrolltekniske grunner ville det likevel knytte seg klare betenkeligheter til å vektlegge denne typen forhold. Utvalget anser derfor at verken kulturelle familiemønstre eller individuelle forhold som hindrer søkeren fra å motta omsorg fra et gjenværende familiemedlem, normalt skal kunne tillegges avgjørende betydning. I forhold til saker hvor ekstraordinære hensyn måtte gjøre seg gjeldende er det likevel grunn til å påpeke at det som følge av forslaget til en generell unntaksbestemmelse, jf. kapittel 8.5.3.11, ikke er noe absolutt hinder for at opphold kan innvilges.

I forhold til foreldrepar vil utvalget ikke foreslå at det gis noen lovfestet rett eller adgang til familiegjenforening. Det vises til det som er drøftet ovenfor vedrørende de innvandringspolitiske konsekvensene av en rett til familiegjenforening for foreldre generelt. Utvalget har vurdert hvorvidt man kunne innta en bestemmelse tilsvarende den man har i gjeldende forskriftsverk om at det også i forhold til foreldrepar kan gis tillatelse "i særlige tilfeller", men man har funnet at dette ville være uheldig. Det er høyst uklart hva som ligger i et slikt vilkår. Skal tillatelse i tilfelle kunne gis på det tidspunkt hvor en eller begge har behov for en livsforlengende operasjon som kan tilbys i Norge, men ikke i hjemlandet? Skal tillatelse kunne gis på det tidspunkt hvor foreldrene er omsorgstrengende, og skal det i tilfelle forventes at forvaltningen foretar en klarlegging av alternative omsorgsmuligheter? Skal det kunne legges vekt på eventuelle usikre forhold knyttet til situasjonen i det land foreldrene er bosatt, slik at saken blir å vurdere som en

type asylsøknad? Uansett om det skulle være mulig å oppstille et kriteriesett for vurderingen, ville man her stå overfor betydelige problemer av kontrollteknisk art. Sammenholdt med de øvrige innvandringsregulerende hensyn som taler mot at man åpner for familiegjenforening for foreldrepar, anser derfor utvalget at det ikke er grunn til å innta noen særskilt bestemmelse verken om rett eller adgang til familiegjenforening i disse tilfellene. Det vises til lovutkastet § 55.

Samtidig gjelder det også i forhold til denne kategorien saker at det vil kunne forekomme tilfeller hvor det vil fremstå som uholdbart dersom man ikke har noen anledning til å gjøre unntak. I denne sammenheng vises det til bestemmelsen i lovutkastet § 57, jf. kapittel 8.5.3.11 nedenfor.

8.5.3.11 Familiegjenforening i andre tilfeller

I medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd og utlendingsforskriften § 24 er det åpnet for at man i visse tilfeller kan innvilge opphold til andre kategorier av familiemedlemmer enn dem som er nevnt ovenfor. Enkelte kategorier av slike "andre familiemedlemmer" er oppregnet i utlendingsforskriften § 24 første ledd, mens utlendingsforskriften § 24 annet ledd gir en mer generell mulighet for at det kan foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering.

Også i et nytt lovverk vil det være nødvendig med en mulighet for opphold også for andre familiemedlemmer enn dem som er omhandlet i punktene over. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor søkeren er det siste medlem ("last link") av en familieenhet som har levd i husstandsfellesskap i hjemlandet og hvor alle øvrige familiemedlemmer er gitt rett til opphold i Norge, samtidig som søkeren i et slikt tilfelle er avhengig av å bli forsørget av de øvrige familiemedlemmene. Dette er typisk situasjonen hvor et forsørget barn over 18 blir igjen i hjemlandet etter at foreldrene og eventuelt mindreårige søsken flytter til Norge.

Et sentralt spørsmål er imidlertid om det er hensiktsmessig og ønskelig å begrense en slik "unntakshjemmel" som her diskuteres til å gjelde klart definerte typer av situasjoner og/eller personkategorier, eller om man skal videreføre en slik helt generell hjemmel som den man i dag har i utlendingsforskriften § 24 annet ledd.

Illustrerende, både for praksis og for de utfordringer som melder seg, er en sak som ble behandlet av Sivilombudsmannen i 1998/99:

Saken gjaldt en 71 år gammel pakistansk mor (A) og hennes psykisk utviklingshemmede sønn på 38 år (B), som søkte om familiegjenforening med henholdsvis sønn og bror i Norge (C). C hadde bodd i Norge siden 1971.

Ombudsmannen fant i første rekke at det var grunn til å foreta en vurdering av hensynet til B. Det ble lagt til grunn at B var sterkt psykisk handikappet, og ikke maktet å dra omsorg for seg selv. Videre ble det lagt til grunn at A, eventuelt om kort tid, ikke lenger ville være i stand til å dra omsorg for B, og at B bodde i et land der hans pleiebehov i stor utstrekning måtte forutsettes å bli dekket av familien selv. Ut fra en samlet vurdering fant ombudsmannen grunn til å kritisere Justisdepartementets avslag som "klart urimelig".

I et brev til ombudsmannen av 15.01.1999 ga Justisdepartementet blant annet følgende kommentarer til ombudsmannens uttalelse og de vurderinger som ble foretatt i forhold til foreldre og pleietrengende søsken mv.:

> "Konsekvensene ved en lav terskel for innvilgelse for foreldre kan bli store for det norske samfunnet. Hovedinnvandringen til Norge fant sted på begynnelsen av 1970-tallet, først og fremst pakistanere, dernest tyrkere og marokkanere. Dette var primært unge mennesker som etter hvert vil få gamle foreldre med de helseproblemer og pleiebehov som denne gruppen kan ha. Dette betyr at potensialet for slike saker vil øke fremover og at søkerne vil kunne være relativt gamle. I tillegg har store grupper innvandrere fått oppholdstillatelse de siste 10 årene. Også her ligger det et stort fremtidig innvandringspotensiale når det gjelder foreldre.
>
> I dag behandler utlendingsmyndighetene et ikke ubetydelig antall slike saker. Det må imidlertid antas at et stort antall saker ikke fremmes, fordi mange herboende utlendinger er klar over at så lenge det er barn i hjemlandet, vil søknaden normalt ikke bli innvilget.
>
> Det er ikke mulig å gi sikre anslag for hvor mange funksjonshemmede og psykisk utviklingshemmede søsken som vil søke om oppholdstillatelse sammen med gamle foreldre, hvis det åpnes for dette. Men potensialet må anses for å være stort. Bare i Pakistan regner man med at ca. 13% av alle under 18 år – de utgjør ca. 65 millioner mennesker – har en eller flere former for funksjonshemming. I tillegg kommer de over 18 år.
>
> Kostnader knyttet til sykdomsbehandling, sykehjemsplasser, o.s.v. må tas i betraktning. Dertil kommer trygde- og pensjonsutbetalinger, samt sosiale utgifter fordi familien ikke greier, eller ikke ønsker, å forsørge familiemedlemmet når vedkommende først er kommet til Norge, men velger å overlate til det offentlige å sørge for egen bolig og livsopphold. Også for funksjonshemmede voksne

søsken vil det bli utgifter til trygd og sosialhjelp, hjemmesykepleie, egen bolig, evt. institusjon, avlastningstiltak, omsorgslønn for familien, o.s.v.

En praksis som den en innvilgelse i denne saken ville signalisere, ville også innebære at man måtte undersøke et stort antall saker i hjemlandet, med sikte på å klarlegge om de faktiske forhold er slik søkeren beskriver dem. Det er et kjent fenomen at det forekommer såvel bevisst uriktige som overdrevne opplysninger i utlendingssaker. Skal listen for innvilgelse ligge lavt, vil behovet for undersøkelser øke. Det vil videre være ressurs-, tids- og kostnadskrevende.

Ved en mer liberal praksis, og uten noe særlig kvalifiserende moment for når det foreligger sterke menneskelige hensyn, vil den type saker kunne bli mer krevende. I enhver sak må det vurderes om den enkelte søker er gammel nok, er syk nok og om barnet i hjemlandet har "gyldig grunn" for ikke å dra omsorg for søkeren. Det må videre vurderes om sykdommen alene tilsier oppholdstillatelse, evt. hvilke sykdommer som skal tillegges avgjørende vekt. Det blir også et spørsmål om hvorvidt det forhold at barnet i hjemlandet bor langt fra far eller mor, har egen familie, har dårlig råd, om barnet er sønn eller datter, o.s.v. er slike forhold som tilsier at oppholdstillatelse bør gis. Forvaltningen har i dag mer objektive kriterier m.h.t. om det er "gyldig" grunn for at barn ikke kan dra omsorg for sin enslige forelder. Endres dette vil vurderingen måtte bli langt mer omfattende og tidkrevende enn den som foretas i dag. Slike saker vil dermed bli mer ressurskrevende å behandle.

Av samme grunn vil det også være fare for økt forskjellsbehandling i praksis, jf. at det er vanskelig å sette opp tilstrekkelig klare kriterier for når det skal anses å foreligge sterke menneskelige hensyn."

I sitt svarbrev til departementet bemerket ombudsmannen:

"Selv om departementets avgjørelse fremdeles kan etterlate tvil når det gjelder rimeligheten av vedtaket, har jeg etter omstendighetene ikke funnet grunn til å gå videre med saken. Jeg tilføyer at jeg, etter å ha sett på saken igjen, ikke er fremmed for at det i avsluttende uttalelse herfra [ ] kan ha blitt fokusert for sterkt på B`s situasjon. Jeg har for øvrig forstått A slik at hun ikke vil bosette seg her i landet dersom sønnen ikke får følge med. Jeg legger til grunn at dette fortsatt er tilfellet."

I utenlandsk rett er bildet varierende når det gjelder adgangen til familiegjenforening utenfor den personkretsen som er drøftet i punktene foran.

I dansk rett foreligger det etter innstramningene i juli 2002 ingen adgang til familiegjenforening for andre familiemedlemmer enn dem som tilhører kjernefamilien.

I svensk rett er det inntatt en unntaksbestemmelse som åpner for at tillatelse kan gis "en utlänning som på något annat sätt [ ] är nära anhörig till någon som är bosatt i Sverige eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosätting här och som ingått i samma hushåll som den personen". Det er dessuten inntatt en generell unntaksbestemmelse som åpner for at tillatelse kan gis "en utlänning som annars har särskild anknytning til Sverige".

I Storbritannia er situasjonen at det kan gis opphold for andre familiemedlemmer enn dem som tilhører kjernefamilien dersom "compelling, compassionate circumstances" tilsier det.

I Nederland gis det ingen adgang til familiegjenforening for andre familiemedlemmer utenfor kjernefamilien enn samboere, enslige foreldre over 65 år (på visse vilkår) og i visse tilfeller barn over 18 år.

I EU-direktivet om familieinnvandring er det inntatt en bestemmelse som gir mulighet for statene til å utvide kretsen av personer med adgang til opphold:

"The Member States may, by law or regulation, authorise the entry and residence, pursuant to this Directive and subject to compliance with the conditions laid down in Chapter IV, of the following family members:

(a) first-degree relatives in the direct ascending line of the sponsor or his or her spouse, where they are dependent on them and do not enjoy proper family support in the country of origin;

(b) the adult unmarried children of the applicant or his or her spouse, where they are objectively unable to provide for their own needs on account of their state of health".

Utvalget har kommet til at det på tross av de ressurs-, tids- og kostnadsmessige konsekvensene av å operere med en generell unntaksbestemmelse, er nødvendig å innta en slik bestemmelse i loven som en sikkerhetsventil i forhold til helt særskilte tilfeller som måtte oppstå i praksis. I forhold til vurderingen etter en slik unntaksbestemmelse bør det ikke utelukkende sees hen til hvilken grad av rimelighetshensyn som eventuelt taler for at en tillatelse gis, men også sees hen til hvilke konsekvenser en innvilgelse eventuelt har i forhold til innvandringen, hvilke kontrolltekniske betenkeligheter som gjør seg gjeldende osv. Dette innebærer også at det kan innvilges opphold i saker hvor det

gjør seg gjeldende mindre tungtveiende rimelighetshensyn enn i saker hvor tillatelse ellers nektes, dersom det er klart at det gjelder et enkeltstående tilfelle som heller ikke reiser kontrolltekniske problemer.

Som eksempel på tilfeller hvor det etter utvalgets oppfatning kan være aktuelt å innvilge opphold etter en nærmere vurdering, nevnes de tilfellene som i dag er oppregnet i utlendingsforskriften §24 første ledd bokstav d til g, jf. kapittel 8.2.3 over. Det vises også til de situasjoner hvor søkerne er et eldre foreldrepar med voksne barn i riket, og hvor det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter. Tilsvarende vises det til de tilfellene som er drøftet under punkt 8.5.3.8 ovenfor, hvor referansepersonen er en enslig mindreårig og hvor søkerne er vedkommendes foreldre.

Det vil for øvrig kunne være grunn til å gjøre unntak fra vilkårene som gjelder personkrets dersom søkeren er det siste medlem av en familieenhet som har levd i husstandsfellesskap i hjemlandet og hvor alle de øvrige familiemedlemmene er gitt rett til opphold i Norge, samtidig som søkeren i et slikt tilfelle er avhengig av forsørgelse fra de øvrige familiemedlemmene. I denne sammenheng vil det imidlertid være relevant å legge vekt på hva som er grunnlaget for at de øvrige familiemedlemmene har fått opphold i Norge. Det bør normalt være en forutsetning for å innvilge tillatelse at familiemedlemmene er gitt opphold på grunnlag av et beskyttelsesbehov.

Utvalget vil ellers understreke at man forutsetter at unntaksbestemmelsen praktiseres restriktivt. I mange tilfeller hvor det etter en isolert vurdering av saken må anses å foreligge sterke rimelighetsgrunner, kan det etter en bredere vurdering fremstå som nødvendig å avslå. For eksempel bør det etter utvalgets oppfatning som hovedregel ikke anses som tilstrekkelig for familiegjenforening at et familiemedlem utenfor den personkretsen som ellers har adgang til opphold, lider av en alvorlig sykdom som kan behandles i Norge, men ikke i hjemlandet. Typisk er situasjonen i forhold til eldre foreldre, at det før eller siden normalt oppstår en situasjon hvor foreldrene blir alvorlig svekket eller syke og behandlings- eller pleietrengende. Det forhold at det i en slik situasjon eventuelt skulle finnes et behandlingstilbud eller pleietilbud i Norge som ikke eksisterer i hjemlandet, er ikke et forhold som utenfor de ekstraordinære tilfellene, hvor eventuelt også andre hensyn gjør seg sterkt gjeldende, bør kunne begrunne en adgang til familiegjenforening.

Utvalget har valgt å tydeliggjøre behovet for slike avveininger som nevnt ovenfor gjennom å presisere i loven at det kan tas "innvandringsregulerende hensyn". Det vises til kapittel 9.6 for en nærmere drøftelse av begrepet.

Et særskilt spørsmål er hvorvidt det eventuelt kun er hensynet til søkerens situasjon som skal være vurderingstema, eller om også hensynet til referansepersonens situasjon skal kunne anføres som grunnlag for en tillatelse. Spørsmålet oppstår for eksempel i situasjoner hvor referansepersonen er pleietrengende og hvor vedkommendes voksne barn i hjemlandet søker om tillatelse for å pleie sin gamle mor eller far i Norge. I praksis under gjeldende forskrift § 24 annet ledd har det i liten eller ingen grad blitt åpnet for familiegjenforening i denne type saker. Utvalget anser at det også under en ny lovbestemmelse bør være slik at det som den store hovedregel er søkerens situasjon som skal vurderes i forhold til om det er grunnlag for å gjøre unntak.

Utvalget anser det ikke hensiktsmessig å innta kasuistisk utformete unntaksbestemmelser i loven, slik det er gjort i utlendingsforskriften § 24 første ledd i gjeldende regelverk. Det bør imidlertid åpnes for at Kongen i forskrift - dersom det finnes hensiktsmessig - kan presisere nærmere unntaksbestemmelser i forhold til slike situasjoner som det vil være et ønske om å fange opp under unntakshjemmelen.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 57.

8.5.4 Familieetablering

8.5.4.1 Innledning

Som påpekt i kapittel 8.5.1, er det rimelig å legge til grunn at en betydelig andel av familieinnvandringstilfellene gjelder tilfeller av familieetablering. Det vises til avsnitt 8.5.3.4 når det gjelder skillet mellom familieetablering og familiegjenforening.

Mens det i forhold til de to største nasjonalitetsgruppene på familieinnvandringsfeltet i 2002, Irak og Somalia, er klart at innvandringen i all hovedsak gjaldt familiegjenforening, er bildet et vesentlig annet når det gjelder Thailand, som var det tredje landet på statistikken for 2002. I 73 prosent av alle familieinnvandringstilfellene som gjaldt søkere fra Thailand var referansepersonen norsk eller nordisk borger. Bare i 23 prosent av tilfellene var referansepersonen en utlending uten bosettingstillatelse. I forhold til det fjerde landet på statistikken for 2002, Russland, var referansepersonen norsk eller nordisk borger i 50 prosent av familieinnvan-

dringstilfellene, og i forhold til land nummer fem, Pakistan, var referansepersonen norsk eller nordisk borger i 60 prosent av tilfellene.

Statistisk Sentralbyrå (SSB)[16] har analysert antallet henteekteskap[17] i perioden 1996-2001 i forhold til 12 særlig aktuelle nasjonalitetsgrupper: Pakistan, Vietnam, Irak, Tyrkia, Marokko, Sri Lanka, India, Bosnia-Hercegovina, Somalia, Gambia, Filippinene og Thailand.

SSB har da tatt utgangspunkt i de ekteskapsinngåelser hvor referansepersonen har hatt bakgrunn fra ett av de nevnte landene, og sett i hvor mange tilfeller ekteskap er inngått med en utlending som er henholdsvis bosatt/ikke-bosatt (henteekteskap) i riket.

I forhold til de 12 nasjonalitetsgruppene var det da i perioden 1996-2001 9230 ekteskapsinngåelser. Litt over halvparten (5080) kan representere såkalte henteektskap og derved ha gitt grunnlag for familieetablering.

Den klart største nasjonalitetsgruppen i forhold til denne typen familieinnvandringstilfeller, er pakistanere. I perioden 1996-2001 ble det inngått 1803 ekteskap hvor referansepersonen hadde pakistansk landbakgrunn. Av disse ekteskapene ble 1345 inngått med en utlending som ikke er bosatt i Norge. (For øvrig hadde 1729 av ektefellene pakistansk landbakgrunn.)

Når det gjelder antallet henteekteskap hvor referanspersonen er norsk uten innvandringsbakgrunn, ble det i perioden 1996-2001 inngått 12540 slike ekteskap. Dette er 7500 mer enn for de 12 innvandrergruppene som er nevnt over. Det vil si at de fleste henteekteskap skjer med en referanseperson som er norsk borger uten innvandrerbakgrunn. Det har vært en klar økning i antallet tilfeller hvor referansepersonen er en norsk mann:

1996:	762
1997:	894
1998:	1077
1999:	1529
2000:	1794
2001:	1999

Ut fra Utlendingsdirektoratets tall om familieinnvandring er det for øvrig grunnlag for å slutte at når det gjelder familieinnvandringen fra vestlige land, er referansepersonen i all hovedsak norsk borger. Dette tilsier at den vestlige familieinnvandringen i det alt vesentlige foregår som familieetablering.

Som påpekt under kapittel 8.5.1, relaterer flere av utfordringene på familieinnvandringsfeltet seg særlig til tilfeller av familieetablering. I det følgende vil flere av disse utfordringene bli drøftet særskilt.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse om familieetablering gjennom ekteskap er inntatt i lovutkastet § 58.

8.5.4.2 Kravet til forholdets alvor – proforma mv.

Utlendingsloven av 1988 stiller ingen krav om at ektefellene har hatt noen forutgående kontakt av en viss varighet eller omfang for at det skal foreligge en rett til opphold. Med bakgrunn i at man i praksis i visse tilfeller også har akseptert ekteskap inngått ved stedfortreder, har det vært mulig å oppnå rettskrav på opphold i Norge med grunnlag i ekteskap med en ektefelle man aldri tidligere har møtt.

Utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a oppstiller et vilkår om at partene skal bo sammen. Videre vil det være adgang til å avslå oppholdstillatelse dersom ekteskapet er inngått proforma, dvs. hvor ekteskapet er helt uten faktisk realitet og er inngått kun med det formål å omgå lovregler om innvandring. Hjemmelen for å avslå i slike tilfeller må anses å følge av sedvanerettslige proformabetraktninger. Det vises også til Ot.prp. nr. 46 1986-87 s. 61:

> "Et gyldig inngått ekteskap vil [ ] ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det ikke er noen realitet i det."

Det forhold at hovedformålet med ekteskapsinngåelsen har vært å oppnå oppholdstillatelse for søkeren, vil imidlertid ikke uten videre være tilstrekkelig for avslag dersom ekteskapet samtidig har en realitet.

Det innebærer betydelige bevismessige utfordringer å skulle fastslå at et ekteskap er proforma. Bevistemaet er knyttet til partenes subjektive motiv for ekteskapsinngåelsen. I utgangspunktet er det ikke tilstrekkelig å kunne fastslå at partene har hatt som hovedmotiv å oppnå oppholdstillatelse for søkeren. Det avgjørende vil normalt være om ekteskapet savner så godt som enhver realitet når det gjelder partenes tilknytningsmessige forhold til hverandre i ekteskapelig sammenheng.

Av bevismessige grunner vil det gjerne være enklere å reagere mot proformaekteskap etter at

16. Benedicte Lie: Ekteskapsmønstre i det flerkulturelle Norge, rapport 2004/1
17. SSB definerer dette som "ekteskapsinngåelse mellom en som er bosatt i Norge og en bosatt i utlandet ved ekteskapsinngåelsen." Både de tilfeller der en innvandrer gifter seg med en ikke bosatt utlending, og ekteskap mellom en norsk uten innvandringsbakgrunn og en ikke bosatt utlending, er omfattet.

oppholdstillatelse er gitt og søkeren har bosatt seg i Norge. Dersom det viser seg at partene ikke bor sammen, vil tillatelsen kunne tilbakekalles eller fornyelse nektes under henvisning til at vilkåret om at partene skal bo sammen ikke er oppfylt. Det er da i prinsippet ikke nødvendig å ta stilling til proformaspørsmålet. Også det bevistemaet man her står overfor vil imidlertid kunne fremstå som krevende. Parter som har arrangert et proformaekteskap, vil ofte også arrangere bevis for at de bor sammen i et husstandsfellesskap. I tillegg har politiet ikke noen annen hjemmel enn ransakelsesbestemmelsene i straffeprosessloven som kan gi grunnlag for å foreta husundersøkelser. Kontroller på bosted forutsetter derfor i realiteten samtykke og frivillighet fra partenes side.

Tradisjonelt har det ikke fra myndighetenes side blitt nedlagt særlige ressurser for å avdekke proformaekteskap. I den senere tid har det blitt rettet noe større fokus mot denne typen omgåelsestilfeller ved blant annet Oslo politidistrikt, i tillegg til at denne typen saker har vært viet særlig oppmerksomhet ved Søndre Buskerud politidistrikt. Dersom det ut fra opplysninger i den enkelte sak er mistanke om proforma, blir det foretatt grundige intervjuer av referansepersonen for å klarlegge om ekteskapet har noen realitet. Grunnlaget for mistanke om at ekteskapet ikke er reelt, er normalt at det foreligger særskilte kjennetegn ved saken som gir indikasjoner for proforma. De fleste saker hvor proforma avdekkes, gjelder saker hvor det søkes om fornyelse av oppholdstillatelsen. De fleste sakene gjelder etniske nordmenn som inngår proformaekteskap med utlendinger.

Oslo politidistrikt opplyste i møte med utvalget sommeren 2003 at man foretar i gjennomsnitt 27 intervjuer pr. uke i saker som undersøkes i forhold til proformaspørsmål. Det finnes ikke tilgjengelige tall som viser hvor mange av disse sakene som faktisk leder til vedtak fra Utlendingsdirektoratet hvor man konkluderer med at det er tale om et proformatilfelle.

De situasjoner hvor gjeldende rettighetsbestemmelser utnyttes for omgåelse av de innvandringsregulerende bestemmelsene i proformasammenheng, forekommer i ulike varianter. I enkelte tilfeller blir proformaekteskap inngått mellom en asylsøker og en part som er bosatt i Norge. Ekteskapet kan enten bli inngått i Norge eller i søkerens hjemland etter at vedkommende har returnert. I andre tilfeller blir ekteskap inngått mens søkeren er i Norge som turist eller på annet midlertidig grunnlag. Situasjonen kan da være at søkeren har fått visum for å besøke familiemedlemmer i Norge, og at familien har funnet en proformaektefelle som søkeren gifter seg med kort tid etter ankomst. Videre har man tilfeller hvor søkeren oppholder seg i hjemlandet, men har fått formidlet kontakt med referansepersonen gjennom slektninger i Norge, eller har fått kontakt med vedkommende i hjemlandet. Det siste er særlig aktuelt i tilfeller hvor partene har samme nasjonalitetsbakgrunn, og eventuelt også hvor partene er slektninger slik at ekteskapet er en form for "vennetjeneste" med det formål å hjelpe en slektning til Norge.

I noen tilfeller betales penger for ekteskapet til den parten som er bosatt i Norge. I mange av proformasakene viser det seg at referansepersonen i Norge har en vanskelig økonomisk situasjon. I praksis har man sett eksempler på at det er betalt store summer for proformaekteskap. I andre tilfeller er det snakk om rene "vennetjenester", eventuelt for å hjelpe en slektning i hjemlandet til å komme til Norge, eller "sympati-ekteskap" for å hjelpe for eksempel en asylsøker som har fått avslag.

I svensk og dansk lovgivning har man inntatt særskilte bestemmelser som favner videre enn både vilkåret om at partene skal bo sammen og vilkåret om at ekteskapet ikke rammes av sedvanerettslige proformaregler.

I den danske utlendingsloven er det inntatt en bestemmelse i § 9, stk. 9 om at en søknad om oppholdstillatelse kan avslås "såfremt der er bestemte grunde til at antage, at det afgørende formål med ægteskabets indgåelse eller etablering af samlivsforholdet er at opnå opholdstilladelse." Det er i første rekke bevismessige hensyn som ligger til grunn for at man her har åpnet for å nekte tillatelse også utenfor de rene proformatilfellene. Etter den danske bestemmelsen er det således ikke nødvendig å ta stilling til om det å oppnå oppholdstillatelse har vært det eneste formål, det er tilstrekkelig å kunne konstatere at dette har vært "det afgørende formål". Det er dermed av mindre betydning om partene kan godtgjøre at de også har hatt andre motiver av mer seriøs art, hvis disse ikke har vært utslagsgivende.

I den svenske utlendingsloven har man en bestemmelse i kap. 2, § 4 annet ledd pkt. 2, som fastsetter et vilkår om at "förhållandet framstår som seriöst". Også denne bestemmelsen gir hjemmel for å avslå i andre tilfeller enn i de egenlige proformatilfellene. Bestemmelsen har likevel en noe annerledes karakter enn den danske bestemmelsen, ved at det sentrale vurderingstemaet ikke er hvorvidt hovedformålet har vært å oppnå opphold, men hvorvidt forholdet fremstår som seriøst. Siktemålet med den svenske bestemmelsen er

ikke bare å kompensere for de kontrolltekniske problemene som vil foreligge dersom det må fastslås at det er tale om et proforma arrangement. Vilkåret om at forholdet må fremstå som seriøst, er også et uttrykk for at man ikke anser at ethvert tilfelle av reell familieetablering skal kunne gi rett til opphold, men at det er rimelig å stille visse ytterligere krav til alvoret av det tilknytningsmessige forholdet mellom partene. Dersom for eksempel en svensk borger treffer noen han eller hun vil gifte seg med under en ferie i utlandet, anses noen ukers forhold mellom partene som for kort tid til å kunne gi rett til opphold. Har partene fått kontakt via annonse e.l. og aldri møtt hverandre tidligere, forutsettes en langvarig og flittig brevveksling e.l. før det gis rett til opphold.

I EU-direktivet om familieinnvandring er det inntatt en klausul om at det ikke skal foreligge en rett til oppholdstillatelse dersom "it is shown that the marriage [ ] was contracted for the sole purpose of enabling the person concerned to enter or reside in a Member State." Ved at man her anvender uttrykket "sole purpose", tas det bare sikte på å ramme de tilfeller hvor oppnåelse av oppholdstillatelse har vært det eneste formål med familieetableringen. Rettighetsbegrensningen må derfor forstås slik at den kun rammer de rene proformaarrangementene.

Utvalget finner det hensiktsmessig at man også i norsk lovgivning inntar en hjemmel for å nekte opphold i de tilfeller hvor ekteskap inngås med det formål å omgå de innvandringsregulerende vilkårene.

En slik vilkårsbestemmelse som den man har i EU-direktivet, vil etter utvalgets oppfatning være for snever, fordi vurderingstemaet kun er knyttet til om det "utelukkende" har vært et formål å oppnå oppholdstillatelse. Allerede praksis under gjeldende ulovfestet rett viser at det vil være betydelige bevismessige problemer knyttet til å praktisere en slik bestemmelse.

På den annen side vil utvalget ikke foreslå at man som i svensk rett velger å operere med en bestemmelse med det bredere siktemål å kunne vurdere om et reelt tilknytningsmessig forhold mellom partene også for øvrig er tilstrekkelig seriøst til å kunne begrunne en oppholdstillatelse for søkeren. En slik bestemmelse ville etter utvalgets oppfatning ramme tilfeller hvor det ikke er tilstrekkelig innvandringspolitisk behov for å foreta innstramninger.

Utvalgets anbefaling er at man velger en bestemmelse noenlunde etter dansk mønster, og legger avgjørende vekt på om det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formål har vært å etablere et oppholdsgrunnlag for søkeren.

Det vil måtte utøves en betydelig grad av skjønn i den enkelte sak for å avgjøre hvorvidt man står overfor et tilfelle hvor opphold kan nektes etter en slik bestemmelse. Dette kan likevel ikke anses å innebære noen større fare for at vedtak blir fattet på grunnlag av tilfeldige avveininger. Selv om vurderingstemaet etter bestemmelsen vil være av skjønnsmessig karakter, finnes det objektive momenter som vil være relevante ved bedømmelsen, herunder blant annet:

- Hvilken kontakt det har vært mellom partene før ekteskapsinngåelsen, både med hensyn til varighet, karakter og omfang
- Hvilke kunnskaper partene har om hverandre
- Hvorvidt partene kan gi samsvarende opplysninger om hvordan de har blitt kjent med hverandre og hvilken kontakt som har vært mellom dem mv.
- Om partene kan kommunisere på et felles språk
- Aldersforskjellen mellom partene
- Om penger er betalt for ekteskapsinngåelsen uten at dette kan forklares med grunnlag i medgiftstradisjoner
- Hvorvidt referansepersonen har en tidligere ekteskapelig historie som kan gi grunnlag for mistanke om proforma eller tilsvarende
- Om en av partene har en tidligere livsledsager som skal bo i samme husstand som partene

De kriteriene som her er angitt tilsvarer for øvrig de kriteriene det ellers ville være naturlig å ta utgangspunkt i dersom man skulle vurdere om et forhold er uten realitet (proforma). Forskjellen når det gjelder selve vurderingstemaet, vil likevel kunne innebære at utfallet av bedømmelsen blir ulikt i mange sammenhenger, jf. i denne sammenheng kommentarutgaven til den danske utlendingsloven:

> "Mens det [ ] efter ordlyd og forarbejder synes klart, at afslag efter § 9, stk. 9 forudsætter ganske sikre bevismæssige holdepunkter for, at der foreligger pro forma-arrangement, har denne bestemmelse dog utvivlsomt udvidet adgangen til at nægte opholdstilladelse i forhold til, hva der ville være tilfældet ved anvendelse af andre lovbestemmelser ud fra sædvanlige pro forma-betragtninger. Hvis omgåelseshensyn udelukkende kunne føre til afslag på opholdstillatelse under henvisning til grundbetingelserne i § 9, stk. 1, nr. 2 eller som refleks af de ovenfor nævnte straffebestemmelser i § 59, skulle myndighetedernes beslutningsgrundlag i så henseende leve op til strengere beviskrav, og ikke mindst ville bevistemaet være snævrere."

I praksis vil det kunne oppstå vanskelige vurderingsspørsmål i forhold til tilfeller hvor det er klart at det kun er søkeren som har som hovedformål at forholdet mellom partene skal danne grunnlag for oppholdstillatelse. For eksempel vurderer både kvinner og menn fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller ekteskap med en person bosatt i et vestlig land som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og eventuelt sine barn. I noen tilfeller inngås ekteskap med denne motivasjonen fra søkerens side uten at partene har hatt noen videre forutgående kontakt. Referansepersonen kan imidlertid ha som hovedformål å etablere et reelt ekteskapelig forhold til søkeren. Isolert sett kan det ikke anses som noe formål å motvirke opphold i Norge gjennom slike ekteskap så lenge det ikke er grunn til å betvile at ekteskapet samtidig er ment å skulle ha en realitet. I enkelte tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse fremstå som så dominerende at det likevel kan være grunn til å nekte tillatelse. Her må de nærmere vurderinger overlates til praksis.

Utvalget ser at det kan reises innvendinger mot å innføre en relativt vid avslagshjemmel som etter sin ordlyd kan gi utlendingsmyndighetene hjemmel til å nekte opphold også utenfor rammen for hva som kan anses å være nødvendig eller ønskelig ut fra et innvandringspolitisk perspektiv. Man forutsetter imidlertid at avslagsbestemmelsen anvendes med varsomhet i forhold til de tilfeller hvor det ikke er klar grunn til å betvile at ekteskapet er ment å skulle ha en realitet. For øvrig er det grunn til å påpeke at en slik bestemmelse som foreslått har et begrenset potensial i forhold til å kunne lede til vedtak av spesielt inngripende karakter. For det første følger dette allerede av vilkåret om at det må kunne konstateres at hovedformålet er å oppnå oppholdstillatelse. For det andre vil ikke et eventuelt avslag på opphold i seg selv innebære varig hindring for at tillatelse kan innvilges på et senere tidspunkt. Dersom partene etter avslaget viderefører eller etablerer en kontakt som etter en viss tid må anses å sannsynliggjøre et reelt tilknytningsforhold, vil opphold kunne søkes på ny.

Det må understrekes at det i forbindelse med den konkrete bedømmelsen vil være nødvendig å ta hensyn til at det for medlemmene av visse nasjonalitetsgrupper kan være kulturelle årsaker til at partene for eksempel har hatt liten forutgående kontakt med hverandre eller at de har mindre kunnskaper om hverandre enn det som ellers er alminnelig å forvente. Dette vil for eksempel kunne være situasjonen i forhold til tilfeller hvor partene har inngått et arrangert ekteskap i samsvar med den kulturtradisjonen de tilhører.

Et vesentlig spørsmål vil videre være hvilke bevisregler som skal gjelde.

Proformavurderingen er aktuell i forhold til to prinsipielt ulike kategorier av saker:

1. De tilfeller hvor proformavurderingen foretas i forbindelse med en søknad om opphold.
2. De tilfeller hvor proformavurderingen blir aktualisert i forbindelse med spørsmålet om tilbakekall av en gitt tillatelse eller hvor fornyelse av tillatelsen blir vurdert nektet.

Det forhold at de sakene som faller inn under den første kategorien av tilfeller gjelder en søknad om et begunstigende vedtak, mens sakene i den andre kategorien gjelder tilbakekall av en gitt tillatelse/endring av en begunstigende vurdering, tilsier at bevisspørsmålet kan vurderes forskjellig, slik at det i den første typen av tilfeller skulle være søkeren som må sannsynliggjøre at ekteskapet er reelt, mens det i den andre typen av tilfeller er myndighetene som må sannsynliggjøre at ekteskapet er proforma.

I forarbeidene til den danske proformabestemmelsen ble det uttalt at det i søknadstilfellene må foreligge "et sikkert grundlag" for at hovedformålet har vært å oppnå oppholdstillatelse. I Sverige ble bevisspørsmålet drøftet i forbindelse med regjeringens gjennomgang av familieinnvandringsreglene i 2000, og regjeringen ga der følgende kommentarer til et forslag fra en lovkomité om at bevisbyrden burde påhvile partene i søknadsomgangen:

> "Det är emellertid enligt regeringens bedömning i allmänhet inte möjligt att ställa upp krav på att det skall föreligga några särskilda positiva indikationer på att förhållandet är seriöst. I regel torde det få bedömas som sannolikt att förhållandet är seriöst, om det inte finns några indikationer på att det är fråga om ett skenäktenskap eller skenförhållande och det inte heller i övrigt föreligger några omständigheter som talar för att förhållandet inte är seriöst."

Sterke rimelighetsgrunner taler for at det også i søknadstilfellene bør påhvile myndighetene å sannsynliggjøre at ekteskapet er inngått proforma eller tilsvarende. Det mest aktuelle spørsmålet er snarere om det bør gjelde et skjerpet beviskrav for myndighetene i tilbakekalls-/endringstilfellene. Utvalget vil imidlertid ikke foreslå at det oppstilles en generell regel om et skjerpet beviskrav i tilbakekalls- eller endringstilfellene. Det vises til at selv om dette gjelder mer inngripende vedtak, bør samtidig søkeren etter en viss botid i riket ha større mulighet for å sannsynliggjøre at forholdet er reelt.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse for å motvirke proformatilfeller er inntatt i lovutkastet § 58 tredje ledd.

8.5.4.3 Ekteskap inngått ved fullmektig

Etter enkelte lands rett kan ekteskap inngås uten at den ene parten er til stede. Ekteskapet inngås da på den måten at vedkommende er representert ved en fullmektig. I forhold til spørsmålet om anerkjennelse av denne typen ekteskap i norsk rett, er det nødvendig å skille mellom såkalte valgfullmakt og erklæringsfullmakt.[18]

En ordning med valgfullmakt tillater at fullmektigen har rett til å velge ektefelle. Denne ordningen, som blant annet forekommer i islamsk rett,[19] er i strid med norsk ordre public og kan ikke anerkjennes i Norge.

En ordning med erklæringsfullmakt tillater at én eller eventuelt begge av ektefellene er representert ved fullmektig. Fullmektigens oppdrag er strengt begrenset til kun å formidle viljen til den det opptres på vegne av. En ordning med erklæringsfullmakt er først og fremst en tillatt ordning i de katolskpregede stater i Europa og Latin-Amerika. Av europeiske stater som praktiserer ordningen, er blant annet Italia, Spania, Portugal, Polen, de tidligere jugoslaviske statene, Tsjekkia, Slovakia og Nederland. I henhold til norsk internasjonal privatrett må et ekteskap som er gyldig inngått i vigselslandet etter ordningen med erklæringsfullmakt, godkjennes som gyldig også i Norge.

Selv om et ekteskap som er inngått ved fullmektig i visse sammenhenger må anerkjennes som gyldig i norsk rett, knytter det seg betenkeligheter til å godkjenne slike ekteskap som grunnlag for familieetablering. I den utstrekning ordningen med fullmektigekteskap knyttes til en praksis med arrangerte ekteskap, vil det i prinsippet foreligge et opplagt potensial for at parter kan bli ofre for tvangsekteskap. Oslo Røde Kors Internasjonale Senter (ORKIS) har opplyst at man kjenner eksempler på at parter har blitt ufrivillig viet gjennom ordningen med fullmektigekteskap. Noen holdepunkter for å fastslå at dette er utbredt foreligger imidlertid ikke.

Det spørsmål som i første rekke oppstår i forhold til fullmektigekteskap i praksis, er hvorvidt ekteskapet er formelt gyldig i henhold til vigsellandets rett. I praksis forekommer det således i en rekke tilfeller at fullmektigekteskap er inngått i land hvor det er problemer knyttet til dokumentasjon, og hvor det ikke er klarhet verken i forhold til hvilke formkrav som gjelder eller i forhold til hvilke formkrav som er fulgt. I enkelte saker reises det derfor tvil om hvorvidt partene er lovformelig gift.

En annen vesentlig innvending mot å akseptere fullmektigekteskap som grunnlag for familieetablering, er at ordningen tillater at parter som aldri tidligere har møtt hverandre, kan påberope den formelle ekteskapsinngåelsen som grunnlag for et rettskrav på opphold. Selv om utvalget ikke har gått inn for at man i norsk rett bør operere med noe tilsvarende krav til tilknytningen mellom partene som det man har i Sverige gjennom den svenske seriøsitetsbestemmelsen, bør det være et minimumskrav for at ekteskapet skal utløse en rett til familieinnvandring at partene faktisk har møtt hverandre. Samtidig vil det av kontrolltekniske grunner være liten mulighet for å sikre at dette er tilfellet bare ved å fastsette et vilkår om at det skal ha vært en tidligere kontakt mellom partene.

Utvalget har ut fra det som er beskrevet over kommet til at man vil foreslå at ekteskap inngått ved fullmektig aldri anerkjennes som grunnlag for familieetablering, men at slike ekteskap kun gir grunnlag for familieinnvandring dersom vilkårene for familiegjenforening er oppfylt. Parter som har inngått ekteskap ved fullmektig må altså leve sammen i et faktisk etablert samliv i en viss periode før det vil foreligge en rett til familieinnvandring i kraft av gjenforeningsbestemmelsen.

Det vises til lovutkastet § 58 sjette ledd.

8.5.4.4 Opphold for å inngå ekteskap

I henhold til gjeldende bestemmelse i utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav a, kan oppholdstillatelse gis til "søker som skal inngå ekteskap med herboende etter innreisen."

Utvalget anser at en tilsvarende bestemmelse bør inntas i en ny lov. Bestemmelsen bør på samme måte som gjeldende forskriftsbestemmelse gi rom for et skjønn, slik at nærmere kriterier for vurderingen kan fastsettes i forskrift eller i retningslinjer. Videre bør det gjelde et vilkår om at det på samme måte som i dag er et absolutt vilkår om at partene er over 21 år og at det ikke foreligger hindringer for å inngå ekteskap.

Det forhold at man viderefører en mulighet for oppholdstillatelse for å inngå ekteskap, bør imidlertid ikke være til hinder for at søkeren i stedet kan søke om visum for dette formål. Fordelen for søkeren vil i så fall være at søknaden (i de tilfeller den norske utenriksstasjonen har slik kompetanse) kan avgjøres ved utenriksstasjonen, og at

18. Jf. Helge J. Thue, Internasjonal privatrett (Oslo 2002)
19. Jf. Helge J. Thue, Internasjonal privatrett (2002) s. 340.

dette normalt vil bety at innreisetillatelsen kan gis hurtigere enn dersom en eventuell søknad om oppholdstillatelse må oversendes Utlendingsdirektoratet for behandling. Med bakgrunn i at utenriksstasjonene har kompetanse til å utstede innreisevisum til søkere som allerede har søkt om opphold i familieinnvandringsøyemed og til søkere som er arbeidssøkende, skulle det ikke knytte seg spesielle betenkeligheter til at utenriksstasjonene etter nærmere vilkår gis mulighet til å utstede visum til parter som akter å inngå ekteskap. Ulempen for søkeren er selvsagt at i den grad det er nødvendig å gjøre et slikt "forlovelsesvisum" begrenset til et nasjonalt innreisevisum, vil vedkommende ikke ha noen mulighet til å bevege seg fritt på det øvrige Schengenterritoriet før ekteskap er inngått og oppholdstillatelse innvilget. For mange søkere vil imidlertid dette være mindre vesentlig. Gjennom å åpne for et forlovelsesvisum motvirker man videre den uheldige praksis man ser i dag, hvor visumsøkere unnlater å opplyse om at de har til hensikt å inngå ekteskap, nettopp for å unngå at søknaden oversendes utlendingsmyndighetene i Norge for behandling som en søknad om oppholdstillatelse.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 59.

8.5.4.5 Adgangen til å nekte opphold ved frykt for overgrep mot søkeren

Retten til oppholdstillatelse for ektefeller i gjeldende lovverk hindrer myndighetene fra å foreta beskyttende inngrep i situasjoner hvor det fremstår som overveiende sannsynlig at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli utsatt for mishandling eller annen støtende utnyttelse av referansepersonen i Norge. Det finnes heller ingen hjemmel for at myndighetene kan informere søkeren om personopplysninger man måtte være kjent med vedrørende referansepersonen. I praksis har vanskelige spørsmål i tilknytning til denne situasjonen så godt som utelukkende aktualisert seg i forhold til tilfeller hvor søkeren er en kvinne og hvor referansepersonen i Norge er den mannlige ektefellen.

Mens det som utgangspunkt verken er eller bør være myndighetenes oppgave å innta en formynderrolle i forhold til samlivsetableringer, oppstår det i enkelte spesielle tilfeller en vanskelig moralsk situasjon når myndighetene er forhindret fra å foreta beskyttende inngrep.

Som påpekt i avsnittet om proforma vil det på grunn av forskjellene mellom den fattige og den rike verden, forekomme situasjoner hvor ekteskap inngås med den motivasjon fra søkerens side å skaffe en bedre tilværelse for seg og eventuelt sine barn. Erfaring viser at noen kvinner i disse tilfellene blir ofre for alvorlig mishandling og kynisk utnyttelse. I enkelte tilfeller kan det være så klare holdepunkter for at kvinnen vil komme i en farlig eller krenkende situasjon gjennom å etablere et samliv med en bestemt mann i Norge, at det kan oppfattes som støtende at myndighetene innvilger opphold eller unnlater å gi opplysning om forhold man er kjent med. Særlig klart kan dette være i de tilfeller hvor man er kjent med at referansepersonen også tidligere ved gjentatte anledninger har "hentet" ektefeller fra utlandet som han har utsatt for grov vold og mishandling, eller dersom referansepersonen er dømt for tilfeller av pedofile overgrep og søkeren har særkullsbarn. Det er imidlertid ikke bare i forhold til situasjoner med fare for vold og seksuelle overgrep at det kan være ønskelig å gi myndighetene en friere rolle. Det vil også kunne forekomme andre typer krenkelser som myndighetene ikke bør være forhindret fra å beskytte mot. For eksempel forekommer det tilfeller av såkalte "serieekteskap", dvs. tilfeller hvor en referanseperson med korte mellomrom har hatt et ekteskapsforhold til flere utenlandske kvinner som har fått opphold i Norge. Dersom historien viser at disse tidligere ekteskapene er inngått etter kortvarig bekjentskap og at de har endt med tidlig oppløsning, kan det i enkelte tilfeller danne seg et bilde av at referansepersonen driver en kynisk utnyttelse av den maktposisjonen vedkommende har som referanseperson. Ut fra en totalvurdering vil det i enkelte slike tilfeller kunne fremstå som støtende dersom myndighetene skal være tvunget til å bidra til en fortsatt utnyttelse av stadig nye kvinner. Tilsvarende vil situasjonen i enkelte tilfeller kunne være dersom det er kjent at referansepersonen tidligere har hatt ektefeller som har blitt drevet ut i prostitusjon, selv om det ikke er mulig å konstatere noen direkte bruk av vold eller annen mishandling.

Det er grunn til å understreke at konsekvensen av at man eventuelt avslår en søknad under henvisning til behovet for å beskytte søkeren, ikke uten videre er at partene forhindres fra å etablere et samliv. I mange tilfeller vil det være fullt mulig for partene å etablere et samliv i søkerens hjemland. Videre er det ikke slik at et avslag innebærer noen varig hindring fra å utøve samliv i Norge. Dersom partene benytter den eventuelle muligheten til å etablere et samliv i søkerens hjemland, slik at en senere søknad om opphold i Norge gjelder familiegjenforening og ikke familieetablering, vil en tillatelse kunne innvilges uten noen prøving av om forholdet innebærer en risiko for søkeren. Søkeren

må i denne situasjonen forutsettes å ha fått slik kunnskap om referansepersonen at det ikke lenger er en plikt eller et ansvar for myndighetene å vurdere hensynet til vedkommende.

Et dilemma er at enkelte kvinner, blant annet som følge av kulturelle forhold, vil kunne komme i en svært vanskelig situasjon dersom de ikke får muligheten til å bosette seg sammen med ektefellen, eller eventuelt dersom mannen krever skilsmisse som følge av at kvinnen ikke kan få opphold i Norge. Dette er et forhold som det eventuelt vil være nødvendig å ta i betraktning som et moment i en totalvurdering.

Det finnes ingen opplysninger som gjør det mulig å trekke noen sikre konklusjoner om det faktiske omfanget av den typen tilfeller som her drøftes. I forhold til vurderingen av selve spørsmålet om hvorvidt det bør være en adgang for myndighetene til å avslå opphold i de påregnelige mishandlings- eller utnyttelsestilfellene, er det imidlertid etter utvalgets vurdering mindre relevant hvorvidt dette gjelder mange eller få saker pr. år.

Så langt utvalget har kunnet identifisere, er det i relasjon til sammenlignbare lands lovgivning kun i svensk og dansk rett at man finner særskilte bestemmelser som er utviklet med sikte på å nekte opphold av de hensyn som her drøftes.

I den svenske utlendingsloven finnes den aktuelle bestemmelsen i kap. 2, § 4 annet ledd, og fastsetter at opphold kan nektes dersom "særskilda skäl [ ] talar mot att tillstånd ges."

I den svenske regjeringens proposisjon 1999/2000:43 s. 41 flg., uttales blant annet dette om bestemmelsens anvendelsesområde:

> "En myndighets möjlighet att i enskilda fall avgöra vad som är bäst för den enskilde är oftast begränsad. Ingen myndighet kan hindra en person som bor i Sverige och en person som bor utomlands att träffas och inleda ett förhållande med varandra. När den part som bor utomlands bestämmer sig för att ansöka om uppehållstillstånd i Sverige, är det i de flesta fall fråga om ett ömsesidigt beslut om ett framtida liv tillsammans i Sverige. Om prövningen vid detta tilfälle skulle ha utgångspunkt i någondera partens moraliska och mänskliga kvaliteter skulle det med rätta kunna uppfattas som en orättmatig diskriminering. Det är inte en uppgift för någon myndighet att värdera det lämpliga i en viss relation. I likhet med Anknytningsutredningen (SOU 1997:152) bedömer regeringen att det inte kan komma i fråga att avslå en ansökan om uppehållstillstånd i Sverige enbart på grund av att den i Sverige bosatta personen är kriminell, lika lite som ansökan kan avslås på den grunden att den som bor i Sverige exempelvis har missbruksproblem.
>
> [ ]
>
> Det är samtidigt inte möjligt att bortse från att det finns fall där den i Sverige bosatta partens bakgrund kan läggas till grund för bedömningen att det finns en påtaglig risk för att sökanden kommer att utsättas för våld eller allvarliga kränkningar i förhållandet. Det skulle i sådana fall kunna te sig stötande om myndigheterna med kännedom om dessa förhållanden ändå skulle bevilja sökanden uppehållstillstånd. Det gäller då främst fall där män upprepade gånger inlett förhållanden med utländska kvinnor som de sedan kränkt eller misshandlat.
>
> [ ]
>
> Regeringen anser att det är mycket angeläget att det vid tillståndsprövningen finns möjlighet att undvika att en sökande, som annars med stor sannolikhet skulle komma att fara illa i ett förhållande, lämnar sitt hemland för en osäker tillvaro i Sverige. Ett avslag på en ansökan om uppehållstillstånd kan i vissa fall innebära ett skydd för den sökande. Avslag bör dock komma i fråga endast när risken för att sökanden ska fara illa är påtaglig.
>
> En påtaglig risk för att sökanden kommer att fara illa kan ofta bedömas föreligga, om det kommer fram att referenspersonen tidigare gjort sig skyldig exempelvis till våldsbrott mot närstående eller til sexualbrott. Sådana uppgifter bör beaktas i ärendet om uppehållstillstånd. Vid prövningen bör hänsyn tas till när i tiden de föreliggande omständigheterna inträffat, vilken omfattning de haft och i vad mån de kan innebära risk för att den sökande ska fara illa."

I Danmark ble det i inneværende år vedtatt en ny lovbestemmelse som har et enda mer inngripende innhold enn den svenske bestemmelsen:

> "Opholdstilladelse [ ], kan, medmindre ganske særlige grunde taler derfor, ikke gives, såfremt den herboende person inden for en periode på 10 år inden tidspunktet for avgørelsen for et eller flere forhold begået mod en ægtefælle eller samlever ved endelig dom er idømt betinget eller ubetinget frihedsstraf eller anden strafferetlig retsfølge, der indebærer eller giver mulighed for frihedsberøvelse, for en lovovertrædelse, der ville have medført en straf af denne karakter, for [vold mot tidligere ektefelle eller samboer]."

Utvalget anser at det også i norsk rett bør inntas en bestemmelse som åpner for å avslå en søk-

nad om opphold dersom det er grunn til å frykte at søkeren vil bli utsatt for vold eller annen alvorlig mishandling. I tillegg mener også utvalget at det bør være mulig å avslå dersom det er forhold som gjør at det kan virke støtende i forhold til den alminnelige rettsfølelse å innvilge en tillatelse på grunn av fare for at søkeren blir krenkende utnyttet på annen måte, jf. i denne sammenheng det som tidligere er nevnt om tilfeller av "serieekteskap" og referansepersoner som tidligere har presset ektefeller ut i prostitusjon.

Utvalget vil imidlertid gjenta at det ikke er en oppgave for myndighetene å innta en formynderrolle i forhold til ekteskap som objektivt sett kan fremstå som uheldige og gi grunn til bekymring i forhold til søkeren, for eksempel fordi referansepersonen er kriminell eller har et misbruksproblem.

På den annen side kan det heller ikke oppstilles noe generelt krav om sannsynlighetsovervekt for fremtidige overgrep. Det avgjørende er om det ut fra en totalvurdering av situasjonen ville virke støtende å innvilge en tillatelse. Ved denne vurderingen vil en rekke ulike forhold ut over graden av sannsynlighet for nye overgrep kunne ha relevans, herunder blant annet:

- alvoret ved de tidligere forhold som er knyttet til referansepersonen
- forholdet mellom partene - varighet og omfang mv.
- betydningen av et avslag for kvinnens situasjon i hjemlandet
- partenes mulighet for å utøve samliv i kvinnens hjemland

Når det gjelder alvoret ved de tidligere straffbare forhold som er knyttet til referansepersonen, bemerkes at det ikke kan stilles noe absolutt krav om at vedkommende faktisk er straffet for forholdet. For at opplysninger om tidligere straffbare forhold skal kunne legges til grunn, vil det imidlertid av bevismessige grunner normalt være en forutsetning at en straffereaksjon er ilagt. Det kan likevel forekomme helt spesielle tilfeller hvor man for eksempel har kunnskap om at referansepersonen har hatt flere tidligere ektefeller som alle har levert anmeldelser og/eller oppsøkt krisesentre, og hvor de samlede opplysningene må anses som et tilstrekkelig bevismateriale for at det foreligger en risiko for overgrep mot søkeren. Tilsvarende vil det for eksempel kunne forekomme tilfeller hvor årsaken til at referansepersonen ikke er straffet er at vedkommende ble ansett utilregnelig.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 58 fjerde ledd.

8.5.4.6 Utlendingsmyndighetenes tilgang til opplysninger om referansepersonen i sak om familieetablering

Situasjonen i dag er at utlendingsmyndighetene har svært begrenset og tilfeldig informasjon om referansepersonens vandel og tidligere ekteskapshistorikk.

Som utgangspunkt vil det kun være i saker hvor referansepersonen selv er (tidligere) utlending, og hvor opplysninger er tilgjengelige i utlendingsmyndighetenes arkiv eller datasystem, at man eventuelt kan finne relevante opplysninger.

Den mest alvorlige kategorien saker hvor det kan være grunn til å nekte opphold for familieetablering ut fra hensynet til søkeren, er de saker hvor det foreligger en risiko for overgrep mot søkeren ut fra vandelsopplysninger om referansepersonen. Vandelsopplysninger som gjelder referansepersonen vil imidlertid ikke være registrert hos utlendingsmyndighetene, men må hentes fra politiets registre.

I saker hvor politiet (som politimyndighet og ikke som forvaltningsmyndighet) er kjent med at det verserer en sak om familieetablering, og blir oppmerksom på en alvorlig fare for søkerens sikkerhet, vil opplysninger uten hinder av taushetsplikten kunne formidles slik det er nødvendig for å hindre et straffbart overgrep.[20] I praksis vil det likevel sjelden forekomme at politimyndigheten både har kjennskap til at det verserer en søknad om familieetablering og samtidig er oppmerksom på at forholdene er så alvorlige at politiet som ledd i alminnelig politivirksomhet vil varsle om risikoen for overgrep. Utvalgets forslag til bestemmelse om å nekte opphold av hensyn til risiko for overgrep mot søkeren vil i mange sammenhenger ha en mer generell og avledet karakter som forebyggende tiltak enn hva som er situasjonen når politiet til vanlig gir varsel i forebyggende øyemed. Det vises her til det som er beskrevet om grensen mellom når opplysninger utleveres som ledd i politiets forebyggende virksomhet og når de utleveres i mottakerorganets interesse i NOU 2003:21 avsnitt 14.8.1.2:

> "Det finnes flere offentlige organer – og i en viss grad også private – som driver en virksomhet som i vid forstand må sies å være kriminalitetsbekjempende, og gjerne slik at de er tillagt kontroll-og tilsynsoppgaver som foregår parallelt med eller iverksettes etter at politiets

[20] Politiets adgang til å utlevere opplysninger utenfor den enkelte straffesak følger i dag av tre regelsett: Straffeprosessloven §§ 61 c nr. 5 og 6, politiloven § 24 fjerde ledd nr. 2 og strafferegisterloven § 7. Det vises til NOU 2003:21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern, for en nærmere redegjørelse.

behandling av straffesaken er avsluttet, innenfor de grenser som følger av EMK Tilleggsprotokoll 7 artikkel 4(1). Får barnevernet beskjed om at en 14-åring har begått straffbare handlinger, kan det lede til inngrep som på lengre sikt kan hindre straffbare handlinger. Det samme gjelder der Kredittilsynet griper inn overfor en revisor som er siktet for straffbare handlinger, og starter en tilsynssak mot ham, eller der Helsetilsynet åpner sak mot en lege som har forgrepet seg på en pasient. Også private organisasjoner kan drive en form for forebyggende virksomhet, som for eksempel forsikringsselskaper som ønsker å motta straffesaksdokumenter for å avdekke og forebygge forsikringssvindel. Et annet eksempel er hvis politiet utleverer opplysninger fra dopingsaker til Norges Idrettsforbund. Slik utlevering kan tjene politiets interesser. Dersom Norges Idrettsforbund gjør at de kan bidra i kampen mot kriminell doping, vil dette også tjene politiet. Men det er ikke av hensyn til å forebygge en enkelt hendelse som det er konkrete holdepunkter for at vil bli begått, men en mer generell understøtting av Norges Idrettsforbunds generelle antidopingarbeid.

Det som skiller disse situasjonene fra de hvor politiet utleverer opplysninger i ren forebyggende virksomhet i henhold til lovforslaget § 19, er at i de foreliggende tilfeller er det ofte allerede begått en straffbar handling, og den forebyggende virksomeht blir derfor av vesentlig mer generell og avledet karakter. I den grad det er en slik virkning, er den ikke knyttet til at det er holdepunkter for at det vil bli begått en konkret straffbar handling, men mer en generell antagelse om at det senere kan bli begått flere straffbare handlinger. Den forebyggende virkning i disse tilfeller er således i det alt vesentlige av samme art som den forebyggende virkning som følger av straffens allmennpreventive og individualpreventive virkning.

Eksemplene ovenfor viser at utleveringssituasjonene spenner over en rekke formål. Utvalget antar at i de fleste tilfeller er det riktig å si at utleveringene skjer for å oppfylle mottakerorganets egne arbeidsoppgaver, pålagt gjennom lov, forskrift eller instruks og ikke i forebyggende øyemed. At mottakerorganets virksomhet generelt har en kontrollerende eller forebyggende virkning, kan ikke være tilstrekkelig."

I forhold til utlendingsloven blir spørsmålet for det første om det er ønskelig å åpne for en rutinemessig kontroll av forhold knyttet til referansepesonen for å motvirke at søkere blir utsatt for mishandling eller annen utnyttelse. Det kan som et utgangspunkt for den videre drøftelsen oppstilles tre alternative modeller for utlendingsmyndighetenes adgang til å innhente opplysninger om referansepersonen.

1. Utlendingsmyndighetene kan utelukkende anvende opplysninger som de allerede har tilgang til gjennom sin virksomhet.
2. Utlendingsmyndighetene gis adgang til å innhente nærmere opplysninger om referansepersonens vandel dersom det foreligger en særlig grunn til å innhente slike opplysninger.
3. Utlendingsmyndighetene gis adgang til rutinemessig å innhente opplysninger om referansepersonens vandel.

I dansk praksis foretar utlendingsmyndighetene bare undersøkelse av referansepersonens vandel i saker hvor man finner grunn til slik nærmere undersøkelse ut fra opplysninger som man fra før er kjent med. Før vandelsopplysninger innhentes fra politiet, innhentes skriftlig samtykke til dette fra referansepersonen.

I svensk rett har utlendingsmyndighetene terminaladgang til politiets misstankeregister (MR) og belastningsregister (BR). Utlendingsmyndighetene har imidlertid bare adgang til å kontrollere disse registrene dersom det i den konkrete saken finnes "särskilda skäl" til å utføre slik kontroll.

I SOU 2002:13 ble det foreslått at Migrationsverket alltid skulle ha adgang til å foreta kontroll av vandelsopplysningene, blant annet fordi det ellers er svært begrenset i hvilken utstrekning Migrationsverket allerede sitter inne med opplysninger som gir "särskilda skäl" til å foreta en kontroll. Etter at utredningen forelå, ga den svenske regjeringen i oppdrag til Migrationsverket og Utlänningsnämnden å gjennomgå praksis blant annet forhold til den bestemmelsen som gjelder adgangen til å nekte tillatelse på grunn av frykt for mishandling av søkeren. I den rapporten som i denne sammenheng ble utarbeidet av Migrationsverket, er blant annet følgende uttalt vedrørende adgangen til opplysninger om referansepersonens vandel:

> "För att kunna hävda att det föreligger en påtaglig risk för våld eller andra allvarliga kränkningar krävs i praktiken att Migrationsverket har tillgång till uppgifter ur misstanke- och belastningsregistren (MR/BR) rörande referenspersonen. Som framgått ovan krävs emellertid särskilda skäl för att Migrationsverket ska få göra en slagning i MR/BR. Regeringen införde denna begränsning av integritetsskäl och med beaktande av de behovs- och proportionalitetsprinciper som finns i registerlagarna. Enligt verkets uppfatning medför denna begränsning

att slagningar görs endast i ett fåtal ärenden och att möjligheten till registerslagning i realiteten är ett trubbigt instrument.

Vid utredningen på utlandsmyndigheten ska den sökande regelmässigt tillfrågas om referenspersonen i Sverige dömts för brott mot person. Vidare skall referenspersonen, när han intervjuas av Migrationsverket, tillfrågas om han dömts för sådant brott. Ett jakande svar från någon av parterna anses enligt nuvarande praxis vara ett särskilt skäl för att kontrollera referenspersonen i MR/BR. Det är dock inte alltför vanligt att sådana uppgifter kommer från den sökande eller referenspersonen. Det ökade kravet på muntliga utredningar med referenspersonen (se vidare under "Påverkan på handläggningstiderna") torde därför inte i nämnvärd utsträckning ha påverkat möjligheten att upptäcka de referenspersoner som är brottsbelastade.

När det gäller referenspersoner med utländskt medborgarskap eller som är naturaliserade svenska medborgare, så används regelmässigt dessa personers akter hos Migrationsverket som referensmaterial. I dessa kan man oftast se om personen tidigare dömts för brott och om så är fallet anses normalt att det finns särskilda skäl för att göra en registerslagning. I praktiken innebär detta att det finns större möjligheter att kontrollera referenspersoner som är utländska medborgare eller naturaliserade svenska medborgare än etniska svenskar, eftersom det inte finns några motsvarande referensuppgifter rörande de senare.

I förarbetena nämns bara ett exempel på särskilda skäl för att göra en registerslagning och det är att det framkommer att referenspersonen ä kriminellt belastad. Sådana uppgifter kommer nästan uteslutande från parterna själva och ur verkets personakter. Undantagsvis kan det förekomma att verket får uppgifter om brottslighet från andra myndigheter eller att det kommer trovärdiga tips från enskilda (t.ex. en föra detta fru eller sambo).

Ett annat särskilt skäl för att göra en slagning skulle kunna vara att referenspersonen varit aktuell som referensperson för utländska kvinnor flera gånger tidigare. Erfarenheten visar dock att verket kan ha svårt att få kännedom om tidigare förhållanden trots, att frågor om detta ingår i utredningarna med parterna och att verket, om det finns anledning, kan kontrollera uppgifter om äktenskap genom folkbokföringen. Om referenspersonen väljer att inte tala om att han tidigare varig gift eller sammanboende är det alltså svårt för verket att få reda på detta. Det finns inte heller någon laglig grund för verket att föra register över referenspersoner. Det inträffar att handläggaren hos Migrationsverket känner igen referenspersonen från tidigare ärenden och att detta leder till ytterligare utredning som i sin tur leder till en registerslagning. Men då bygger det hela alltså på rena tillfälligheter.

Möjligheten att kontrollera referenspersoner har tillkommit för att skydda de sökande. Migrationsverket anser dock att detta skydd inskränks genom kravet på särskilda skäl och vill därför förorda en ordning som medger att samtliga referenspersoner får kontrolleras i MR/BR."

Av særlig interesse er for øvrig at det i henhold til de anslag som er gjort i rapporten, har blitt fattet 50 vedtak av Migrationsverket i perioden juli 2000 til juni 2003 om å nekte tillatelse på grunn av frykt for mishandling av søkeren. For øvrig minnes det om at man i Sverige har en adgang til å nekte opphold dersom ekteskapsforholdet mellom partene ikke anses som seriøst, hvilket trolig har ført til avslag i en del tilfeller hvor man ellers kunne ha avslått under henvisning til frykt for mishandling.

Med grunnlag i det som her er referert fra svensk praksis, og med grunnlag i at det er et sterkt ønske å motvirke at utsatte søkere blir ofre for mishandling eller annen støtende utnyttelse, mener utvalget at det vil være ønskelig å utvide utlendingsmyndighetenes adgang til vandelsopplysninger om referansepersonen i forhold til hva som er situasjonen i dag. Utvalget er også skeptiske til å begrense utlendingsmyndighetenes adgang til opplysninger på en tilsvarende måte som man har gjennomført i Sverige.

Utvalget ser at det ut fra integritetshensyn kan reises innvendinger mot at myndighetene gis adgang til å kontrollere referansepersonens vandel i alle saker, men man vurderer likevel at det er mulig å etablere slike rammer for kontrollen at omfanget av personer som faktisk vil bli kontrollert, og belastningen for den enkelte, kan reduseres til et forsvarlig og rimelig nivå.

For det første vil det kun være aktuelt å foreta kontroll i saker som gjelder opphold for familieetablering fordi det bare er i slike tilfeller at det vil kunne være aktuelt å nekte opphold av hensyn til søkerens sikkerhet.

For det andre er det ikke naturlig å pålegge forvaltningen noen plikt til å undersøke referansepersonens vandel. Ut fra formålet vil det for eksempel kunne være god grunn til å unnlate å foreta slik kontroll dersom referansepersonen er en kvinne. Det kan videre være grunn til å unnlate kontroll

dersom søkeren kommer fra et visumfritt land og allerede er bosatt sammen med referansepersonen, jf. at det i et slikt tilfelle er lite aktuelt å rive opp et påbegynt samliv gjennom å nekte opphold av hensyn til søkerens sikkerhet.

For det tredje anser ikke utvalget at det er aktuelt å legge til rette for at utlendingsmyndighetene skal ha terminaladgang til politiets registre på samme måte som i Sverige. Det vil derfor alltid være politiet som foretar kontroll med registrene.

Utvalget vil videre understreke at det selvsagt må være en forutsetning at referansepersonen alltid blir informert om at det blir foretatt vandelskontroll.

Et avgjørende spørsmål er hvilke vandelsopplysninger som skal kunne videreformidles til utlendingsmyndighetene og hvordan politiets adgang til å videreformidle opplysninger skal reguleres.

Så godt som alle saker om familiegjenforening forelegges i dag politiet som forvaltningsmyndighet på utlendingsfeltet før det fattes avgjørelse i Utlendingsdirektoratet. Selv om det ikke uten videre er behov for noen hjemmel for at politiet som ledd i sin forvaltningsvirksomhet på utlendingsfeltet skal kunne kontrollere relevante vandelsopplysninger, har utvalget likevel valgt å foreslå en hjemmel for å tydeliggjøre adgangen til vandelskontroll fra politiets side, jf. lovutkastet § 95 første ledd.

Med bakgrunn i at det er Utlendingsdirektoratet og ikke politiet som avgjør søknader om familieetablering, er det imidlertid ikke tilstrekkelig at vandelsopplysningene blir forelagt politiet som forvaltningsmyndighet. Opplysningene må også videreformidles til Utlendingsdirektoratet.

For å ivareta integritetshensynene i størst mulig grad, anser utvalget at man bør søke å begrense omfanget av hvilke opplysninger som videreformidles fra politiet til Utlendingsdirektoratet, slik at det kun er opplysninger som vurderes relevante for saksbehandlingen som fremlegges for direktoratet.

Utvalget foreslår derfor en bestemmelse som fastsetter at politiet kan gi en uttalelse til det organ som skal avgjøre en sak om familieetablering om slike opplysninger som er av betydning for om oppholdstillatelse skal avslås etter lovutkastet § 58 fjerde ledd.

Gjennom dette forslaget til regulering vil man oppnå at det kun er politiet som forvaltningsmyndighet som får innsyn i vandelsopplysninger som ikke er direkte relevante for saksvurderingen. Samtidig oppnår man at Utlendingsdirektoratet ikke bare får seg forelagt en politiattest med opplysning om forhold referansepersonen er straffet for. En slik politiattest vil ikke være noe fullt ut tilfredsstillende grunnlag for å vurdere risikoen for fremtidige overgrep. Utlendingsdirektoratet vil ha behov for en bredere beskrivelse av hva forholdene gjelder. Det vil også kunne være behov for å formidle opplysning om annet enn forhold referansepersonen er straffet for. Dersom vedkommende for eksempel er ilagt besøksforbud e.l., vil også dette være relevant. I NOU 2003:21 er følgende uttalt om hva som kan vektlegges i en skikkethetsvurdering:

> "Utvalget har sett nærmere på hvilke opplysninger politiet kan legge vekt på i en skikkethetsvurdering. Det ligger i navnet at man ved vurderingen skal ta stilling til om en person er skikket eller egnet for en stilling, funksjon, tillatelse, oppgave eller lignende. Dette setter i seg selv visse rammer. Skikkethetsvurderingens funksjon tilsier at det kan veklegges flere forhold enn reaksjoner som er ilagt på bakgrunn av straffbare handlinger, som er grunnlaget for politiattester. Utvalget anbefaler at hovedregelen er at politiet i sin vurdering må legge vekt på forhold som er relevante i forhold til den stilling, funksjon, tillatelse, oppgave eller lignende som danner utgangspunktet for skikkethetsvurderingen. For eksempel kan en rekke anmeldelser for antastelser av forskjellige kvinner være momenter som teller med i vurderingen av om personen skal få utstedt løyve for persontransport, selv om det ikke har blitt en strafferettslig reaksjon av sakene, jf. yrkestransportlova § 4. Utvalget ser det imidlertid som en fordel om hjemmelsgrunnlagene eksplisitt sier noe om hvilke forhold som vil være relevante i forhold til den enkelte tillatelse. [ ]
>
> Et spørsmål som er sentralt ved skikkethetsvurderingen er hvilke ikke-verifiserte opplysninger det kan legges vekt på. I realiteten er dette et spørsmål om hvor sikre politiet må være i sin sak før de legger vekt på opplysninger i en skikkethetsvurdering. For eksempel kan politiet ha mistanke om at en person har alvorlige alkoholproblemer, uten at dette er bekreftet. Det kan ikke stilles krav om at faktum er bevist ut over enhver rimelig og fornuftig tvil. Samtidig mener utvalget at det faktum politiet legger til grunn som utgangspunkt bør være sannsynlig. Politiet må hele tiden ha fokus på hvilken betydning en negativ skikkethetsvurdering kan få for den vurderingen gjelder. Samtidig er skikkethetsvurderingen et institutt hvor politiet kan og skal legge vekt på andre forhold enn det som fremgår i politiattest. Det er således situasjoner hvor det er opplysninger som det kan være relevant å ta med, uten at de

er sannsynliggjort. Det må i så fall fremgå av skikkethetsvurderingen hvor sannsynlig en opplysning er.

Dersom politiet gir opplysninger til bruk for skikkethetsvurdering, som ikke omhandler straffbare forhold, må det begrunnes med at politiet mener at opplysningene sier noe om hvorvidt vedkommende person er egnet eller skikket for den tillatelsen, funksjonen med videre han er tiltenkt. I denne sammenheng kan det være rettmessig at politiet opplyser at vedkommende vanker i et belastet miljø, at han er anmeldt en rekke ganger for seksuelle overgrep med videre, selv om dette aldri har ført til en straffereaksjon." [21]

Etter utvalgets vurdering vil det ikke innebære noe uforholdsmessig integritetsinngrep at det utferdiges en uttalelse fra politiet dersom politiet som forvaltningsmyndighet finner at det ut fra registrerte vandelsopplysninger om referansepersonen er grunn til det.

8.5.4.7 Søkerens adgang til personlige opplysninger om referansepersonen

Utlendingsmyndighetene anser i dag at forvaltningsloven ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å gi søkeren eventuelle personopplysninger man måtte ha om referansepersonen. Riktig nok gjøres det i forvaltningsloven §13b første ledd nr. 1 et unntak for taushetsplikten i forhold til sakens parter, men så lenge personopplysninger om referansepersonen ikke har noen relevans for sakens avgjørelse under dagens regelverk, har man ansett at slike opplysninger likevel ikke bør gis. Grunnlaget for dette er særlig forvaltningsloven § 19 annet ledd, som lyder:

> "Med mindre det er av vesentlig betydning for en part, har han heller ikke krav på å få gjøre seg kjent med de opplysninger i et dokument som gjelder
>
> a) en annen persons helseforhold, eller
> b) andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre."

Dersom det inntas en hjemmel for utlendingsmyndighetene til å avslå en søknad om opphold under henvisning til referansepersonens vandel og øvrige historie, vil opplysninger i denne sammenheng være av relevans for sakens avgjørelse. Opplysningene vil da være unntatt taushetsplikt i forhold til søkeren, jf. forvaltningsloven § 13b første ledd nr. 1, og søkeren vil ha en rett til å gjøre seg kjent med opplysningene, jf. forvaltningsloven § 18 første ledd. I den utstrekning søkeren får adgang til opplysninger som ellers er underlagt taushetsplikt, vil vedkommende selv ha taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13b annet ledd. Det vil dessuten fortsatt være mulig å innskrenke søkerens adgang til visse opplysninger, jf. forvaltningsloven § 19 annet ledd, men muligheten for slike innskrenkninger vil være betydelig redusert i forhold til hva som er situasjonen under gjeldende regelverk hvor opplysningene ikke er relevante for sakens avgjørelse.

Den rettssituasjon som her er beskrevet, og som eventuelt vil oppstå som en direkte følge av at man inntar en hjemmel til å nekte opphold ved fare for mishandling mv., tilsvarer i hovedtrekk det som er rettssituasjonen i svensk rett i henhold til den svenske förvaltningslagen og sekretesslagen.

Utvalget har vurdert de personvernhensyn som melder seg i forhold til at søkeren vil få kunnskap om personsensitive opplysninger vedrørende referansepersonen dersom forvaltningslovens alminnelige regler gis anvendelse. Man har i denne sammenheng også sett hen til at de aktuelle opplysningene kan omfatte forhold som referansepersonen selv bestrider og som ikke er fastslått gjennom for eksempel en fellende dom, herunder for eksempel forhold som refererer seg til anklager fra tidligere ektefeller om mishandling mv.

Utvalget har vurdert dette opp mot hensynet til søkerens interesse i å få kunnskap om de forhold som eventuelt leder til at opphold nektes. For utvalget fremstår det klart at resultatet av en slik avveining må være at de personvernhensyn som gjør seg gjeldende i forhold til referansepersonen må vike. Det er også andre forhold som kan anføres til støtte for dette.

For det første er det et selvstendig poeng at forvaltningsloven forutsetter at personopplysninger, herunder også opplysninger av sensitiv karakter (så som opplysninger om helsemessige forhold mv.), som utgangspunkt skal forelegges en part så lenge opplysningene inngår som en relevant del av sakens faktum.

For det annet kan det vises til at det ved inngåelse av ekteskap i Norge allerede i dag påhviler partene en plikt til å gjøre visse personopplysninger kjent for den andre parten. Ved utfylling av skjemaet "Erklæring fra brudefolkene før prøving av ekteskapsvilkårene", må partene blant annet oppgi:

21. NOU 2003:21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern kapittel 15.13.7

- hvorvidt de tidligere har vært gift eller registrert som partner
- hvor mange ganger de eventuelt tidligere har vært gift eller registrert som partnere
- hvorledes siste ekteskap/registrerte partnerskap ble oppløst
- hvorvidt de har barn med andre
- hvorvidt de venter barn med andre
- hvorvidt de har smittefarlige sykdommer som kan overføres ved seksuell omgang

For det tredje finnes det også på andre livsområder situasjoner hvor opplysninger av personlig karakter som ellers er underlagt taushetsplikt, blir gjort kjent for den andre av ektefellene. Dette vil for eksempel gjelde i adopsjonsforhold hvor blant annet opplysninger om vandelsmessige forhold eller helsemessige forhold som er relevante for sakens opplysning, vil inngå som en del av dokumentasjonen som begge ektefeller har tilgang til og blir forelagt.

For det fjerde er det grunn til å understreke at det på tross av unntaket fra taushetsplikten i forvaltningsloven § 13, finnes visse opplysninger som en part ikke har krav på å gjøre seg kjent med, jf. forvaltningsloven §19 annet ledd. Dessuten vises det til at søkeren uansett vil være pålagt taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13b annet ledd.

Spørsmålet om innsynsrett i opplysninger vedrørende referansepersonens vandel mv., berører imidlertid ikke bare personvernhensyn i forhold til referansepersonen. De relevante opplysningene vil også ofte omfatte personopplysninger om en tredjeperson som på tross av eventuell anonymisering vil være identifiserbar.[22] Det vil således ofte foreligge opplysninger om forhold knyttet til for eksempel en eller flere av referansepersonens tidligere ektefeller, samboere eller kjærester. Rent konkret vil det for eksempel kunne dreie seg om opplysninger om at referansepersonens tidligere ektefelle har blitt utsatt for seksuelle overgrep, at vedkommende har oppsøkt krisesentre mv.

Heller ikke hensynet til tredjeperson kan imidlertid etter utvalgets oppfatning anses å være noe tilstrekkelig tungtveiende argument for at de alminnelige reglene i forvaltningsloven ikke bør gis anvendelse. De argumenter som taler for at søkeren bør gis innsynsrett på bekostning av personvernhensyn knyttet til referansepersonen, gjelder i stor grad tilsvarende ved en vurdering i forhold til hensynet til tredjeperson. For øvrig vises det også her til at det i medhold av forvaltningsloven § 19 annet ledd er mulig å unnta visse opplysninger.

Et særskilt spørsmål er om opplysninger som mottas om referansepersonens vandel bør meddeles søkeren selv om opplysningene ikke vurderes tilstrekkelig alvorlige til at opphold bør nektes.

Utvalget er i brev fra departementet bedt om å redegjøre nærmere for hva som er svensk praksis i denne sammenheng.

I svensk rett er forholdet (på samme måte som i norsk rett) at det er forvaltningsloven som i utgangspunktet styrer partenes rett til innsyn i saksdokumentene og rett til å bli forelagt nye saksopplysninger til uttalelse. Blant annet i forhold til saker om familieetablering er det inntatt en særskilt bestemmelse om at retten til å få seg forelagt saksopplysninger til uttalelse ikke gjelder dersom søkeren befinner seg i utlandet. Da bestemmelsen som gir hjemmel for å nekte opphold på grunn av frykt for mishandling ble drøftet av den svenske regjeringen, la regjeringen vekt på at også andre grunner taler mot at sensitive vandelsopplysninger bør fremlegges:

> "Regjeringen anser att utlänningsmyndigheterna inte bör hämta in uppgifter ur olika belastningsregister enbart för att viddarebefordra dem till en sökande som inte själv har möjlighet att komma åt dem. De integritetsaspekter som ligger bakom de strikta bestämmelserna om möjligheterna att få ut uppgifter ur olika belastningsregister bör inte sättas åt sidan, om inte mycket starka skäl talar för det. Invandrarverkets uppgift är inte att värdera det lämpliga eller realistiska i ett anknytningsförhållande. Invandrarverket skall därför heller inte hämta in material som inte skall ingå i beslutsunderlaget. Det skulle i så fall innebära att verket skulle tvingas ta ställning till om uppgifterna borde delges sökanden för att ge sökanden möjlighet att återkalla sin ansökan om uppehållstillstånd. Som Anknytningsutredningen påpekat talar all erfarenhet mot att kvinnor som bestämt sig för att flytta samman med en man låter sig avskräckas av uppgifter om hans tidigare liv. De varningssignaler som det skulle innebära, om det t.ex. kom fram att mannen tidigare behandlat någon illa, skulle i de flesta fall förmodligen också vara lätta att bortse från för den som redan beslutat sig för en framtid tillsammans med den i Sverige bosatta personen.
>
> Mot ovanstående bakgrund bedömer regeringen att ingen ändring bör göras av reglerna om kommunikation i ärenden om uppehållstillstånd. I ärenden om tidsbegränsat uppehållstillstånd skall det således inte heller i fortsättningen finnas någon skyldighet att kommunicera

[22] For eksempel vil det sjelden være til hjelp med anonymisering dersom opplysningene gjelder referansepersonens tidligere ektefelle.

material i andra fall än när sökanden är bosatt eller annars vistas i Sverige. I likhet med vad som gäller i dag finns det ingenting som hindrar att myndigheten i det enskilda fallet bedömer att det behövs. Likaså har sökanden rätt att i alla ärenden själv begära att få ta del av samtliga handlingar. Den rätten gäller även i fråga om registerutdrag. Den tillståndsgivande myndigheten bör på lämpligt sätt underretta sökanden om möjligheten att begära att få del av uppgifter och material i ärendet."

Som det fremgår i kapittel 13.1.8.1 har utvalget foreslått et tilsvarende unntak fra plikten til å fremlegge saksopplysninger for en part som befinner seg i utlandet som man har i svensk rett. Utvalget deler også fullt ut svenske myndigheters vurdering av at det ut fra integritetshensyn ikke bør meddeles opplysninger om referansepersonens vandel i saker hvor det ikke finnes tilstrekkelig grunnlag for å nekte opphold. Det argument som i første rekke taler for at søkeren bør gis tilgang til de opplysninger forvaltningen har innhentet, er hensynet til at søkeren selv skal ha muligheten til å vurdere hvilken risiko vedkommende utsetter seg for. I likhet med hva som er forutsatt i Sverige, legger utvalget til grunn at det likevel er begrenset grunnlag for å forvente at søkere som først har inngått ekteskap med en referanseperson i Norge, vil la seg avskrekke av informasjon om referansepersonens bakgrunn.

Utvalget vil likevel påpeke at det kan forekomme situasjoner hvor det må bedømmes som rimelig å formidle opplysninger om referansepersonens vandel på tross av at søknaden innvilges. Dette vil for eksempel kunne være forholdet i saker hvor det er hensynet til den vanskelige situsjonen som ville oppstå for søkeren hvis opphold nektes som har vært avgjørende for at tillatelse gis.

8.5.4.8 Om arrangerte ekteskap

I forhold til en rekke nasjonalitetsgrupper som i dag er representert i Norge, er det en utbredt tradisjon for arrangerte ekteskap.

Med arrangerte ekteskap siktes det til ekteskap hvor andre aktører enn partene selv - normalt partenes foreldre eller andre nære familiemedlemmer eller slektninger - i medhold av et tradisjonelt kulturmønster har hatt en sentral rolle i forhold til å velge ektefeller.

Et mye fokusert tema er forholdet mellom arrangerte ekteskap og "tvangsekteskap". Også ekteskap som er inngått mot (en av) partenes vilje etter at det har vært utøvet tvang fra en tredjepart som har utpekt dem til ektefeller, må imidlertid forstås i lys av den logikken som ekteskapsskikken med arrangerte ekteskap bygger på, og den sammenheng slikt press inngår i.[23] Selv om et ekteskap som er inngått etter tvang på den ene side er vesensforskjellig fra et frivillig arrangert ekteskap, er det ikke alltid lett å trekke grensene mellom utilbørlig press som kan utgjøre tvang, og mindre alvorlige grader av press og overtalelse fra foreldre med mer eller mindre sterke synspunkter på hvem deres barn bør gifte seg med.

> "Arrangerte ekteskap er en måte å gifte seg på. Det kan skje frivillig eller under ulike grader av press og tvang."[24]

I lovgivningsmessig sammenheng er det derfor en utfordring å etablere grunnlag for adekvate tiltak som på den ene side respekterer adgangen til å inngå frivillige ekteskap arrangert innen en kulturtradisjon som brudefolkene selv ønsker å følge, samtidig som man på den annen side sikrer beskyttelse mot at noen blir presset til å inngå ekteskap mot sin vilje under dekke av den samme kulturtradisjonen.

Det som er av særlig interesse i innvandringsmessig sammenheng, er å etablere et bilde av i hvilken utstrekning tradisjonen med arrangerte ekteskap blir eller kan forventes å bli videreført også i forhold til annen- og tredjegenerasjon innvandrere innenfor de aktuelle nasjonalitetsgruppene, og i hvilken utstrekning dette eventuelt vil medføre et høyt antall ekteskap på tvers av landegrensene som utløser en rett til familieetablering i Norge. Den største gruppen som har vært bosatt i Norge så lenge at annengenerasjon har nådd ekteskapsalder, er pakistanere. Foreløpig har imidlertid en så lav andel av de over 18 år inngått ekteskap at det er for tidlig å trekke noen sikre konklusjoner om hvordan bildet til slutt vil se ut. I dag foreligger følgende tallmateriale av særlig interesse når det gjelder ekteskapspraksis blant barn av pakistanske innvandrere:

- 26 prosent av alle over 18 år har inngått ekteskap.
- Av dem som har inngått ekteskap, har 75 prosent inngått ekteskap med en ektefelle fra Pakistan. Videre har 21 prosent inngått ekteskap med en person bosatt i Norge med pakistansk bakgrunn eller opprinnelse. (Tallene for førstegenerasjon viser at 74 prosent har inngått ekteskap med en ektefelle fra Pakistan.)
- Av dem som er i aldersgruppen 18-23 år, er kun 13 prosent gift, 19 prosent av kvinnene og 7 prosent av mennene. Dette mønsteret i forhold til

23. Jf. Anja Bredal: Arrangerte ekteskap og tvangsekteskap i Norden, rapport til Nordisk ministerråd (1999) s. 10
24. Ibid.

alder er vesentlig annerledes enn hva man finner blant førstegenerasjon, hvor 22 prosent av mennene i alderen 18-23 år er gift og 47 prosent av kvinnene.

Det synes likevel rimelig å anta at selv om de endelige tallene skulle vise en lavere andel ekteskap inngått på tvers av landegrensene for annengenerasjon enn for førstegenerasjon, vil andelen slike ekteskap fortsatt ligge høyt. Ut fra det alminnelige bildet av ekteskapspraksis blant pakistanere, er det videre grunn til å anta at de fleste ekteskapene som inngås mellom en part i Norge og en part i Pakistan faller i kategorien arrangerte ekteskap.

Av de nasjonalitetsgruppene som er representert i Norge i noe omfang, er det i tillegg til grupper fra Pakistan særlig grupper fra Tyrkia, Irak, Somalia, India, Marokko, Sri Lanka og Afghanistan som har en sterk tradisjon for arrangerte ekteskap.

Det som blant annet karakteriserer de samfunn hvor tradisjonen med arrangerte ekteskap har sin utbredelse, er at de er familieorienterte - individet deltar i samfunnet først og fremst som et medlem av familien. Ekteskapet er en allianse mellom familier, og partenes familie og kaste- eller klantilhørighet blir derfor viktigere enn individuelle personlighetstrekk når en ektefelle skal utpekes.

Normalt har samfunnet også en patriarkalsk kultur, hvor blant annet begreper som skam og ære beskriver sentrale verdier. Kvinnen skal bevare sin uskyld inntil ekteskapet, og for at kvinnens ære ikke skal risikeres, er det derfor ikke rom for at partene har utbredt kontakt før ekteskapet. De sosiale hindere for kontakt mellom kjønnene er i seg selv en årsak til at ekteskapet må arrangeres av andre.

I visse kulturer, blant annet den pakistanske, er det vanlig at partene i et arrangert ekteskap er i slekt, og ofte er det da tale om ekteskap mellom søskenbarn eller mellom tremenninger. Familiebåndene styrkes på denne måten gjennom de ekteskapelige bånd.

Et spørsmål som i den offentlige debatten og i forskningen har vært gjenstand for vesentlig interesse, er hvorfor en betydelig andel av dem som tilhører de aktuelle minoritetsgruppene i Vesten, inngår arrangerte ekteskap med en ektefelle fra opprinnelseslandet. Anja Bredal har blant annet uttalt følgende vedrørende dette:

> "En åpenbar årsak til at foreldrene ser etter kandidater i hjemlandet er at utvalget av aktuelle partnere er større der. Dette gjelder generelt fordi minoritetsgruppene i Norge er små. Jo snevrere de øvrige kriteriene er, jo færre muligheter er det for å finne en partner her. I hjemlandet er det flere fra samme kaste/klan og de fleste har flere gifteferdige søskenbarn der. For mange foreldre er det dessuten fremdeles hjemlandet som er det sentrale referansepunktet i deres liv. Det er der de har fundamentet for sin identitet og den største delen av sitt viktigste sosiale nettverk, som ofte vil si familien. Dette er nettverk som er viktige for å kunne finne en partner til barna, og som for i hvert fall pakistanernes del bygges og styrkes nettopp gjennom ekteskapsallianser. Det å få en svigersønn eller -datter fra hjemlandet kan være en strategi for å opprettholde kontakten med hjemlandet, både økonomisk, sosialt og kulturelt. Flere av ungdommene mener at foreldrene på denne måten ønsker å sikre at barna og ikke minst barnebarna opprettholder kontakten med sine kulturelle røtter, språk, religion og tradisjon. Noen foreldre føler at ungdommene er blitt "for norske" og tildels moralsk ødelagte av påvirkningen av det norske samfunnet. I samme retning går påstanden om at foreldre henter partnere fra hjemlandet for lettere å kunne kontrollere dem, noe som er mulig både fordi disse ungdommenes oppdragelse er mer i tråd med kulturelle normer om respekt overfor foreldregenerasjonen og fordi de er langt borte fra sine foreldre. Særlig gjelder dette jenter."[25]

Både blant foreldregenerasjonen og blant de unge er det ulike oppfatninger om hvorvidt det er ønskelig å finne en ektefelle i opprinnelseslandet eller i Norge. En nærmere sosiologisk beskrivelse av de interesser og synspunkter som står sentrale i denne sammenheng, og som både er gjenstand for forskning og for debatt innenfor de enkelte minoritetsgruppene, faller utenfor rammen av fremstillingen her.

Det som blant annet er av interesse i utlendingsrettslig sammenheng, er hvorvidt de innvandringsmessige konsekvensene av at innvandrere eller annengenerasjons innvandrere "henter" ektefelle fra hjemlandet eller opprinnelseslandet, kan tilsi et behov for innvandringsbegrensende tiltak.

Det vil gjerne være delte oppfatninger om hvorvidt en praksis med familieetablering gjennom arrangerte ekteskap på tvers av landegrensene kan anses å ha en negativ effekt ut fra et integreringsmessig perspektiv. De store nasjonalitetsgruppene i Norge som praktiserer tradisjonen med arrangerte ekteskap, er nasjonalitetsgrupper som generelt møter betydelige utfordringer på integreringssiden. Praksisen med å inngå ekteskap med

25. Anja Bredal: Arrangerte ekteskap og tvangsekteskap blant ungdom med innvandrerbakgrunn (1998, Kompetansesenter for likestilling)

et medlem av nasjonalitetsgruppen fra hjemlandet eller opprinnelseslandet, kan samtidig i visse sammenhenger forsinke og forvanske integreringsutviklingen i forhold til dem som allerede har opphold i riket. I et bredere perspektiv kan tradisjonen med arrangerte ekteskap i visse sammenhenger bidra til å skape og bevare etniske minoritetsmiljøer som eksisterer utenfor storsamfunnet.

Selv om det følger større integreringsmessige utfordringer med denne ekteskapspraksisen enn en praksis hvor samliv etableres mellom to parter som begge fra før er bosatt i Norge, er likevel integreringspotensialet større for den som kommer som ektefelle til en som allerede er bosatt her og som gjerne er født og oppvokst i riket, enn i svært mange andre innvandringstilfeller. Det er videre grunn til å påpeke at omfanget av den aktuelle innvandringen er begrenset, jf. kapittel 8.5.4.1.

Et annet forhold som har vært trukket frem i debatten, er at en del av de arrangerte transnasjonale ekteskapene i stor grad synes motivert av en migrasjonsstrategi. Mens reglene om familieinnvandring har som siktemål å sikre retten til familieliv, står man i disse tilfellene overfor en situasjon hvor en vesentlig begrunnelse for ekteskapet er å etablere grunnlag for innvandring.

Dersom man ser på situasjonen i utenlandsk rett i forhold til de land det har størst interesse å sammenligne oss med, er det i første rekke Danmark som har iverksatt en politikk med sikte på sterkt å begrense antallet tilfeller av arrangerte ekteskap på tvers av landegrensene av innvandringsregulerende hensyn og av hensyn til å unngå tvangsekteskap. De vesentligste tiltak i denne sammenheng har vært innføringen av en 24 års aldersgrense for familieinnvandring når det gjelder ektefeller, og et krav om at partene samlet skal ha en større tilknytning til Danmark enn til noe annet land. I forhold til svensk rett kan det bemerkes at det i SOU 2002:13 er foreslått at det alminnelige seriøsitetskravet i den svenske familieetableringsbestemmelsen også skal gjøres gjeldende i forhold til ekteskap som er inngått innenfor rammen av tradisjonen med arrangerte ekteskap. Forslaget synes hovedsaklig å være begrunnet i hensynet til å beskytte kvinner i disse forholdene, men er også begrunnet i hensynet til å motvirke at tradisjonen med arrangerte ekteskap utnyttes til å dekke over at en del ekteskap inngås med migrasjonshensikten som det vesentlige motiv, jf. følgende uttalelser:

> "De hänsyntaganden som görs idag har i praktiken lett till att alla arrangerade äktenskap – från länder i vilka dessa verkligen utgör en del av kulturen – godtas som anknytning. Det är bara om det uttryckligen framkommer att det strider mot någon parts vilja som avslag ges. Kommittén vill ifrågasätta om detta är rimligt. Ifrågasättandet beror dels på att det även bland arrangerade äktenskap förekommer att äktenskap ingåtts bara för att ge ena parten uppehållstillstånd – vilket dessutom från såväl organisatiner som myndigheter uppgetts ha blivit vanligare – dels att skyddsaspekten i dessa fall gör sig gällande med större styrka än i många andra förhållanden. Än en gång kan det betonas att så inte är fallet beträffande alla arrangerade äktenskap, men den bild som kommittén från olika håll fått när det gäller framför allt kvinnans situation i dessa förhållanden är entydig och kan inte anses vara positiv. Det har lett kommittén til följande slutsatser:
>
> För det första är det inte rimligt at intresset av att förhindra skenförhållanden i stort sett inte alls kan beaktas i dessa fall. I de fall äktenskapet ingåtts efter det att anknytningspersonen bosatt sig i Sverige finns det ingen anledning att i fråga om parternas kännedom om varandra ställa andra krav än vad som görs på andra snabba anknytningar. I de fallen skiljer sig sättet att ingå äktenskap många gånger inte nämnvärt från hur t.ex. svenska män genom kontaktförmedling med utlandet inleder kontakt med någon kvinna som de aldrig eller endast i begränsad utsträckning träffat tidigare. Vad som möjligen kan sägas är att parterna i det arrangerade äktenskapet vet mer om varandras familjer än i de andra förhållandena, men å andra sidan också att de själva träffats eller haft kontakt i ännu mindre utsträckning. Det är i vart fall inte tal om någon återförening av familjer utan om bildande av ett nytt förhållande. Det finns då inte heller samma anledning att göra någon annan bedömning av de krav som kan ställas på att parterna faktiskt skall känna varandra och ha träffats i viss utsträckning för att förhållandet skall bedömas som anknytningsgrundande. Detta är varken ogörligt eller orimligt."

Etter utvalgets oppfatning kan verken de integreringsmessige utfordringene eller de mulighetene som retten til familieetablering skaper for omgåelse av de innvandringsregulerende bestemmelsene, begrunne utlendingsrettslige tiltak som retter seg helt generelt mot alle ekteskapsinngåelser basert på en tradisjon med arrangerte ekteskap, også de ekteskap som er villet fra begge brudefolkenes side. I den grad man måtte anse også slike arrangerte ekteskap som et problem i forhold til de frihets- og likestillingsidealer som man mener bør gjelde, må det søkes andre virkemidler med mindre drastiske følger for de enkeltpersoner

det gjelder enn begrensninger i adgangen til å etablere det samliv begge brudefolkene ønsker i Norge.

Det som etter utvalgets oppfatning derimot fremstår som særlig viktig, er at lovgiver retter tiltak mot at noen blir presset til å inngå ekteskap mot sin vilje.

I debatten om ekteskapspress har begrepet "tvangsekteskap" vært benyttet av flere aktører uten noe entydig og klart definert innhold. Gjennom en endring av straffeloven § 222 i juli 2003, er følgende bestemmelse inntatt:

> "For tvangsekteskap straffes den som ved vold, frihetsberøvelse, utilbørlig press eller annen rettsstridig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å inngå ekteskap."[26]

Justiskomiteen uttalte blant annet følgende i Innst. O. nr. 106 2002-2003:

> "Komiteen presiserer at utilbørlig press og trusler er vanligere enn fysisk tvang ved denne typen inngåtte ekteskap. Selv om utilbørlig press vil kunne rammes av forbud mot tvangsekteskap som en følge av forståelsen av begrepet "annen rettsstridig atferd", foreslår komiteen likevel dette tydeliggjort ved at det nevnes uttrykkelig i bestemmelsen.
>
> [ ] Komiteen vil påpeke at en handling etter omstendighetene kan være rettsstridig selv om den ikke er straffbar i relasjon til straffelovens øvrige bestemmelser eller lovgivning for øvrig. Om det press som utøves er så alvorlig at det er å regne som rettsstridig, må avgjøres etter en konkret vurdering. Viktige momenter vil i den forbindelse være hva presset består i, varigheten av presset og hvor sterkt det er.
>
> [ ] For eksempel vil trusselen om å fullstendig avskjære en person fra familien om vedkommende ikke gifter seg, kunne utsette personen for et så sterkt press at trusselen er rettsstridig. Videre vil komiteen påpeke at ulike former for psykisk press, som enkeltvis ikke er å anse som rettsstridig adferd i straffelovens forstand, må vurderes samlet i relasjon til spørsmålet om det i det konkrete tilfellet har forekommet retsstridig adferd eller tvang.
>
> Komiteen vil understreke at tvangsekteskap er noe annet enn arrangerte ekteskap. Begrepet arrangerte ekteskap henspeiler etter komiteens mening til at familien deltar aktivt for å finne eller foreslå kandidater til ektemake. Avgjørende for spørsmålet om det foreligger tvang, blir om forslaget til ektemake reelt gir den unge en mulighet til å takke nei. Dersom det arrangerte ekteskap er inngått fordi en part er utsatt for et press, og dette presset er så utilbørlig at vedkommende opplever å ikke ha et valg, vil det etter komiteens mening være straffbar tvang."

Et ekteskap som er inngått ved tvang i utlandet, vil også være ugyldig etter norsk rett. Det følger allerede av at et slikt ekteskap ville være i strid med ordre public.

> "Et ekteskap inngått i utlandet under rettsstridig tvang anerkjenner vi generelt sett derfor ikke som gyldig stiftet. Grunnlaget for en slik ikke-anerkjennelse er at ekteskapet strider mot norsk ordre public. Hva som her er rettsstridig tvang er et norsk-rettslig spørsmål. Det er anvendelse av vår ordre public."[27]

I tillegg kommer ekteskapsloven § 16 tredje og fjerde ledd:

> "Hver av ektefellene kan reise søksmål for å få kjent ekteskapet ugyldig dersom han eller hun er blitt tvunget til å inngå ekteskapet ved rettsstridig atferd.
>
> Adgangen til å reise søksmål bortfaller hvis sak ikke er reist innen seks måneder etter at ektefellen er blitt fri for tvangen. Søksmål kan ikke i noe tilfelle reises senere enn fem år etter ekteskapets inngåelse."

Thue har bemerket følgende i forhold til denne bestemmelsen:

> "Man kunne tenkt seg at manglende avtale var så vesentlig at ekteskapsstiftelsen ble en nullitet. Men ekteskap er ikke en ren avtale mellom nupturientene. Det er også en institusjon med stringente formelle krav til stiftelsen. Derfor fører en stiftelsesmangel ikke umiddelbart til ugyldighet. En rettslig avgjørelse er nødvendig. Man må i disse sakene også ta i betraktning at ekteskaplig samliv er irreversibelt."

Ekteskapsloven § 16a fastsetter at fylkesmannen har adgang til å reise sak for å få dom for at et ekteskap er ugyldig. Det er imidlertid forutsatt at denne adgangen for fylkesmannen til å reise sak skal utøves med stor varsomhet i forhold til tvangsekteskapstilfellene:

> "[Når Fylkesmannen reiser sak,] bør det vere i samsvar med ønsket til den eller dei som har vore utsett for tvangen. Sjølv om det ligg føre ein straffedom for tvangsekteskap, kan vedkomande som har vore utsett for tvangen, ønskje å få ekteskapet oppløyst ved skilsmisse, til dømes av omsyn til barna, framfor å få dom for at ekteskapet er ugyldig.

[26] Straffen for tvangsekteskap er i henhold til bestemmelsens annet punktum fengsel inntil seks år, og i henhold til tredje punktum straffes medvirkning på samme måte.

[27] Helge J. Thue, Internasjonal privatrett (Oslo 2002) s. 339

Departementet er einig med dei høyringsinstansane som har uttalt at føresegna må nyttast med varsemd, på grunn av dei store konsekvensane ein dom som slår fast at eit ekteskap er ugyldig kan få.

Tvangsekteskap kan vere ei stor påkjenning for den eller dei som har vore utsett for det. I fleire tilfelle har den som har vore utsett for tvangen, valet mellom å godta ekteskapet eller å bli utstøytt av familien. Etter departementet si oppfatning bør derfor fylkesmannen ikkje reise sak ved mistanke om tvangsekteskap med mindre det er gjort i forståing med ein eller begge ektemakane. Dette utgangspunkt verkar naturleg, då den eller dei som har vore utsett for tvangen, reint faktisk vil ha stor innverknad på utfallet av saka." [28]

Det kan tilføyes til det som her er sitert at det særlig i de tilfeller hvor kvinnen har blitt gravid eller hvor partene har fått barn sammen, er lett å tenke seg situasjoner hvor det ikke reises ønske om å få ekteskapet oppløst.

Generelt har det vært forutsatt at det kreves en mer alvorlig grad av press for å utløse straffansvar etter straffeloven § 222 enn hva som kreves for at et ekteskap skal kunne kjennes ugyldig etter ekteskapsloven § 16 tredje ledd. Hvorvidt dette fortsatt har gyldighet etter endringen av straffeloven § 222, gjenstår å se.

I den grad man med "tvangsekteskap" forstår slike ekteskap som kan utløse straffansvar etter straffeloven eller som kan kjennes ugyldige etter ekteskapsloven, vil dette ikke nødvendigvis dekke alle de tilfeller av arrangerte ekteskap hvor det er utøvet et så alvorlig press at det kan anses å foreligge et overgrep i forhold til den enkeltes frihet til selv å velge ektefelle. Det må således legges vekt på at partene i arrangerte ekteskap ofte er svært unge og har en begrenset mulighet og evne til å hevde sine egne interesser når disse kommer i konflikt med familiens og slektens ønsker. Særlig gjelder dette for dem som er økonomisk og sosialt avhengige av foreldrene og familien. Selv om det ikke forekommer direkte trusler, vil det derfor kunne tenkes tilfeller hvor en eller begge parter blir "overtalt" under slike omstendigheter at det kan stilles spørsmål ved graden av selvstendighet og frihet knyttet til vedkommendes valg, jf. Anja Bredal:

"Flere av ungdommene som har konflikter med foreldrene rundt ekteskap, vil nok oppleve sine problemer mer som giftepress enn som tvang. Ikke bare fra foreldrene, men fra slekt og ikke minst minoritetsmiljøet. Og det er de samme mekanismene som gjør at ungdommene ikke definerer det som tvang, som gjør presset effektivt: Hensynet til familiesamholdet, foreldrerespekten og lojalitetsfølelsen som de både kan reflektere over og som bare er der, sitter i kroppen så å si, og ikke minst ambivalensen til det hele. Grensene til tvang er flytende, og det er nettopp i den problematiske gråsonen at mye av den viktige innsikten ligger. Å åpne, eller utvide, forståelsen og begrepsbruken betyr ikke nødvendigvis å avdramatisere. Også giftepress er moralsk uakseptabelt."[29]

Det er videre viktig å understreke at det med grunnlag i selve de forventningene som utspringer av tradisjonen med arrangerte ekteskap, i enkelte tilfeller kan foreligge en latent konflikt som gjør at ungdommer som ikke aktivt har forsøkt å motsette seg ekteskapet, likevel opplever at de er frarøvet sin frihet til å velge, jf. Anja Bredal:

"Ordet tvang impliserer i utgangspunktet at den det gjelder har definert en motstand. I den enkelte konflikt vil det variere hvorvidt og i hvilken grad motstanden er uttalt. I noen tilfeller vil de unge foregripe presset, ved å innordne seg fordi de mener alternativet er for risikabelt. De tror ikke bare at det er nytteløst å si nei, men at situasjonen blir verre hvis de forsøker. Eller de innordner seg fordi de mener det er til foreldrenes og familiens beste, selv om de primært skulle ønske at det ikke ble noe av. En av informantene i denne undersøkelsen kalte dette for "selvtvang". Spørsmålet er om vi kan snakke om tvang i tilfeller der det ikke er formulert en motstand, på en eller annen måte. I hvert fall forblir sanksjonene diffuse så lenge den unge velger å innordne seg. På den andre side kan det nettopp være det tvingende i situasjonen som gjør at man ikke tør å si fra. Uansett har foreldrene et ansvar for å skape en trygghet som gjør det mulig å vise uenighet i familien uten å frykte sanksjoner. I konkrete saker kan det være vanskelig å gå opp grensene for hva som er et tvangstilfelle, og det kan bli et spørsmål om grader på en skala heller enn klare avgrensninger."[30]

I forhold til så unge mennesker som det i mange tilfeller er tale om når det gjelder arrangerte ekteskap, må det etter utvalgets oppfatning være et klart ansvar for myndighetene å vurdere rimelige tiltak som kan beskytte ikke bare mot tvang, men i det hele tatt mot at noen føler seg alvorlig presset til å inngå ekteskap mot sin vilje.

28. Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) Om lov om endringar i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapslova) m.m. punkt 6.5, Innst. O. nr. 17 (2003-2004)

29. Arrangerte ekteskap og tvangsekteskap i Norden (1999) s. 54

30. Ibid.

Det finnes ingen sikre opplysninger om hvor omfattende problematikken knyttet til tvang eller alvorlig press er i praksis. Noe sikkert tallmateriale vil heller ikke være mulig å etablere, særlig fordi man på dette feltet uansett måtte operere med en sannsynlighet for store mørketall, jf. også det som er sagt om situasjoner med latent press.

Noe tilgjengelig tallmateriale kan likevel være av en viss interesse i denne sammenheng. Oslo Røde Kors Internasjonale Senter (ORKIS) har etablert en særskilt informasjonstelefon om tvangsekteskap. I årsrapporten for 2002 fremkommer det at ORKIS i 2002 ble kontaktet av 339 brukere (pr. telefon eller e-post) om tilfeller av arrangerte ekteskap. 75 prosent av dem som henvendte seg var kvinner. Utvalget har fått opplyst at 193 av disse henvendelsene (158 kvinner og 35 menn) gjaldt tilfeller hvor en part opplevde tvang eller et sterkt press. ORKIS jobbet videre med 58 av de nye henvendelsene i 2002.

For øvrig kan det vises til at av de 339 brukerne som henvendte seg til ORKIS i 2002, var fordelingen som følger i forhold til nasjonalitetsbakgrunn (begrenset til de nasjonalitetsgrupper som var representert med mer enn fem innringere):

Pakistan	134
Tyrkia	23
Marokko	21
Norge	19[31]
Irak	18
Somalia	17
Afghanistan	14
India	13
Iran	12
Kurdistan	12
Sri Lanka	7

Dette tallmaterialet er selvsagt ikke egnet til å gi noe sikkert bilde av hvilket omfang problematikken knyttet til tvang og alvorlig press faktisk har. Samsvarende med det generelle inntrykk som dannes gjennom samtaler med ulike aktører på feltet, har utvalget gjennom møte med ORKIS fått et klart inntrykk av at det kun er i tilknytning til et relativt lavt antall av de arrangerte ekteskapene at det forekommer tvang i ekteskapslovens eller straffelovens forstand. Noen nærmere slutninger om hvor utbredt det ellers er at partene blir utsatt for ulike former for alvorlig press er ikke mulig å trekke.

[31] De etnisk norske innringerne har ringt på vegne av en partner med en annen etnisk bakgrunn enn norsk.

Som påpekt tidligere i fremstillingen er det slik at bestemmelsene om familieetablering for mange er den eneste muligheten til å oppnå et oppholdsgrunnlag i et vestlig land, og at ekteskap derfor i seg selv kan få betydning som en migrasjonsstrategi. Dette er en viktig forklaringsfaktor i forhold til at den som er bosatt i et vestlig land kan bli utsatt for press til å inngå ekteskap med noen fra opprinnelseslandet.

I flere landsbyer i den fattigere del av verden hvor mange har utvandret til Norge og Vesten, vitner boligområdene om store forskjeller mellom fattigdom og rikdom, og forskjellene svarer gjerne til hvilke familier som har døtre eller sønner i Vesten. De som har flyttet ut, investerer ofte i prangende nybygg på hjemstedet med sikte på at de en dag planlegger å flytte tilbake. For de gjenværende som gjerne lever under fattige kår, blir det på denne måten synliggjort at selve nøkkelen til rikdom ligger i å få en sønn eller datter til Vesten. Tilsvarende sitter de familiene i Norge som har ugifte døtre eller sønner på en mulighet til å bedre sin status i hjemlandsbyen. Med grunnlag i den fundamentale betydning ekteskapsvalg kan ha for familiers økonomiske situasjon og fremtid, kan det også foreligge et press fra den gjenværende slekten i hjemlandet til å vise slektslojalitet når sønner eller døtre skal giftes bort.

I sin årsrapport for 2002 har Oslo Røde Kors Internasjonale Senter (ORKIS) angitt følgende årsaker til at det kan utøves press ved ekteskap på tvers av landegrensene:

- Tidligere inngåtte avtaler mellom familie/slekt i tidligere hjemland.
- Foreldre har lånt penger fra familie for å reise til Norge mot at de bringer andre familiemedlemmer hit via ekteskap.
- Ønske om å gi slektninger et bedre liv i Norge gjennom ekteskap og familiegjenforening.
- En måte å forhindre kjærlighetsekteskap mellom sønn/datter og en med annen kulturell eller religiøs bakgrunn.
- En måte å hindre "fornorsking" på.
- Svigerdøtre som nyttig arbeidskraft i familiehusholdet.

Sammenhengen mellom ekteskapspress og slektsgifte er ett av de temaer som har vært særlig gjenstand for interesse og debatt. Anja Bredal har i denne sammenheng blant annet kommentert følgende:

> "Foreldrene kan [ ] framstille familiekriteriet som et bevisst og fornuftig valg utfra argumenter om kjennskap og trygghet. Ungdommene

> på sin side hevder at foreldrene ofte ikke har noe valg. Slekten i hjemlandet kan utsette sine utvandrede søsken og andre slektninger for stort "giftepress" når barna begynner å nå den rette alderen. Dette er dels et uttrykk for at tradisjonen videreføres – dette er de samme partnerne de ville ha valgt om begge bodde i hjemlandet. Dels er tradisjonen blitt forsterket av migrasjonen. Ekteskap med en utflytter blir ekstra attraktivt fordi det er en måte å skaffe sine barn et økonomisk bedre liv, og dermed også håp om en inntekt for familien i hjemlandet. Det siste gjelder særlig gutter, fordi jenter i mindre grad forventes å være yrkesaktive. I noen tilfeller er det snakk om avtaler som søsken eller andre slektninger har gjort for sine barn da de var små, men ungdommene mener dette ikke er så vanlig lenger. Uansett er det vanskelig for de utvandrede familiemedlemmene å stå imot sterke appeller til familielojalitet og æresfølelse."[32]

Det kan for øvrig tilføyes at utvalget har blitt gjort kjent med at det registreres stadig flere eksempler på proforma (-liknende) ekteskap som er motivert ut fra et ønske om (eller en forpliktelse til) å hjelpe en slektning til Norge. Den parten som er bosatt i Norge, samtykker eller blir presset til å inngå et arrangert ekteskap med løfte om at ekteskapet ikke skal være reelt, men kun skal bestå i tre år inntil den andre parten har fått selvstendig oppholdstillatelse i Norge. Enkelte samtykker til slike (proforma)ekteskap blant annet under løfte om at man etter treårsperioden skal få frihet til å inngå ekteskap med den man selv velger.

Det må understrekes at selv om det er stor grad av enighet om at flere av dem som har tradisjon for slektsgifte er utsatt for press fra familien i hjemlandet, er det stor uenighet om omfanget av slik tvang og press.

Det er også grunn til å understreke at det selvsagt ikke bare er migrasjonsmotivet og de familiemessige forpliktelsene i denne sammenheng som er årsaken til at ekteskap inngås mellom søskenbarn. Som påpekt tidligere i fremstillingen, er ekteskap mellom søskenbarn allerede fra før vanlig forekommende i flere av de opprinnelsesstatene hvor tradisjonen med arrangerte ekteskap praktiseres, herunder for eksempel i Pakistan og Irak. Dette har som nevnt sin forklaring blant annet i at familiebåndene på denne måten blir styrket gjennom de ekteskapelige båndene. Når praksisen med slektsgifte videreføres også i forbindelse med de transnasjonale ekteskapene, kan dette delvis også skyldes at enkelte velger å gifte seg med et søskenbarn fordi de da får en ektefelle som de fra før har hatt en viss kontakt med, og som de vurderer som en trygg partner. (Noe annet er selvsagt at man i så fall kan stille spørsmål ved om dette i tilfelle signaliserer en positiv frihet for den enkelte, eller om det ikke heller forsterker bekymringen i forhold til den reelle graden av frivillighet). Fra foreldrenes synsvinkel tilkommer også den fordel at de unge vet at det å bryte ut av ekteskapet kan skape problemer for familierelasjoner, og at det derfor er mindre risiko for skilsmisse.

Selv om det kan fastslås som en klar målsetting å beskytte mot tvang og alvorlig press, er det både betydelige faktiske og rettslige problemer knyttet til å utforme adekvate beskyttelsestiltak. Mens den rettslige problematikken skal drøftes nærmere i kapittel 8.5.4.9, skal en del av den faktiske problematikken beskrives i det følgende.

Det fremstår som sannsynlig at de aller fleste tilfeller av ekteskap som inngås etter tvang eller alvorlig press, inngås i utlandet. I en god del tilfeller utøves tvangen i opprinnelseslandet etter at den parten som er bosatt i Norge er brakt dit av foreldrene i feriesammenheng e.l., uten forvarsel om at foreldrene planlegger en ekteskapsinngåelse. Særlig for unge kvinner kan det være nærmest umulig å motsette seg tvang fra foreldrenes eller andres side når de befinner seg i opprinnelseslandet. Det kan i denne sammenheng vises til følgende utdrag fra en reiserapport ORKIS skrev etter en studietur til Pakistan i desember 2002, hvor man blant annet besøkte det området som kalles "Little Norway":

> "Det er lett å tenke seg sjokket en norsk ungdom kan få dersom denne blir tvangsplassert her nede i påvente av ekteskap og graviditet. En slik situasjon vil være vanskelig for gutter, men problemet for jentene uendelig mye større. En jente som ferdes her alene vil kontinuerlig ha alles oppmerksomhet på seg og vil relativt raskt bli satt "under oppsyn". Jenter har ikke lov til å bevege seg alene ute, hvilket praktiseres strengt. Graden av tildekking av kvinner er betydelig større her enn i for eksempel Islamabad og Lahore. Det er ikke slik at en kan ta en taxi fra landsbyen opp til Kharian, og buss videre til Islamabad, slik enkelte, også ungdommene fra Norge, tror. Det finnes ingen taxi, bare enkelte små lastebiler som går med ujevne mellomrom. En enslig kvinne eller jente kan ikke reise alene på landsbygda i Pakistan. Det gjelder også om

32. Anja Bredal: Arrangerte ekteskap og tvangsekteskap blant ungdom med innvandrerbakgrunn (1998, Kompetansesenter for likestilling)

hun er tildekket. Problemstillingene med jenter fra vesten som tvinges til å gifte seg i Pakistan, er dessuten så kjent at alle vil forstå hva som foregår. En norskpakistansk ungdom kan ikke forvente hjelp verken fra lokalsamfunn, politi eller lokale myndigheter. Den parten som har status og kontakter vil være den som får medhold dersom politi eller myndigheter kontaktes.

I tillegg til de praktiske barrierene, vil belastningen knyttet til de forventningene den norskpakistanske ungdommen blir møtt med, alene i foreldrenes hjemland, være lammende.

Familien i Pakistan lever i en gammeldags, kollektivistisk kultur hvor familien, og ikke individet, betyr alt. Det er nytt, og vanskelig, å plutselig skulle være "datter av alle voksne i familien". Muligheten for å yte hjelp, fra Norge eller ambassaden i Islamabad, er på dette stadiet betydelig redusert. Penger, pass og billetter er vel og bra, men utfordringen er fortsatt å komme seg til Islamabad. Eller for den saks skyld; fra landsbygda og opp på hovedveien."

Det bildet som her blir tegnet er ikke unikt for landsbygda i Pakistan, men vil gjelde i forhold til lokalområder i flere av de landene hvor tradisjonen med arrangerte ekteskap praktiseres.

Etter at ekteskap er inngått, blir partene normalt brakt til den norske utenriksstasjonen i det aktuelle landet for å fremsette søknad om familieetablering. Blant annet den norske ambassaden i Islamabad møter i denne forbindelse hvert år flere unge kvinner som man forstår har vært utsatt for tvang ved ekteskapsinngåelsen. Vanligvis er situasjonen at familien venter utenfor ambassaden. Det oppstår da en svært vanskelig situasjon knyttet til håndteringen av disse sakene. I enkelte tilfeller har ambassaden i samråd med kvinnen lykkes i å bringe vedkommende til flyplassen og tilbake til Norge. Dersom dette ikke er et mulig eller aktuelt alternativ, vil kvinnen være tilbake i familiens "varetekt" så snart intervjuet ved ambassaden er avsluttet. Det vil da kunne oppstå en svært farlig situasjon for kvinnen dersom det blir gjort kjent at hun har gitt opplysninger om den tvangen hun har vært utsatt for. Den eneste redningen vil i disse tilfellene normalt være at søknaden om familieetablering innvilges, slik at kvinnen tillates å returnere til Norge sammen med sin nye ektemann.

Dette bildet av de faktiske problemene med å forhindre tvangstilfeller må tas i betraktning når man vurderer mulige rettslige tiltak mot tvang og alvorlig press.

8.5.4.9 Tiltak mot tvangsekteskap mv.

Utvalget har lagt særlig stor vekt på å vurdere muligheten for lovgivningsmessige tiltak på utlendingsfeltet som kan bidra til å motvirke at noen blir utsatt for tvang eller alvorlig press i forbindelse med ekteskapsinngåelser. Herunder har man vurdert tiltak som hindrer at ekteskap som er inngått mot partenes vilje skal kunne danne grunnlag for at noen vinner rett til oppholdstillatelse i Norge.

Hensynet til å oppnå målsettingen om å motvirke tvangsekteskap og ekteskap inngått etter alvorlig press, må imidlertid veies mot hensynet til at de tiltak man velger ikke må ramme muligheten til å etablere et samliv i Norge med grunnlag i frivillig etablerte ekteskap - også slike som er inngått innen en tradisjonell ramme.

Utvalget er av den oppfatning at det er en klar mangel ved gjeldende lovverk at det ikke eksisterer en uttrykkelig hjemmel for å avslå en søknad om opphold dersom det foreligger grunn til å anta at ekteskapet er inngått mot den ene partens vilje. Barne- og familiedepartementet har fremholdt at ekteskap inngått ved tvang er i strid med "ordre public", og derved ikke gir noen rett til familieinnvandring. Dette gir imidlertid etter utvalgets oppfatning ikke noen tilstrekkelig tydelig avklaring av situasjonen. Ofte står man overfor en svært vanskelig vurderingsmessig og bevismessig situasjon i forhold til å kunne fastslå om et ekteskap er inngått ved tvang i form av "rettsstridig atferd". Utvalget anser at det kan være uheldig dersom vurderingen i utlendingsrettslig sammenheng skal være strengt bundet til samme vurderingsnormer og beviskrav som kreves for å kjenne et ekteskap ugyldig etter ekteskapsloven. Etter utvalgets vurdering vil det dessuten ha en selvstendig signalmessig verdi dersom man tydeliggjør i utlendingsloven at ekteskap som er inngått mot en parts vilje, ikke skal gi en rett til opphold.

Noen særskilt bestemmelse om at opphold kan nektes dersom ekteskapet er inngått mot den ene partens vilje, finnes verken i svensk, finsk, britisk eller nederlandsk rett, eller i EU-direktivet om familieinnvandring. I den danske utlendingsloven § 9, stk. 8, har man imidlertid en bestemmelse med følgende ordlyd:

> "Opholdstilladelse [ ], kan ikke, medmindre ganske særlige grunde afgørende taler derfor, gives, såfremt det må anses for tvivlsomt, om ægteskabet er indgået eller samlivsforholdet er etableret efter begge parters ønske."

Utvalget anser at det i en ny norsk lov bør inntas en klar bestemmelse om at tillatelse kan nektes

dersom det må legges til grunn at ekteskapet er inngått mot den ene partens vilje.

Med bakgrunn i det som er beskrevet vedrørende situasjonen i de tilfeller hvor referansepersonen har vært presset til å inngå ekteskap mot sin vilje, er det imidlertid også vesentlig å ta hensyn til at referansepersonen ofte vil være i en svært sårbar situasjon som gjør at vedkommende vil ha vanskelig for å opplyse om forholdet til myndighetene. Det bør derfor etter utvalgets vurdering inntas en uttrykkelig bestemmelse om at søknaden kan avslås dersom denne etter forespørsel ikke støttes av referansepersonen. I saker hvor det foreligger mistanke om tvang eller alvorlig press, vil man med hjemmel i en slik bestemmelse kunne avslå opphold uten å være avhengig av at referansepersonen er i en situasjon hvor vedkommende våger eller har muligheten til aktivt å forklare seg om det press som har vært utøvet. Sett i lys av det som tidligere er beskrevet om at referansepersonen kan befinne seg i en svært utsatt situasjon når vedkommende fortsatt befinner seg i utlandet, vil det som hovedregel først kunne være når referansepersonen er tilbake i Norge at man kan fremsette en forespørsel.

Et tiltak som har fått særlig aktualitet i forhold til å motvirke tvangsekteskap, er innføringen av et forhøyet alderskrav for familieinnvandring. Tanken bak et slikt forhøyet alderskrav er at eldre parter, både som følge av personlig modenhet og som følge av en mer selvstendig posisjon i forhold til familien, har en større mulighet til å motsette seg press fra familien når det gjelder avgjørende livsvalg.

Danmark innførte sommeren 2002 et krav om at partene må være over 24 år, nettopp med det formål å motvirke at unge mennesker blir presset av familiene til å inngå ekteskap mot sin vilje. Kravet om at partene må være over 24 år gjelder både i forhold til familiegjenforening og i forhold til familieetablering.

I EU-direktivet er det åpnet for at statene kan operere med et vilkår om at partene er over 21 år. Et slikt vilkår kan innføres både i forhold til familiegjenforening og i forhold til familieetablering.

Verken i svensk, finsk, hollandsk eller britisk rett, opereres det foreløpig med noe annet krav enn at partene må være over 18 år. Utvalget er heller ikke kjent med at det foreløpig er andre EU-land som opererer med noe forhøyet alderskrav.

Utvalget er oppmerksom på at det blant en rekke aktører som arbeider med problematikken knyttet til tvangsekteskap i Norge, er en klar motstand mot å innføre et forhøyet alderskrav. En av de vesentlige grunnene til dette er frykten for at (særlig) unge jenter likevel skal bli brakt til hjemlandet og giftet bort mot sin vilje, og at alderskravet i så fall vil kunne innebære at de blir utsatt for et ytterligere overgrep ved at de i tillegg blir holdt tilbake i hjemlandet inntil alderskravet er oppfylt.

Et annet generelt og vesentlig ankepunkt mot å operere med et forhøyet alderskrav, er at en betydelig andel av de tilfellene som rammes, med stor sannsynlighet vil gjelde ekteskapsforhold som er basert på full frivillighet fra partenes side, herunder også ekteskap som er inngått utenfor rammen av tradisjonen med arrangerte ekteskap.

Utvalget anser at en heving av aldersgrensen til 24 år tilsvarende hva som gjelder i dansk rett, vil være for inngripende, og at de utilsiktede konsekvensene som nevnt over vil kunne bli for omfattende. Etter en avveining av de hensyn og interesser som gjør seg gjeldende, anser utvalget like fullt at det er grunn til å operere med en høyere aldersgrense enn dagens 18-års grense i forhold til retten til familieetablering. Aldersgrensen bør etter utvalgets vurdering likevel ikke settes høyere enn hva det i henhold til det nye EU-direktivet er gitt rom for i EU-landenes nasjonale lovgivning, dvs. 21 år. En heving av aldersgrensen til 21 år vil innebære en større sannsynlighet for at partene har oppnådd modenhet og en selvstendighet i forhold til egen familie som gjør dem bedre rustet til å hevde egne interesser og ønsker også på tvers av familiens vilje. Utvalget vil bemerke at man allerede i utgangspunktet er skeptiske til at arrangerte ekteskap tilrettelegges av familien eller andre i forhold til parter som er under 21 år. Samtidig anser utvalget at det må være forsvarlig å anta at man gjennom en slik begrenset heving av alderskravet til 21 år, skaper et sterkt redusert potensiale for at mange seriøse og frivillig etablerte ekteskapsforhold rammes som en utilsiktet konsekvens, sammenliknet med for eksempel et 24-års krav.

Et sentralt spørsmål er i hvilken utstrekning det bør være rom for unntak fra 21-årskravet i tilfeller hvor særskilte hensyn eventuelt måtte gjøre seg gjeldende, for eksempel dersom partene har eller venter barn sammen. Med bakgrunn i at tiltaket som er foreslått refererer seg til situasjoner hvor det utøves tvang, er det imidlertid særlig nødvendig å vurdere potensialet for at eventuelle unntaksbestemmelser kan innebære en risiko for ytterligere overgrep i omgåelseshensikt. Det er ikke mulig å se bort fra at for eksempel et unntak for parter som har eller venter barn sammen ville kunne innebære en risiko for at kvinnen presset inn i et ufrivillig svangerskap. Tilsvarende vil et unntak for de tilfeller hvor partene har bodd

sammen en viss tid, kunne skape en risiko for at referansepersonen blir holdt tilbake i opprinnelseslandet mot sin vilje.

For øvrig understrekes det at en eventuell unntaksbestemmelse ikke måtte ha et slikt innhold eller praktiseres på en slik måte at praksis ville få en karakter av etnisk diskriminering.

Med bakgrunn i de betenkeligheter som gjør seg gjeldende, mener utvalget at det ikke bør gjelde noen adgang til å gjøre unntak fra alderskravet i etableringstilfellene. Kravet om at partene er over 21 år, bør gjelde generelt og absolutt.

For å hindre omgåelser og for å motvirke at referansepersonen blir holdt tilbake i opprinnelseslandet mot sin vilje, er det for øvrig nødvendig å fastsette at et tilsvarende alderskrav som hovedregel også skal gjelde i forhold til familiegjenforeningstilfellene. I forhold til gjenforeningstilfellene vil det imidlertid være både mulig og rimelig å gjøre unntak fra alderskravet i de situasjoner hvor ekteskapet allerede besto på tidspunktet for referansepersonens innreise til riket.

Som et alternativt eller supplerende tiltak til en heving av aldersgrensen for ektefeller, kan det være aktuelt å vurdere et krav om sikret underhold i de tilfeller hvor et slikt krav ellers ikke gjelder. Mens det tidligere gjaldt et generelt unntak i utlendingsforskriften fra kravet om sikret underhold dersom referansepersonen var norsk borger, innskjerpet regjeringen underholdskravet slik at det fra 01.11.2003 også stilles krav om sikret underhold i disse tilfellene dersom en av partene er under 23 år. Det kreves også at underholdskravet oppfylles av referansepersonen selv. I motsetning til et slikt generelt alderskrav som drøftet ovenfor vil et krav om sikret underhold bare utgjøre en hindring for familieetablering i de tilfeller hvor referansepersonen eventuelt er uten forsørgerevne. Tanken bak et slikt begrenset tiltak er at det nettopp er de referansepersonene som er uten forsørgerevne som vil være sårbare i forhold til press fra familien, fordi de befinner seg i et økonomisk avhengighetsforhold til foreldrene. Personer under 23 år som har evne til selv å sikre underhold, eller personer som eventuelt er over 23 år, vil normalt være i en langt mer ressurssterk posisjon i forhold til å hevde sine egne interesser på tvers av familiens vilje.

I forbindelse med høringsrunden til den innskjerpingen som regjeringen foretok i forskriftsverket, ble en rekke innvendinger mot innskjerpingen fremført.

På samme måte som et generelt alderskrav vil et krav om sikret underhold kunne virke som en hindring for familieetablering også i forhold til en rekke ekteskapsforhold som er basert på full frivillighet fra partenes side, herunder ekteskap som er inngått utenfor rammen av tradisjonen med arrangerte ekteskap.

Man risikerer også den mulighet at referansepersonen kan bli tvunget til å inngå ekteskap før 23-års dagen, men at vedkommende som konsekvens av tiltaket blir holdt tilbake i opprinnelseslandet inntil 23-års kravet er oppfylt. Blant annet den norske ambassaden i Islamabad fremholdt i høringsrunden at foreldrenes frykt for at barna vil etablere andre forhold vil føre til at familiene fortsatt vil gifte bort barna når de er unge, og ambassaden frykter at referansepersonene i slike tilfeller ville bli holdt tilbake i Pakistan til de er over 23 år.

Et ytterligere motargument som ble anført i høringsrunden, var at tiltaket med et skjerpet underholdskrav knyttet til alder vil kunne medføre et press på unge mennesker til å avstå fra høyere utdannelse for i stedet å ta arbeid og kunne oppfylle underholdskravet. Dette er et argument som utvalget finner særlig grunn til å vektlegge. Som påpekt er det grunn til å anta at mange foreldre vil ha frykt for at barna skal etablere andre forhold og foreldrene kan derfor ønske at barna skal inngå ekteskap før de fyller 23 år. Dette kan føre til at man vil oppleve et press på barna til å komme ut i inntektsbringende arbeid i stedet for å ta høyere utdannelse. Det presiseres at utvalgets drøftelse knytter seg til innføringen av underholdskrav som et tiltak mot tvangsekteskap. I hvilken utstrekning det er hensiktsmessig å innføre underholdskrav ved familieetablering og familiegjenforening på generelt grunnlag, har utvalget ikke vurdert. Under enhver omstendighet kan regler om underholdsplikt fastsettes i forskrift, jf. kapittel 5.7.2.

Utvalget har ellers merket seg at enkelte aktører på feltet har argumentert for begrensninger i adgangen til familieetablering i de tilfeller hvor ekteskap er inngått mellom søskenbarn på tvers av landegrensene. Som påpekt i kapittel 8.5.4.8 er flere av dem som har tradisjon for slektsgifte utsatt for press fra familien i hjemlandet. I Danmark har man i første rekke med grunnlag nettopp i dette forhold besluttet å foreta innstramninger i adgangen til familieetablering mellom slektninger, jf. den danske utlendingsloven § 9, stk. 8, annet punktum:

> "Er ægteskabet indgået eller er samlivsforholdet etableret mellem nærtbeslægtede eller i øvrigt nærmere beslægtede, anses det, medmindre særlige grunde taler derimod, for tvivlsomt, om ægteskabet er indgået eller samlivsforholdet er etableret efter begge parters eget ønske."

Et annet forhold som har vært anført til støtte for et forbud mot familieetablering i søskenbarntilfellene, er de medisinske implikasjonene av arvemessig art som slike ekteskap innebærer. Disse medisinske hensyn har imidlertid ikke blitt vurdert som tilstrekkelig tungtveiende av myndighetene til at man har valgt å iverksette tiltak for å hindre ekteskap mellom søskenbarn bosatt i Norge.

Utvalget anser at det ikke er ønskelig å fastsette begrensninger i adgangen til opphold for søskenbarn som er gift med en referanseperson i riket så lenge ekteskap mellom søskenbarn er tillatt i norsk ekteskapslovgivning. Eventuelle tiltak som begrenset adgangen til familieetablering mellom søskenbarn i forbindelse med transnasjonale ekteskap ville også måtte vurderes grundig i forhold til prinsippet om ikke-diskriminering. I forhold til det medisinske aspektet påpekes for øvrig at dersom man skulle velge å nekte familieetablering i søskenbarntilfellene, ville man kunne risikere en mangel på åpenhet om den reelle familiemessige tilknytning, og derved forvanske den medisinske bistanden og oppfølgingen.

Mens de tiltak som er drøftet ovenfor retter seg mot de materielle vilkårene for oppholdstillatelse, kan man videre tenke seg tiltak på den saksbehandlingsmessige siden som kan være aktuelle i forhold til å motvirke tilfeller av tvang og alvorlig press.

Som påpekt i beskrivelsen i kapittel 8.5.4.8 er situasjonen i enkelte tilfeller at referansepersonen bringes til opprinnelseslandet uten noe klart forhåndssignal om at familien har planlagt at vedkommende skal gifte seg. Samtidig kan referansepersonen risikere å bli holdt tilbake i opprinnelseslandet inntil ektefellen er innvilget opphold, og partene kan returnere sammen. Denne situasjonen kan motvirkes ved at man innfører en hovedregel om at referansepersonen skal returnere og intervjues av utlendingsmyndighetene før en tillatelse kan innvilges søkeren. Når referansepersonen er tilbake i Norge, vil vedkommende ha helt andre muligheter for å stå frem med opplysninger om eventuell tvang, og signalisere at han eller hun ikke ønsker søknaden innvilget.

Dilemmaet med et slikt tiltak er selvsagt at det vil føre til en midlertidig splittelse av en nyetablert familie i perioden fra referansepersonen ankommer Norge og frem til søknaden er ferdigbehandlet, hvilket i perioder med restanser vil kunne ta lang tid.

Mens tiltak på den materielle siden vil måtte gjøres gjeldende i forhold til alle grupper av nasjonaliteter, og derved også ramme mange nasjonalitetsgrupper som ikke er i risikosonen for tvangsekteskap, vil denne typen tiltak kunne begrenses til å gjelde visumpliktige utlendinger. Dersom man i forskrift åpner for at ektefeller kan fremme søknad om opphold fra riket, vil man uansett ikke kunne hindre en visumfri utlending fra å reise inn i riket sammen med ektefellen før tillatelse er gitt. I forhold til de stater vi har visumfrihetsavtale med, vil situasjonen i vedkommende land generelt sett heller ikke være slik at det ut fra de samfunnsmessige forholdene er grunn til å frykte at referansepersonen blir holdt tilbake i vedkommende land mot sin vilje.

For å begrense tiltakets omfang på en slik måte at man i størst mulig grad unngår å ramme de tilfeller hvor det er full frivillighet knyttet til ekteskapsinngåelsen, kan man videre etablere en ordning som tillater at referansepersonen kan anmode om at intervjuet med utlendingsmyndighetene gjennomføres før utreisen og ekteskapsinngåelsen. Dersom et intervju som avklarer frivilligheten ved ekteskapet er gjennomført allerede i forkant av ekteskapet, bør det ikke være noe til hinder for at søknaden kan ferdigbehandles mens referansepersonen fortsatt befinner seg i utlandet, eller at søkeren gis innreisevisum i påvente av at søknaden blir ferdigbehandlet.

Det vises til lovutkastet § 66 fjerde ledd.

En særskilt problemstilling gjelder de tilfeller hvor referansepersonen i Norge har inngått ekteskap i utlandet med en mindreårig av særlig ung alder. Dersom en søknad om opphold fremmes etter at søkeren har fylt 21 år, oppstår spørsmål om tillatelse likevel bør nektes under henvisning til søkerens unge alder på ekteskapstidspunktet. Det vises i denne sammenheng til at det gjennom en endring av straffeloven § 220 første ledd i 2003 ble fastsatt følgende bestemmelse:

> "Den som inngår ekteskap eller partnerskap med noen som er under 16 år, eller medvirker til dette, straffes med fengsel inntil 4 år. Villfarelse om alder utelukker bare straffskyld dersom ingen uaktsomhet foreligger i så måte. Straff kan falle bort for ektefeller eller partnere som er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling."

Det er foreløpig ikke foretatt noen endring av ekteskapsloven som fastsetter at et ekteskap med noen som er under 16 år, uten videre er å anse som ugyldig. Et slikt ekteskap vil derfor ikke være ugyldig dersom ordre prublic-grensen ikke er overskredet. Det er tilfellet hvis 11-12 åringer er blitt bortgiftet.[33]

Selv om ekteskap som er inngått med en part under 16 år ikke uten videre er å anse som sivil-

33. Helge J. Thue, Internasjonal privatrett (Oslo 2002)

rettslig ugyldig etter norsk rett, kan det reises spørsmål ved om man på samme måte som man har funnet grunnlag for reaksjoner gjennom straffelovgivningen, burde innføre særskilte restriksjoner i forhold til adgangen til familieinnvandring. Med bakgrunn i at søkeren etter utvalgets forslag må ha nådd en alder av 21 år før tillatelse kan innvilges, anser imidlertid utvalget at det ville være betenkelig å nekte opphold under henvisning til at vedkommende var under 16 år på ekteskapstidspunktet. Situasjonen vil på søknadstidspunktet være at ekteskapet mellom partene har bestått i minst fem år, og partene vil også ofte ha felles barn. Inntil det eventuelt blir inntatt en bestemmelse i ekteskapsloven om at ekteskap inngått med en part under 16 år skal anses ugyldig etter norsk rett, vil utvalget derfor ikke foreslå noen innskrenkning av retten til opphold for familieetablering med grunnlag i at en av partene var under den nevnte alder på vigselstidspunktet.

8.5.5 Familieinnvandring i strid med forutsetningene for referansepersonens tillatelse – unntak fra retten

I visse tilfeller ville det kunne være i strid med forutsetningene for referansepersonens tillatelse å innvilge opphold. Dette vil særlig kunne være aktuelt i saker hvor referansepersonen er innvilget opphold med grunnlag i en asylsak hvor det er anført behov for beskyttelse fra søkeren, for eksempel i saker som gjelder trussel om omskjæring, tvangsekteskap mv. I slike tilfeller må det være klart at søkeren som utgangspunkt ikke skal kunne innvilges opphold i Norge. En eventuell frivillig gjenforening mellom partene må i tilfellet skje i hjemlandet.

Det vises til lovutkastet § 62 første ledd.

8.5.6 Kravet til underhold og bolig.

Som angitt i kapittel 5.7.2 har utvalget ikke ønsket å videreføre noen hovedregel i loven om at underhold og bolig skal være sikret, men har overlatt reguleringen til Kongen i forskrift.

Utvalget har vurdert hvorvidt det burde lovfestes et hinder mot å kreve sikret underhold eller bolig i tilfeller hvor dette kunne vanskeliggjøre familiegjenforening for familiemedlemmene til en flyktning med opphold i riket. Etter utvalgets vurdering bør det være en forutsetning i norsk familieinnvandringspolitikk at man ikke innfører tiltak som kan vanskeliggjøre gjenforening i disse tilfellene.

Utvalget vil for øvrig understreke at regjeringen i forskriftsverket må sikre at eventuelle unntaksbestemmelser ikke har en diskriminerende karakter. Utvalget har merket seg at man i dag opererer med særskilte unntak knyttet til referansepersonens nasjonalitet, jf. blant annet unntaket for ektefelle og barn til norsk borger, og vil bemerke at man er i tvil om hvorvidt denne forskjellsbehandlingen er i samsvar med prinsippet om ikkediskriminering, jf. kapittel 4.9.

8.5.7 Saksbehandlingsregler

En utlending som vil søke om en annen arbeids- eller oppholdstillatelse enn tillatelse som spesialist eller sesongarbeider, må som hovedregel ha mottatt første gangs arbeidstillatelse før innreise, jf. utlendingsloven § 6 femte og syvende ledd, jf. utlendingsforskriften § 10 første ledd.

Når det gjelder begrunnelsen for den generelle regelen om at første gangs oppholdstillatelse skal være gitt før innreise, vises det til kapittel 5.5.

Regelen om at første gangs oppholdstillatelse må være gitt før innreise gjelder også i forhold til familieinnvandringstillatelsene. Som påpekt i kapittel 8.2.5 er det imidlertid gjort omfattende unntak fra hovedregelen i forskriftsverket. Gjennom å etablere en ordning med nasjonalt visum som tillater at visumpliktige søkere i mange tilfeller kan gis adgang til å reise inn i riket og fremsette en søknad her, eller eventuelt avvente utfallet av søknadsbehandlingen dersom søknaden allerede er fremsatt før innreise, har man søkt å dempe den ulikhet i faktiske muligheter for å oppholde seg i riket i søknadsperioden som ellers ville eksistert mellom visumfrie og visumpliktige borgere.

Som det fremgår i kapittel 5.5.2 vil utvalget videreføre en generell hovedregel i loven om at den som ønsker å fremsette søknad om opphold i riket, skal fremsette slik søknad før innreise. Utvalget anser at dette også bør gjelde som lovens hovedregel i forhold til familieinnvandringssakene. Samtidig mener utvalget at det vil være nødvendig å operere med en rekke unntak fra denne hovedregelen, men slike unntak bør etter utvalgets vurdering fastsettes i forskrift.

Utvalget vil imidlertid understreke at man er skeptiske til de omfattende unntak som er inntatt i gjeldende forskriftsverk, og som er gjennomført i praksis. Særlig gjelder dette at personer som har ankommet riket som asylsøkere har en rett til å fremsette søknad om opphold med grunnlag i et familieliv som er etablert først etter innreise. Utvalget ser at det kan forekomme tilfeller hvor det i en slik situasjon ville være klart urimelig å oppstille et vilkår om at asylsøkeren (eventuelt etter avslag på sin søknad) skulle forlate riket for

å fremsette en ny søknad om familieetablering fra hjemlandet. For eksempel kan det i enkelte tilfeller ha gått særlig lang tid uten at asylsaken er endelig avgjort, slik at det eventuelt er tale om å rive opp et etablert samliv. Tilsvarende kan situasjonen være at partene har eller venter barn sammen. Det kan også forekomme tilfeller hvor det er klart at søkeren ved retur til hjemlandet vil bli fratatt sine reisedokumenter og nektet senere utreise e.l. Dette vil likevel ikke være normalsituasjonen, og i de fleste tilfellene vil det ikke være urimelig å kreve at søkeren returnerer til hjemlandet for å fremsette en søknad derfra. Hensynet til søkerens og referansepersonens interesser må her veies opp mot behovet for å motvirke tilfeller av proformaekteskap og hensynet til å ivareta asylinstituttets integritet. Personer som ankommer riket og fremsetter en søknad om asyl uten å ha en tilstrekkelig velgrunnet søknad, skal ikke vinne en sterkere rett eller bedre posisjon til innvandring på annet grunnlag enn øvrige søkere. Særlig klart må dette være i de tilfeller hvor asylsøknaden viser seg klart grunnløs og/eller dersom det er avdekket at søkeren har gitt uriktige opplysninger i forbindelse med søknaden.

Utvalget er også skeptisk til at søkere som ankommer på alminnelig turistvisum etter gjeldende forskriftsverk, har rett til å fremsette søknad fra riket etter å ha giftet seg under besøksoppholdet. Under gjeldende rett er situasjonen at en utlending som akter å inngå ekteskap i riket med sikte på opphold, skal vurderes i forhold til bestemmelsen om oppholdstillatelse i utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav a. En slik søknad vurderes og avgjøres av Utlendingsdirektoratet. Med bakgrunn i at utlendingen har som siktemål å ta varig opphold i riket, vil vilkårene for et besøksvisum ikke være oppfylt. Fordi søkerne fra land hvor den norske utenriksstasjonen behandler søknader om alminnelig besøksvisum ofte er kjent med at det gjerne tar mye lengre tid å få en såkalt forlovertillatelse av Utlendingsdirektoratet enn å få et alminnelig besøksvisum fra ambassaden, unnlates det i mange tilfeller å gi opplysning om ekteskapsplanene.

Etter utvalgets vurdering er den situasjonen som her er beskrevet lite heldig:

- Dersom søkeren ikke før innreisen hadde noen relasjon til den man senere inngår ekteskap med under besøksopphold i Norge, kan det i mange tilfeller være grunn til å stille spørsmål ved forholdets realitet.
- Regelverket inviterer til omgåelse av regelen om at den som skal inngå ekteskap skal søke oppholdstillatelse.

Som det fremgår i kapittel 8.5.4.9, vil utvalget for øvrig foreslå en innskjerping på saksbehandlingssiden som innebærer at dersom et ekteskap er inngått i utlandet etter at referansepersonen ble innvilget opphold i Norge, skal tillatelse til familiegjenforening eller familieetablering ikke gis før referansepersonen har kommet tilbake og blitt intervjuet av utlendingsmyndighetene. Unntak skal kunne gjøres i de tilfeller hvor referansepersonen har vært til intervju i forkant av ekteskapsinngåelsen, eller dersom søkeren er visumfri. Det følger som en nødvendig konsekvens av disse endringsforslagene at søkeren heller ikke kan gis et nasjonalt visum for å fremme søknad eller avvente søknadsbehandlingen i Norge før referansepersonen har vært til intervju, med mindre slikt intervju er avholdt i forkant av ekteskapsinngåelsen.

8.5.8 Varighet og innhold av oppholdstillatelse for familiemedlem

Som det følger av kapittel 10 går utvalget inn for at det skal gjelde en generell regel om krav til tre [mindretallet: fem] års botid med oppholdstillatelse før permanent opphold kan innvilges. Første gangs oppholdstillatelse, og eventuelle fornyelsestillatelser forut for at permanent opphold innvilges, kan gis med ett til tre års varighet. I dag gis i praksis ettårige tillatelser. Utvalget er sterkt i tvil om den kontrollmessige gevinsten av å kreve årlige fornyelser av tillatelsene i familiegjenforeningstilfellene er tilstrekkelig til at denne ordningen kan anses hensiktsmessig. Selv om saksbehandlingen knyttet til slike fornyelsessaker normalt er av kurant art, legges det like fullt beslag på administrative ressurser. Samtidig må det antas å være svært få familiegjenforeningstilfeller hvor samlivet er oppløst innen ett år etter at søkeren har tatt opphold i riket, eller hvor det avdekkes at forholdet gjelder et proformaarrangement. Utvalget anser derfor at det i forhold til familiegjenforeningstilfellene enten vil være hensiktsmessig at man opererer med toårige tillatelser ved fornyelse, dvs. at tillatelsen fornyes én gang før det kan søkes om permanent opphold, eller at søkeren tildeles en tillatelse med tre års varighet slik at det kun foretas en statuskontroll når det søkes om permanent opphold.

I familie*etableringstilfellene* er det større behov for å føre kontroll med at vilkårene for tillatelsen fortsatt er oppfylt også i perioden frem til permanent opphold kan innvilges, både fordi det må antas å være en større andel av samlivene som opphører i løpet av kort tid, og fordi det er i disse tilfellene at man erfaringsmessig avdekker proforma-

arrangement i forbindelse med fornyelse av tillatelsene. Etter utvalgets vurdering kan det derfor være gode grunner til å fortsette praksisen med ettårige tillatelser når det gjelder etableringstilfellene.

Det er videre nødvendig å videreføre det forbehold at søkeren aldri skal gis en tillatelse med lengre varighet enn referansepersonen.

Utvalget vil likevel ikke foreslå at bestemmelser som regulerer varighetsspørsmålet i overensstemmelse med det som er drøftet ovenfor inntas i selve loven. Etter utvalgets vurdering er det her tale om forhold som naturlig kan gjøres til gjenstand for forskriftsregulering, og hvor regjeringen har mulighet til å foreta justeringer og endringer.

Som det fremgår i kapittel 5.1.2, går utvalget inn for et prinsipp om at enhver oppholdstillatelse også skal gi rett til å ta arbeid, dersom annet ikke er særskilt fastsatt i forskrift. Dette vil også gjelde i forhold til familieinnvandringstilfellene.

På tilsvarende måte som etter dagens regelverk, bør ordningen videre være at en oppholdstillatelse til familiemedlem som hovedregel danner grunnlag for permanent opphold dersom det ikke i denne relasjon er begrensninger knyttet til referansepersonens oppholdstillatelse. I forhold til visse typer tillatelser bør det være rom for å fastsette nærmere unntak fra hovedregelen i forskrift.

8.5.9 Fornyelse av tillatelser

8.5.9.1 Allment

Utvalget foreslår at man i et nytt lovverk viderefører gjeldende hovedregel om at tillatelser til opphold for familiemedlemmer i ugangspunktet skal kunne fornyes i overensstemmelse med referansepersonens tillatelse. Nærmere unntak fra hovedregelen fastsettes i forskrift.

Videre foreslår utvalget at man inntar en bestemmelse i loven som presiserer at tillatelser som i henhold til det ovennevnte er fornybare, fornyes i overensstemmelse med det grunnlag de ble gitt på, når dette fortsatt er til stede. Nærmere presiseringer kan fastsettes i forskrift.

Utvalget anser det for øvrig verken er rimelig eller praktisk gjennomførbart å foreta noen endring med hensyn til at det ikke skal gjelde et krav om sikret underhold eller bolig ved fornyelse av tillatelser til familiemedlemmer.

8.5.9.2 Samvær med barn etter samlivsbrudd

Utvalget går inn for å videreføre gjeldende bestemmelser om fortsatt opphold i riket for utlending som har samværsrett av et visst omfang og benytter denne. Det vises til bestemmelsene i gjeldende utlendingsforskrift §§ 23 første ledd bokstav j samt 37 fjerde ledd annet punktum og femte ledd.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 63. Det vises for øvrig til den foreslåtte bestemmelsen i § 54 som er drøftet i kapittel 8.5.3.8.

8.5.9.3 Situasjonen ved samlivsbrudd på grunn av mishandling

Med hjemmel i utlendingsloven § 8 annet ledd er det i gjeldende regelverk gitt en bestemmelse i utlendingsforskriften § 37 sjette ledd (mishandlingsbestemmelsen) som fastsetter at en kvinnelig søker som på grunnlag av samlivsbrudd har mistet sitt grunnlag for videre opphold i riket, "skal [gis tillatelse] etter § 21 tredje ledd [ ] dersom kvinnen eller eventuelle barn er blitt mishandlet i samlivsforholdet."

Det hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen, er at en kvinne ikke skal tvinges til å fortsette og leve i et samliv hvor hun eller barna blir utsatt for mishandling av mannen. En del kvinner vil føle seg presset til å fortsette i et slikt samliv dersom alternativet er at de ellers vil miste sitt grunnlag for opphold i Norge og må returnere til hjemlandet.

Utlendingsdirektoratet har gitt nærmere retningslinjer for praktiseringen av den någjeldende bestemmelsen i rundskriv UDI 02-117. Her fremgår blant annet følgende:

> "Formålet med forskriften § 37 sjette ledd annet alternativ, er at utenlandske kvinner med oppholdstillatelse i familiegjenforening ikke skal se seg tvunget til å bli i et ekteskap/samboerforhold der hun eller eventuelle barn blir mishandlet av frykt for å miste sin oppholdstillatelse i Norge.
>
> Det stilles ikke krav om årsakssammenheng mellom mishandlingen og samlivsbruddet. Det er uten betydning om det er mannen eller kvinnen som har tatt initiativet til samlivsbruddet.
>
> Det som nedenfor er nevnt om mishandling av kvinnen, anvendes så langt det passer i forhold til mishandling av eventuelle barn.
>
> Hva som kan betegnes som mishandling, beror på en helhetsvurdering. Mishandlingen kan være av fysisk art, f eks ved bruk av vold eller annen legemskrenkelse, eller av psykisk art, f eks trusler om bruk av vold. Hendelsene må ha ført til at kvinnens livskvalitet har blitt redusert. Skaden kan være av fysisk eller psykisk art eller en kombinasjon av begge.

Ved vurderingen om det foreligger en mishandlingssituasjon, må man se hen til de beskrevne hendelsene, alvorlighetsgraden, under hvilke omstendigheter mishandlingen fant sted, om de er en del av et handlingsmønster eller om det dreier seg om en enkeltstående episode. En handling som alene ikke kan betegnes som mishandling, vil likevel kunne karakteriseres som det dersom handlingen gjentas over tid.

Generell misnøye i ekteskapet/samboerforholdet, uoverensstemmelser eller forskjellige oppfatninger mht roller grunnet kulturforskjeller er ikke i seg selv er nok til å konstatere at det foreligger mishandling.

[ ]

For at en tillatelse etter forskriften § 37 sjette ledd, annet alternativ skal gis, må mishandlingen sannsynliggjøres. Det stilles ikke strenge krav til sannsynliggjøringen. Kvinnens forklaring om mishandling skal legges til grunn, med mindre det foreligger klare holdepunkter for å anta at denne ikke er riktig. Kvinnens egen forklaring vil dermed bli utgangspunktet for vurderingen. Det stilles som hovedregel ikke noe krav om at kvinnen skal dokumentere at mishandlingen har funnet sted. Det er videre ikke noe krav om at ektefellen/samboeren er anmeldt eller straffet for forholdet. I utgangspunktet skal utlendingsmyndighetene heller ikke innhente noen uttalelse fra kvinnens ektefelle eller samboer, men det kan gjøres etter en konkret vurdering, se nest siste avsnitt i punktet her."

Det finnes ingen tilgjengelige tall for hvor mange saker som hvert år blir vurdert i forhold til mishandlingsbestemmelsen. Dette har sammenheng med at det ikke er noen egen vedtakskode for innvilgelse eller avslag etter denne bestemmelsen. Det må imidlertid kunne antas at antallet tilfeller som vurderes under denne bestemmelsen er relativt begrenset. For det første er det ikke slik at alle kvinner som har vært utsatt for mishandling og som går ut av ekteskapet av den grunn, velger å fremme en søknad om fortsatt opphold. Noen velger å returnere til hjemlandet uten et ønske om videre opphold i Norge. Videre er det tilfeller hvor kvinnen har et annet grunnlag for videre opphold, for eksempel samvær med felles barn. Det forekommer også tilfeller hvor kvinnen kvalifiserer for opphold allerede på grunn av de vanskelighetene hun vil møte i hjemlandet som skilt kvinne, jf. utlendingsforskriften § 37 sjette ledd første punktum.

Utvalget anser at de situasjoner som er regulert i mishandlingsbestemmelsen i dagens forskrift, bør reguleres i loven. Utvalget har derfor vurdert om det er grunnlag for å foreta noen innholdsmessige endringer i forhold til gjeldende bestemmelse.

Bestemmelser som regulerer det aktuelle spørsmål, finnes også i enkelte andre lands regelverk.

I svensk rett er forholdet regulert i den svenske utlendingsloven kap. 2, § 4e tredje ledd, hvor det heter:

"Har ett förhållande upphört, får uppehållstillstånd ändå ges, om [ ] förhållandet har upphört främst på grund av att i förhållandet utlänningen, eller utlänningens barn, utsatts för våld eller för annan allvarlig kränkning av sin frihet eller frid."

Av forarbeidene til den svenske bestemmelsen fremgår det at følgende vilkår skal gjelde:

- søkeren skal ha blitt utsatt for alvorlige eller gjentatte overgrep
- samlivet skal ha opphørt hovedsaklig på grunn av overgrepene
- samlivet skal ha vært seriøst fra starten (jf. seriøsitetskravet i svensk rett)
- samlivet skal ikke ha vært helt kortvarig

I dansk rett er forholdet regulert i den danske utlendingsloven § 19, stk. 6, som lyder:

"Ved afgørelsen om inddragelse af en opholdstilladelse [ ], skal der tages særligt hensyn til, om opholdsgrundlaget ikke længere er til stede som følge af samlivsophør, der skyldes, at udlændingen med opholdstilladelse [ ], har været udsat for overgreb, misbrug eller anden overlast mv. her i landet."

I Storbritannia er vilkårene for selvstendig opphold på grunn av mishandling i samlivet regulert i "policy rule" nr. 289A, som lyder:

"The requirements to be met by a person who is the victim of domestic violence and who is seeking indefinite leave to remain in the United Kingdom are that the applicant:

i. was admitted to the United Kingdom or given an extension to stay for a period of 2 years as the spouse of a person present and settled here; or
ii. was admitted to the United Kingdom or given an extension to stay for a period of 2 years as the unmarried partner of a person present and settled here; and
iii. the relationship with their spouse or unmarried partner, as appropriate, was subsisting at the beginning of the relevant period of leave or ex-

tension to stay referred to in (i) or (ii) above; and

iv. is able to produce such evidence as may be required by the Secretary of State to establish that the relationship was caused to permanently break down before the end of that period as a result of domestic violence."

EU-direktivet om familieinnvandring fastsetter følgende i artikkel 15:

"In the event of [ ] divorce, separation, [ ] an independent residence permit may be issued to persons who have entered by virtue of family reunification. Member States shall lay down provisions ensuring the granting of an independent residence permit in the event of particularly difficult circumstances."

På tross av at mishandlingsbestemmelsen i norsk rett ikke synes å ha noen restriktiv karakter sammenliknet med de tilsvarende reguleringer i utenlandsk rett, har praksis i Norge vært gjenstand for kritikk. Utvalget har ikke foretatt noen inngående undersøkelse av norsk praksis under mishandlingsbestemmelsen, og har derfor ikke foretatt noen vurdering av om praksis er for restriktiv slik det fra enkelte hold blir hevdet. Det vesentlige for utvalget er at det ikke er noen forhold ved bestemmelsens ordlyd som skulle tilsi et behov for endring av denne i en mer liberal retning. Det samme gjelder innholdet i direktoratets rundskriv.

De vanskelige tilfellene under mishandlingsbestemmelsen gjelder særlig de saker hvor ett eller flere av følgende forhold gjør seg gjeldende:

- Det er tvil om faktum
- Det er tvil om hvorvidt den påståtte behandlingen er å anse som mishandling
- Kvinnen har kun hatt et helt kortvarig opphold i Norge
- Det vil ikke innebære noen større vanskeligheter for kvinnen å returnere til hjemlandet

Hensynet til å forhindre at noen føler seg presset til å bli værende i et samliv hvor de blir utsatt for mishandling, må balanseres mot hensynet til å motvirke misbruk av bestemmelsen for å omgå de alminnelige vilkårene for innvandring. Utvalget har ikke grunnlag for å konstatere at den gjeldende mishandlingsbestemmelsen blir påberopt som ledd i omgåelse av regelverket, men man anser at det vil være naivt å ikke forvente slike omgåelsestilfeller dersom kravene til for eksempel sannsynliggjøring av søkerens anførsler stilles svært lavt. Det vises for øvrig til at det allerede i dag forekommer tilfeller hvor forvaltningen anser at enkelte søkere fremstår med manglende troverdighet.

Utvalget vil også påpeke at en liberal praksis blant annet når det gjelder kravet til å sannsynliggjøre faktum, ikke er uten betenkeligheter i forhold til hensynet til søkerens tidligere samlivspartner. Selv om det kan hevdes å ha sine fordeler at myndighetene nettopp ikke fastslår at det er overveiende sannsynlig at mishandling har funnet sted, er det ikke til å unngå at tidligere samlivspartnere som opplever at ektefellen får opphold på grunn av anførsler om mishandling i forholdet, vil kunne oppleve dette som sterkt stigmatiserende.

Utvalget anser likevel at man heller ikke i forhold til en ny bestemmelse bør operere med et krav til sannsynlighetsovervekt for at mishandling har funnet sted. Den vesentligste begrunnelse for dette er at det ofte vil være vanskelig eller ikke mulig for søkeren å etablere slik sannsynlighetsovervekt. I mange tilfeller vil det hovedsaklige bevismateriale i saken kun være klagerens egen forklaring, uten at mangelen på andre bevis kan legges klager til last. Selv om klageren i en slik sammenheng skulle fremstå som troverdig, vil ikke dette nødvendigvis kunne anses å skape en overvekt av sannsynlighet for at forklaringen er sann, så lenge den annen part ikke er hørt. Det vises i denne sammenheng blant annet til at det på samme måte som i gjeldende praksis ikke bør gjelde noe vilkår om at den som skal ha utøve mishandlingen skal forklare seg.

Ut fra dette må det anses rimelig å legge søkerens fremstilling til grunn dersom søkeren gir en troverdig forklaring om hva vedkommende har vært utsatt for.

Når det gjelder spørsmålet om hvilket alvor eller omfang de aktuelle krenkelsene må ha for å kvalifisere som mishandling, kan dette i praksis reise vanskelige vurderingsspørsmål. Det er klart at det finnes en del kvinner som får opphold i Norge gjennom ekteskap med menn de for eksempel har møtt gjennom kontaktannonser eller kortvarige forhold, som opplever at ektemannen har forventninger til seksuallivet som de ikke er forberedt på, at vedkommende er alkoholisert og har en brutalitet i sin opptreden som de opplever som skremmende eller uholdbar, uten at det nødvendigvis forekommer voldsovergrep eller noe det er naturlig å karakterisere som psykisk mishandling. I andre tilfeller er forholdet at kvinnen har vært utsatt for et enkeltstående tilfelle av mer eller mindre alvorlig legemsfornærmelse. En situasjon som ikke sjelden forekommer i praksis, er at mannen truer med at dersom kvinnen ikke etterkommer vedkommendes ønsker, for eksempel knyttet til

intimitet i forholdet, vil han oppløse samlivet med den konsekvens at kvinnen må forlate landet.

Det er ikke mulig på generelt grunnlag å trekke noen presise grenser for hva som er tilstrekkelig alvorlig for å utgjøre mishandling. Det er imidlertid ikke grunnlag for å senke terskelen så lavt at bestemmelsen får anvendelse i alle tilfeller hvor noen har havnet i et ulykksalig samliv med en lite hensynsfull eller kynisk samlivspartner. Utvalget vil likevel ikke foreslå at man slik som i svensk rett opererer med et vilkår om "våld eller [ ] annan allvarlig kränkning". Også en slik type formulering vil skape tolkningsmessig tvil, og på tross av de tolkningsspørsmål som oppstår i forhold til begrepet "mishandling", anser utvalget at det er ønskelig å videreføre dette begrepet for at terskelen ikke justeres for høyt i praksis.

Etter den gjeldende mishandlingsbestemmelsen skal kvinnen gis opphold dersom hun har vært utsatt for mishandling. I enkelte tilfeller er det grunn til å stille spørsmål ved den absolutte retten til videre opphold som her synes å være forutsatt. For eksempel kan det være tilfeller hvor samlivet kun har vart i svært kort tid, og det kan være tilfeller hvor det ikke kan oppfattes som så belastende for søkeren å returnere til hjemlandet at det er noen reell grunn til å innrømme en rett til videre opphold.

Utvalget vil foreslå at det åpnes for et videre rom for skjønn ved vurderingen enn hva som er tilfellet i dag, slik at det i større grad er et tydelig rom for en totalvurdering. Utvalget vil ikke foreslå at man på samme måte som i svensk rett opererer med et vilkår om at forholdet først og fremst har opphørt på grunn av mishandlingen, men man anser at det i forbindelse med en totalvurdering også må være rom for at det i helt særskilte tilfeller legges vekt på en eventuelt manglende sammenheng mellom mishandlingen og forholdets opphør.

Utvalget anser for øvrig at det er uheldig å operere med en mishandlingsbestemmelse som utelukkende retter seg mot tilfeller hvor offeret for mishandlingen er en kvinne. Selv om det er grunn til å anta at det i praksis så godt som alltid vil være kvinner som påberoper seg mishandling som grunnlag for at de har trådt ut av samlivet, vil det også kunne tenkes tilfeller hvor menn er ofre for mishandling. Det vises i denne sammenheng til at en del familieetableringstilfeller gjelder registrert partnerskap mellom to homofile menn, og at det har forekommet tilfeller hvor det har vært anført mishandling i slike tilfeller. Det forhold at det vil være få saker med vedrørende mannlige mishandlingsofre, er etter uvalgets oppfatning uansett ikke et tilstrekkelig grunnlag for at bestemmelsen ikke bør være kjønnsnøytral.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er inntatt i lovutkastet § 64 annet ledd bokstav a.

8.5.9.4 Fornyelse av tillatelse ved opphør av samlivet på grunn av referansepersonens død

Dersom samlivet opphører på grunn av referansepersonens død, gjelder det i dag særskilte vilkår for fornyelse i henhold til rundskriv.

Utvalget kan ikke se at det er noen innvandringsregulerende grunner til at den som opplever å miste et nært familiemedlem i forbindelse med et dødsfall skal fratas retten til videre opphold. Utvalget vil derfor foreslå at det inntas en presiserende bestemmelse i loven om at søkeren skal ha rett til fortsatt opphold dersom samlivet er opphørt på grunn av referansepersonens død.

Det vises til lovutkastet § 64 første ledd.

8.5.9.5 Fornyelse av tillatelse ved samlivsbrudd av andre grunner

Også utenfor de tilfeller hvor samlivet er opphørt på grunn av mishandling eller på grunn av referansepersonens død, kan det tenkes tilfeller hvor det ville være urimelig å nekte en fortsatt tillatelse.

Et eksempel på en slik type tilfelle er angitt i gjeldende utlendingsforskrift § 37 sjette ledd første punktum, hvor det er fastsatt at en kvinne som på grunn av de sosiale og kulturelle forholdene i hjemlandet vil få urimelige vanskeligheter ved retur som følge av samlivsbruddet, kan få en selvstendig oppholdstillatelse. Utvalget anser det ønskelig å innta en bestemmelse i loven som sikrer at det under et nytt lovverk er anledning til å innvilge opphold i denne type tilfeller. Samtidig kan utvalget ikke se noen god begrunnelse for at en slik skjønnsmessig bestemmelse skal være kjønnsspesifikk og bare rette seg mot kvinner, og man vil derfor foreslå en endring som innebærer at bestemmelsen gjøres kjønnsnøytral.

Utvalget anser for øvrig at det er lite hensiktsmessig å begrense adgangen til fornyelse ved samlivsbrudd til noen spesifikt avgrensede kategorier av tilfeller. Man vil derfor foreslå at loven, i tillegg til en presisering av de kategoriene som er nevnt i kapittel 8.5.9.2 til 8.5.9.4 og under dette punkt, inntar en generell hjemmel for å innvilge fornyet tillatelse i de tilfeller hvor søkeren som følge av samlivsbruddet vil komme i en svært vanskelig situasjon dersom fornyet tillatelse nektes.

Det vises til lovutkastet § 64 annet ledd bokstav c.

8.5.9.6 Fornyelse av tillatelse ved tvangsekteskap

I gjeldende utlendingsforskrift § 37 sjuende ledd har man i dag en bestemmelse om rett til opphold dersom det samliv som ga grunnlag for at søkeren ble innvilget opphold har opphørt fordi ekteskapet er kjent ugyldig fordi søkeren var utsatt for tvang ved ekteskapsinngåelsen. Utvalget har vurdert om en slik bestemmelse bør videreføres og eventuelt innarbeides i loven. Man har imidlertid kommet til at bestemmelsen må bedømmes som overflødig ved siden av de øvrige bestemmelser som gir rett til eller mulighet for opphold, jf. kapittel 8.5.9.2 til 8.5.9.4.

Kapittel 9
Innvandring på annet grunnlag

9.1 Innledning

I dette kapitlet skal det gis en beskrivelse og drøftelse av andre grunnlag for oppholdstillatelse enn de hovedgrunnlagene som er gjennomgått i kapittel 6 til 8.

Det kan gjøres følgende inndeling i "andre grunnlag for opphold":

- oppholdstillatelse til statsborger i et land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen for annet enn arbeid (kapittel 9.2)
- oppholdstillatelse for studenter ved utdanningsinstitusjoner og praktikanter (kapittel 9.3)
- oppholdstillatelse i forbindelse med ungdomsutvekslingsprogrammer (kapittel 9.4)
- oppholdstillatelse av hensyn til vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling mv. (kapittel 9.5)
- oppholdstillatelse av sterke rimelighetsgrunner (kapittel 9.6)
- oppholdstillatelse for ikke-returnerbare personer uten annet oppholdsgrunnlag (kapittel 9.7)
- oppholdstillatelse for personer med behov for korttidsopphold utenfor de situasjoner som ellers er regulert i loven (kapittel 9.8)

9.2 Oppholdstillatelse til statsborger i et land som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen for annet enn arbeid

9.2.1 Gjeldende rett

Selv om utgangspunktet i EØS-avtalen har vært at retten til fri bevegelighet for personer er knyttet til retten til å drive økonomisk aktivitet, finnes det også bestemmelser og rettigheter for personer som ikke utøver slike aktiviteter.

Grunnlag for opphold for personer som ikke er økonomisk aktive (og som heller ikke kvalifiserer for opphold som familiemedlem til en som driver arbeid eller næring) følger ikke av EØS-avtalens grunnregler om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, men av tre direktiver som ble vedtatt tidlig på 1990-tallet for å utvide retten til fri bevegelighet til nye grupper. Direktiv 93/96 gjelder studenter, som rett nok i noen grad var blitt ansett å falle direkte inn under reglene om arbeidstakere. Direktiv 90/365 gjelder arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende som har sluttet å arbeide, men ikke har arbeidet i vertslandet mens de var økonomisk aktive. Direktiv 90/364 har en helt generell karakter idet direktivet gir rett til fri bevegelighet for EØS-borgere som ikke allerede har rett til opphold i kraft av andre EØS-regler. I alle tilfellene over er det et vilkår at vedkommende har tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv, ikke utgjør en belastning for velferdssystemet i vertsstaten, og at vedkommende er dekket av en sykeforsikring. For studenter er det i tillegg et krav at de er registrert som student ved et anerkjent lærested. Den aktuelle utdanningen må være yrkesrettet.

Rettighetene i forhold til oppholdstillatelsens varighet er også noe mer begrenset enn det som er tilfellet for personer som driver en økonomisk aktivitet. For studenter gis oppholdstillatelse for ett år av gangen, eller for så lenge som studiet varer hvis dette er kortere enn ett år. For de to andre kategoriene gis det oppholdstillatelse for fem år, men det er lagt inn en mulighet for å revurdere tillatelsen etter de to første årene.

De forpliktelser nevnt over som følger av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen, er ivaretatt i gjeldende utlendingslovgivning gjennom bestemmelsene i gjeldende utlendingslov § 51 første ledd bokstav c og d, jf. utlendingsforskriften §§ 177 og 178.

Tilsvarende er retten til opphold for de nevnte kategoriers familiemedlemmer regulert i utlendingsloven § 52 og utlendingsforskriften § 179.

9.2.2 Utvalgets vurderinger

De tre nevnte direktivene er i EU-sammenheng erstattet av direktiv 2004/38 om fri bevegelighet for unionsborgere. Det må legges til grunn at det nye direktivet også vil bli gjort til del av EØS-avtalen. Det vises i denne sammenheng til det som er sagt om dette direktivet i kapittel 4.5.3.2 og 7.7. De spørsmål som oppstår om forholdet mellom EØS-avtalen og det nye direktivet som følge av innføringen av et "unionsborgerskap" i EU, gjelder også i

forhold til de gruppene som går inn under de tre direktivene. Disse spørsmål er ved avgivelsen av utvalgets innstilling fortsatt til behandling i EØS-komiteen. Utvalget har derfor også her valgt å utforme forslaget på grunnlag av EØS-avtalen slik den nå er, men utkastet skulle lett kunne tilpasses det nye direktivet.

9.3 Oppholdstillatelse for studenter og praktikanter

9.3.1 Gjeldende ordning

9.3.1.1 Studenter

Gjeldende utlendingslov har ingen særskilt bestemmelse om oppholdstillatelse for studenter. Den nærmere regulering er gjennomført i utlendingsforskriften og i rundskriv.[1]

I utlendingsforskriften § 4 første ledd er det fastsatt som hovedvilkår for oppholdstillatelse at:

- søkeren har tilsagn om opptak ved utdanningsinstitusjon,
- utdanningen er formålet med oppholdet, og det dreier seg om heltids utdanning,
- det fremlegges en plan for utdanningen på fastsatt skjema, og
- søkeren skal returnere til hjemlandet etter endt utdanning, og forholdene på søknadstidspunktet ligger til rette for retur.

Med hjemmel i forskriften er det fastsatt i rundskriv[2] hvilke utdanningsinstitusjoner og studier som godkjennes for studieopphold. Det fremkommer av rundskrivet at det i første rekke er høyere utdanning som skal være formålet, dvs. utdanning ved universitet og høgskoler. I noen få angitte tilfeller kan det også gis oppholdstillatelse for utdanning på videregående skoles nivå.

I medhold av utlendingsforskriften § 5 annet ledd er det videre mulig å få oppholdstillatelse for inntil ett år for søker som har tilsagn om opptak ved godkjent folkehøgskole eller livssynsskole. Tillatelsen kan ikke fornyes.

Oppholdstillatelser som gis i studieøyemed (etter utlendingsforskriften §§ 4 eller 5 annet ledd), danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse.

I overkant av 2 600 oppholdstillatelser ble gitt til studenter utenfor EU/EØS-området i 2003.[3] De tre viktigste avsenderlandene var:[4]

Kina: 429
USA: 221
Russland: 186

Med unntak av en liten nedgang i 2001, har antallet studietillatelser økt de siste ti årene. En av nasjonalitetene som har hatt størst økning er studenter fra Kina. I 2001 var det 150 personer fra Kina som fikk studietillatelse, mens tallet for 2003 altså var 429.

9.3.1.2 Praktikanter

En praktikant er en person som ønsker å få opplæring i et yrke gjennom å praktisere det. Gjeldende utlendingslov har ingen særskilt bestemmelse om oppholdstillatelse for praktikanter. Den nærmere regulering er gjennomført i utlendingsforskriften[5] og i rundskriv.[6]

Det er et vilkår at praktikantarbeidet er av vesentlig betydning for utlendingens kompetanse og inngår som en naturlig del av hans eller hennes yrkesutdannelse i hjemlandet. Praktikantoppholdet kan gjennomføres i forkant av utdannelsen, under utdannelsen eller etter at utdannelsen er avsluttet.

Det er et vilkår for tillatelsen at utlendingen skal returnere til hjemlandet etter endt opphold. Arbeidstillatelse som praktikant danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse, og kan bare gis for til sammen to år.

I 2003 ble det gitt 540 tillatelser til praktikanter.[7] Av disse kom 372 personer fra de ti landene som ble medlemmer av EU i 2004. De to største av de øvrige nasjonalitetsgruppene var henholdsvis hviterussere (34 personer) og russere (28 personer).

9.3.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget vil ikke foreslå noen prinsipielle endringer i adgangen til opphold for studenter eller for praktikanter. Det anses også hensiktsmessig at den nærmere detaljregulering av vilkårene for opphold nedfelles i forskriftsverket, og at det overlates til regjeringen å styre politikken på dette området.

1. Jf. utlendingsforskriften § 4 første ledd, som er gitt med hjemmel i utlendingsloven § 5 annet ledd. Utlending som oppfyller vilkårene i forskriften har rett til oppholdstillatelse i medhold av utlendingsloven § 8 første ledd.
2. Rundskriv UDI 02-45 OPA
3. En del av tillatelsene ble gitt til utlendinger fra de ti landene som ble med i EU i 2004.
4. Det ses her bort fra de landene som nå er blitt EU-land.
5. Jf. utlendingsforskriften § 4 annet ledd bokstav a, som er gitt med hjemmel i utlendingsloven § 5 annet ledd. Utlending som oppfyller vilkårene i forskriften har rett til oppholdstillatelse i medhold av utlendingsloven § 8 første ledd.
6. Rundskriv UDI 02-79 SODA
7. For årene 2000-2002 var tallene henholdsvis 643 (2000), 726 (2001) og 601 (2002).

Utvalget mener imidlertid at det bør fastsettes en særskilt hjemmel for forskriftsregulering. Det vises til lovutkastet § 36.

9.4 Opphold i forbindelse med ungdomsutvekslingsprogrammer o.a.

9.4.1 Gjeldende ordning

9.4.1.1 Innledning

Med hjemmel i utlendingsloven § 5 er det fastsatt nærmere vilkår i utlendingsforskriften for oppholdstillatelse i tilknytning til utvekslingsprogrammer for ungdom som gjelder:

- au pair
- arbeidende gjest i landbruket
- ungdom på arbeidsferie gjennom bilateral avtale mellom Norge og Australia
- skoleelev som er invitert av en vertskommune i Norge

Hovedformålet er opplæring og kulturutveksling, men programmene forutsetter også at søkeren skal være i arbeid i Norge. Reglene for de ulike ordningene varierer, men reguleringene innholder typisk bestemmelser om søkerens alder, krav til arbeidsgiver/vertsfamilie, lønn og arbeidstid m.m. Det er en forutsetning for tillatelsene at utlendingen skal returnere til hjemlandet etter endt opphold.

9.4.1.2 Au pair

Au pair-ordningen er en ordning som startet i Sveits på 1800-tallet, da kirken sørget for at tyskspråklige piker fra landet kunne flytte inn hos fransktalende familier i byen. Ungjentene lærte husarbeid og språk, og ordningen spredte seg etter hvert til andre land. I 1969 ble ordningen regulert av Europarådet, som definerte denne som kulturutveksling. Det innebar blant annet at au pairer skulle ha tid til å gå på språkkurs og maksimalt arbeide fem timer per dag.[8]

Utlendingsforskriften § 4a annet ledd bokstav b fastsetter at oppholdstillatelse som au pair kan gis når arbeidskontrakten tilfredsstiller vilkår fastsatt av Utlendingsdirektoratet i samråd med Arbeidsdirektoratet. Tillatelsen danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse, og kan ikke gis for mer enn to år til sammen. Utlending som er borger av et EØS- eller EFTA-land skal vurderes i forhold til de alminnelige reglene i utlendingsloven kapittel 8 om arbeidstillatelse for slike borgere, og faller således utenom de særskilte reglene for au pair-ordningen.

Tabell 9.1 Oppholdstillatelser til au pair

2000	2001	2002	2003
277	666	743	946

Kilde: UDI og Tall og fakta 2003

I rundskriv fra Utlendingsdirektoratet[9] heter det at oppholdet skal ha et utdanningsmessig og et kulturelt formål. For å ivareta dette stilles det blant annet vilkår om at vertsfamilien representerer norsk kultur og at au pairen skal ha anledning til å delta i norskopplæring. Det stilles imidlertid ikke krav om slik deltakelse. Vertsfamilien må enten være et gift eller samboende par eller en enslig mor eller far. Oppholdet i vertsfamilien skjer mot gjenytelse i form av barnepass og husarbeid. Det foreligger nærmere bestemmelser om lønn og andre rettigheter for au pair. For å søke om arbeid som au pair må søkeren være mellom 18 og 30 år.

Antall oppholdstillatelser som er gitt i forbindelse med au pair-ordningen har vært sterkt stigende de seneste årene (jf. tabell 9.1).

Av de 946 oppholdstillatelsene som ble tildelt i 2003, ble 333 tillatelser gitt til utlendinger fra de ti landene som ble nye EU-land i 2004. De fem største blant de øvrige avsenderlandene var:

Filippinene:	137
Romania:	92
Russland:	55
Ukraina:	56
Hviterussland:	29

Det er mye som tyder på at motivet for mange av dem som kommer fra land utenfor EØS-området, ikke i første rekke er å delta i norskopplæring eller å komme seg ut i verden av opplevelsesgrunner. For mange er antakelig den økonomiske ytelsen av stor betydning. Jobben som au pair er dessuten en inngangsport til permanent opphold i Norge for mange. I utgangspunktet gir oppholdstillatelse som au pair ikke grunnlag for opphold ut over to år, men mange blir værende gjennom andre oppholdsgrunnlag, som for eksempel ekteskap eller arbeid. Av de 1930 personer som arbeidet i Norge som au

8. Europarådskonvensjonen om au pair fra 1969 artikkel 2 punkt 1 definerer formålet slik: "Au pair placement is the temporary reception by families, in exchange for certain services, of young foreigners who come to improve their linguistic and possible professional knowledge as well as their general culture by aquiring a better knowledge of the country where they are received."

9. UDI 01-61 OPA

Tabell 9.2 Oppholdstillatelser til arbeidende gjest

2000	2001	2002	2003
198	189	161	170

Kilde: UDi Tall og fakta 2003

pair i perioden 1994-2000 reiste 67 prosent hjem, 26 prosent fikk opphold gjennom familieetablering og 7 prosent fikk annen arbeidstillatelse.[10]

9.4.1.3 Arbeidende gjest

En arbeidende gjest, jf. utlendingsforskriften § 5 tredje ledd bokstav c, er en utlending som skal tilegne seg kunnskap om norsk landbruk og norsk kultur. Søkerne må være mellom 18 og 30 år. Den arbeidende gjesten skal ta del i det daglige arbeidet på en gård og skal fungere som en del av familien på gården. Vedkommende skal utføre alminnelig gårdsarbeid eller arbeid ved gartneri.

Oppholdstillatelsen til arbeidende gjest gis med inntil tre måneders varighet uten adgang til fornyelse, og danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse.

Antallet oppholdstillatelser til arbeidende gjest har de siste årene ligget temmelig stabilt (jf. tabell 9.2).

Av de 170 tillatelsene som ble innvilget i 2003 gjaldt for øvrig 94 utlendinger fra de landene som ble med i EU i 2004.

9.4.1.4 Bilateral avtale mellom Norge og Australia

Ordningen med arbeidsferie for ungdom fra Australia, jf. forskriften § 4a annet ledd bokstav e, har kommet i stand som en gjensidig bilateral avtale (av 23. april 2001) mellom Norge og Australia. Ordningen gir ungdom fra Australia anledning til å komme til Norge og oppholde seg her, først og fremst for å ha ferie, men en slik tillatelse gir også anledning til å ta arbeid. Tilsvarende gjelder for norsk ungdom som ønsker å reise til Australia. Søkere må være mellom 18 og 30 år. Tillatelsen gis for til sammen inntil to år, og danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse.

9.4.1.5 Elever som er invitert av en kommune

Våren 1998 ble det rettet henvendelse til utlendingsmyndighetene om muligheten for at en kommune kunne invitere baltisk ungdom til Norge for at de kunne arbeide her i sommerferien. Bakgrunnen var et etablert vennskap mellom en norsk kommune og en kommune i Litauen gjennom utveksling av skoleelever. Ved å gi noen elever adgang til å arbeide her i en del av ferien, ville disse elevene kunne bedre sine økonomiske muligheter for videre skolegang. På denne bakgrunn ble det etablert en ordning med arbeidsferie for ungdom fra regioner fastsatt av utlendingsmyndighetene.

Skoleelever som er invitert til en kommune for å arbeide der, kan få tillatelse til opphold i inntil tre måneder og normalt tillatelse til å arbeide i inntil én av disse månedene (jf. utlendingsforskriften § 5 annet ledd bokstav d). Den aktuelle vertskommunen har ansvaret for å skaffe ungdommene arbeid og må stille økonomisk garanti for søkeren. Søkeren må være fylt 15 år. Tillatelsen danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse.

9.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget vil ikke foreslå noen prinsipielle endringer i adgangen til opphold under slike ungdomsutvekslingsprogrammer som beskrevet i kapittel 9.4.1. På samme måte som i forhold til studenter og praktikanter, velger utvalget her å videreføre ordningen med at den nærmere detaljregulering nedfelles i forskriftsverket, slik at det overlates til regjeringen å styre politikken på feltet. Utvalget anser imidlertid at det også i denne sammenheng er ønskelig med en særskilt hjemmel i loven for forskriftsregulering. Det vises til lovutkastet § 36 annet ledd annet punktum.

9.5 Opphold av hensyn til vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling mv.

9.5.1 Gjeldende ordning

I kapittel 7.6.13 er det foreslått en egen hjemmel for å gi forskrift om når utlendingen kan gis adgang til å ta arbeidsopphold i riket av hensyn til økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid eller utvikling. Som beskrevet kan enkelte av dagens forskriftsbestemmelser om arbeidsopphold eventuelt videreføres under en slik lovhjemmel.

Med hjemmel i utlendingsloven § 5 annet ledd er det imidlertid også fastsatt enkelte bestemmelser i forskriften om adgang til opphold *utenfor* lønnet arbeidsforhold, som må anses begrunnet i hensynet til blant annet vitenskaplig og kulturelt samarbeid og utvikling mv. Det vises her særlig til slike tillatelser som regulert i utlendingsforskriften § 4 annet og tredje ledd. Bestemmelsen i annet ledd gjelder oppholdstillatelse for utlending formidlet

10. Kilde: UDI.

av Norges forskningsråd etter kulturavtale mellom Norge og annen stat eller stipendprogram formidlet av Norges forskningsråd. Bestemmelsen i tredje ledd gjelder utlending som:

a) er forsker og skal oppholde seg ved universitet, institutt o.l. i forskningsøyemed. Det er et vilkår at oppholdet finansieres med egne midler,
b) er skapende kunstner av yrke og sannsynliggjør at et opphold i riket har betydning for søkerens utvikling som kunstner,
c) sprer kunnskap om Norge og norsk kultur i utlandet og skal fortsette med det, og sannsynliggjør at et opphold i riket har betydning for denne virksomheten, eller
d) skal være idrettsutøver i riket og [ ] denne virksomheten er formålet med oppholdet. Oppholdet må være nødvendig av hensyn til etablering eller videreutvikling av en idrettsgren. Uttalelse skal innhentes fra Norges Idrettsforbund.

Tillatelser av den art som det her er tale om kan bare gis for en til sammen tidsbegrenset periode, og danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse.

9.5.2 Utvalgets vurderinger

Som beskrevet i kapittel 7.6.13, foreslår utvalget en særskilt hjemmel for å gi forskrift om opphold av hensyn til økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling. Denne bestemmelsen vil gi tilstrekkelig hjemmel for å fastsette nærmere forskrift om opphold både i og utenfor arbeidsforhold. Utvalget anser således at det også under en ny lov må overlates til regjeringen å regulere adgangen til opphold i slike sammenhenger som det her er tale om.

9.6 Opphold av sterke rimelighetsgrunner

9.6.1 Gjeldende rett og praksis

9.6.1.1 Innledning

I gjeldende utlendingslov er det inntatt en generell unntaksbestemmelse i § 8 annet ledd. Bestemmelsen lyder:

> "Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt."

Bestemmelsen er formet slik at den gir anledning til å se bort fra både de materielle og prosessuelle vilkår for oppholdstillatelse ellers i lovverket. Det er i denne sammenheng særlig begrepet "sterke menneskelige hensyn" som er sentralt i praksis.

Ved vurderingen i den konkrete sak skal de aktuelle menneskelige hensyn veies mot statens interesser, herunder innvandringsregulerende hensyn.

Fremmedlovutvalget la i sin tid til grunn at det var behov for en bestemmelse som åpnet for at det både i forhold til asylsøkere som ikke oppfylte vilkårene for beskyttelse, og i forhold til utlendinger i sin alminnelighet, kunne tas humanitære hensyn og foretas rimelighetsoverveielser ved et skjønn som ikke er bundet av loven:

> "Det gir seg selv at det ikke er mulig å gi humanitært begrunnede rettsregler som er uttømmende i den forstand at de vil ivareta alle humanitære hensyn som kan tenkes å foreligge på et område. Uansett hvilket innhold man gir flyktningereglene, kan man derfor ikke slå seg til ro med at man alltid vil handle humanitært hvis man følger dem. Regler av denne art gis for å ivareta humanitære hensyn og ikke for å sette grenser for dem. At en utlending ikke er flyktning, bør derfor ikke være til hinder for at han helt eller delvis kan behandles som om han er det. På samme vis er det med utlendinger i sin alminnelighet; selv om reglene tilsier at de ikke skal gis oppholdstillatelse, bør det ikke medføre avslag når dette vil virke urimelig eller umenneskelig. Det må både i forhold til utlendinger i sin alminnelighet og utlendinger i en flyktningeliknende situasjon være plass for å ta humanitære hensyn og foreta rimelighetsoverveielser ved et skjønn som ikke bindes av loven. Fremmedkontrollmyndighetene vil aldri være avskåret fra å utøve slik ("diskresjonær") myndighet til gunst for partene. Det vil derfor være rettslig unødvendig å gi en lovhjemmel om dette. Av prinsipielle grunner bør imidlertid behovet for at deres myndighet utøves på denne måten komme til uttrykk i loven. Dette bør skje i en lovbestemmelse som gjelder for alle utlendinger som kan gjøre gjeldende sterke menneskelige hensyn for at de skal tillates å ta opphold i riket, enten deres situasjon minner om flyktningenes eller om vanlige innvandreres.
>
> [ ] En slik regel kan ikke gjøres rettslig forpliktende. De menneskelige hensyn vil ha skiftende styrke og være vanskelige å avveie, og de må veies mot statens interesser, herunder innvandringspolitiske hensyn." [11]

[11] NOU 1983:47 s. 293

Fremmedlovutvalgets endelige forslag til rimelighetsbestemmelse lød slik:[12]

> "Oppholdstillatelse kan gis uavhengig av reglene i §§ 10 og 11. Det skal legges vekt på om utlendingen har særlig tilknytning til riket eller om særlig sterke menneskelige hensyn taler for det."

Begrepet "særlig sterke menneskelige hensyn" ble omtalt slik i de spesielle motivene til lovutkastet:

> "[ ] '[S]ærlig sterke menneskelige hensyn', er vesentlig mer skjønnspreget [enn særlig tilknytning til riket], og vil måtte omfatte en uensartet gruppe av tilfelle. Allerede under den nåværende lov foreligger det en relativt rikholdig praksis hvor slike hensyn ikke bare har ført til at en søknad er blitt realitetsbehandlet, men også blitt innvilget. Det er ikke ment at den uttrykkelige lovfestingen av 'særlig sterke menneskelige hensyn' skal innebære noen forandring av betydning av gjeldende rett. Som eksempler på slike menneskelige hensyn kan nevnes at avslag vil ramme uforholdsmessig hardt fordi søkeren med grunn har trodd at oppholdstillatelse ville bli gitt og i mellomtiden er kommet i en uholdbar situasjon, f eks er blitt utnyttet, er kommet i en hjelpeløs tilstand, eller vil bli utsatt for alvorlig forfølgelse eller lidelse i et annet land om opphold avslås.
>
> Hvilke utlendinger som kan påberope seg 'særlig sterke menneskelige hensyn', må etter utvalgets mening ikke i første rekke bli et spørsmål om å tiltrekke massemedias eller politikernes oppmerksomhet. Men uansett hvordan loven er uttrykt, er dette en vanskelighet myndighetene ikke kan unngå." [13]

Departementet sløyfet i sitt lovforslag uttrykket "særlig" foran "sterke menneskelige hensyn".[14] Omtalen av begrepet "sterke menneskelige hensyn" i odelstingsproposisjonen er ellers knapp, og gir liten ytterligere veiledning.

Med hjemmel i utlendingsloven § 8 annet ledd er det gitt ulike bestemmelser om oppholdstillatelse i forskriftsverket, blant annet om at en tillatelse kan gis uten mulighet for fornyelse, bosettingstillatelse og/eller familiegjenforening hvis behovet er midlertidig eller andre særlige grunner tilsier det, jf. utlendingsforskriften § 21 syvende ledd.

Fremmedlovutvalget forutsatte opprinnelig at den generelle unntaksbestemmelsen skulle anvendes "med stor forsiktighet" for at unntaksmuligheten ikke skulle "bli misbrukt og føre til et stort merarbeid med behandlingen av [ ] 'dispensasjonssaker'".[15] Gjennom praksis har utlendingsloven § 8 annet ledd likevel fått en sentral funksjon, og da særlig som hjemmel for oppholdstillatelse i asylsaker.

9.6.1.2 Utlendingsloven § 8 annet ledd som hjemmel for opphold i asylsaker

Praksis når det gjelder å innvilge opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd (jf. utlendingsforskriften § 21) i saker hvor det er søkt om asyl uten at vilkårene for flyktningstatus anses oppfylt, kan inndeles i seks hovedkategorier av tilfeller:

1. Tilfeller hvor søkeren har rett til opphold (jf. forskriften § 21 første ledd) fordi vedkommende risikerer å bli utsatt for alvorlige overgrep ved retur.
2. Tilfeller hvor det ikke anses å foreligge tilstrekkelig bevis og/eller risiko for at søkeren vil bli utsatt for overgrep ved retur til at vedkommende har rett til beskyttelse, men hvor den usikkerhet som eksisterer likevel gir grunnlag for at man velger å innvilge opphold.
3. Tilfeller hvor det ikke er tilstrekkelig tungtveiende beskyttelseshensyn til at disse alene kan begrunne oppholdstillatelse, men hvor det ut fra en totalvurdering hvor også andre humanitære hensyn gjøre seg gjeldende, blir funnet grunnlag for å innvilge opphold.
4. Tilfeller hvor det ikke forekommer relevante beskyttelseshensyn, men hvor andre humanitære forhold alene gir grunnlag for å innvilge opphold.
5. Tilfeller hvor 15-månedersregelen i utlendingsforskriften § 21 tredje ledd kommer til anvendelse.
6. Tilfeller hvor utlendingen har blitt ekskludert fra flyktningstatus, men hvor internasjonale forpliktelser er til hinder for retur.

Ved den konkrete vurderingen avveies de hensyn som eventuelt taler for at opphold innvilges, mot blant annet hensynet til en regulert og kontrollert innvandring.

Som nevnt i kapittel 9.6.1.1 har utlendingsloven § 8 annet ledd fått en sentral funksjon som hjemmel for oppholdstillatelser i asylsaker på tross av Fremmedlovutvalgets formaning om at unntakshjemmelen måtte anvendes "med stor forsiktighet".

12. Fremmedlovutvalgets utkast § 12.
13. NOU 1983:47 s. 322
14. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 69 første spalte
15. NOU 1983:47 s. 193 første spalte

Tabell 9.3 Positive vedtak i asylsaker 2000-2003

År	Totalt antall positive vedtak	Antall positive vedtak etter utlendingsloven § 8 annet ledd:
2000	2 953	2 856 (96,7%)
2001	4 328	4 036 (93,3%)
2002	3 290	2 958 (89,9%)
2003	3 557	2 972 (83,6%)

Kilde: UDI Tall og fakta 2003

9.6.1.3 Utlendingsloven § 8 annet ledd som hjemmel for opphold i andre saker enn asylsaker

Den generelle unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd har også relevans i andre typer saker enn saker hvor det er søkt om asyl. Mest praktisk er de tilfellene hvor søkeren ikke oppfyller vilkårene for rett til familiegjenforening, men hvor vedkommende likevel har en familietilknytning til riket som gjør at tillatelse kan gis, jf. utlendingsforskriften §§ 24 og 25. Tilsvarende kan opphold i visse tilfeller gis til søkere som på grunn av samlivsbrudd ikke fyller vilkårene for fornyelse, jf. utlendingsforskriften § 37, jf. § 21.

Det er ellers ingen absolutte vilkår knyttet til hvilke kategorier av saker som bestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd kan anvendes i forhold til, så lenge det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.

I praksis har man tradisjonelt vært restriktiv i forhold til å vektlegge anførsler om menneskelige hensyn som ikke relaterer seg direkte til søkeren, men som relaterer seg til en person som allerede har opphold i Norge (for eksempel et familiemedlem i Norge som trenger pleie e.l.)

9.6.2 Utvalgets vurderinger

9.6.2.1 Innledning

I svært mange saker på utlendingsfeltet - både når det gjelder asylsaker og ellers - vil det kunne anføres sterke rimelighetsgrunner for at en utlending bør få opphold i Norge uten at de ordinære vilkårene for beskyttelse eller oppholdstillatelse for øvrig er oppfylt. Dette har naturlig sammenheng med at mange av dem som ønsker opphold i Norge er utlendinger som kommer fra vanskelige livsforhold i den fattigere del av verden, eller er utlendinger som har tilknytning til Norge gjennom familie. Samtidig er det opplagt at det ut fra innvandringsregulerende hensyn må gjelde klare begrensninger i forhold til hvilke rimelighetsgrunner som skal kunne anses tilstrekkelig tungtveiende for å innvilge opphold.

Når man velger å operere med en hjemmel i lovverket for å innvilge opphold ut fra rimelighetsbetraktninger i tilfeller hvor de ordinære vilkårene for opphold ikke er oppfylt, risikerer man å undergrave lovens hovedregler. Det blir også vanskeligere å sikre likebehandling. Desto lavere terskel man opererer med for rimelighetsvurderingen, desto større blir utfordringen i forhold til å ivareta hensynet til kontroll og konsekvens.[16]

Etter utvalgets vurdering er det likevel klart at det også i en ny norsk utlendingslov vil være nødvendig med en mulighet til å fravike de ordinære vilkårene for opphold ut fra humanitære hensyn og rimelighetsoverveielser. Dette gjelder både i forhold til asylsøkere og i forhold til utlendinger i sin alminnelighet. Generelle rimelighetshensyn finnes også i sammenlignbare lands lovgivning.

I den svenske utlendingsloven er en generell unntaksbestemmelse inntatt i kapittel 2 § 4 nr. 4 og 5:

> ”Uppehållstillstånd får ges till
> 4. en utlänning som [ ] har särskild anknytning till Sverige,
> 5. en utlänning som av humanitära skäl bör få bosätta sig i Sverige”

Videre er følgende bestemmelse inntatt i kapittel 8 § 15 første ledd:

> ”Ett beslut om avvisning eller utvisning, som inte har meddelats av allmän domstol, upphör att gälla, om det inte har verkställts inom fyra år från det att beslutet vann laga kraft.”

Oppholdstillatelse etter preskribsjon gis ikke automatisk, men krever at vedkommende inngir ny søknad, jf. nærmere i avsnitt 9.6.2.2.

I den finske utlendingsloven er det inntatt bestemmelser i § 52 første og annet ledd som lyder:

> ”En utlänning som befinner sig i Finland beviljas kontinuerligt uppehållstillstånd, om det med hänsyn till utlänningens hälsotillstånd, de band som knutits till Finland eller av någon annan individuell, mänsklig orsak är uppenbart oskäligt att vägra uppehållstillstånd, särskilt med beaktande av de förhållanden i vilka han

16. Jf. NOU 1983:47 s. 193: ”Av hensyn til utlendingene er slike unntak ikke betenkelige, bortsett fra faren for ”diskriminering” (ubegrunnet særbehandling) ved at de som har særlig sterk støtte eller kan mobilisere pressgrupper, kan oppnå særfordeler. For hensynet til konsekvens i myndighetenes avgjørelser og for å forebygge vilkårlighet eller undergravning av regelverket, er slike unntak mindre heldige.”

eller hon skulle hamna i sitt hemland eller hans eller hennes sårbara ställning.

För att uppehållstillstånd skall kunna beviljas förutsätts inte att utlänningens försörjning är tryggad."

I den danske utlendingsloven er følgende bestemmelse inntatt i § 9b første ledd:

"Der kan efter ansøgning gives opholdstilladelse til en udlænding, der [ ] befinder sig i en sådan situation, at væsentlige hensyn av humanitær karakter afgørende taler for at imødekomme ansøgningen."

Videre er følgende bestemmelse inntatt i § 9 c:

"Stk. 1 Der kan efter ansøgning gives opholdstilladelse til en udlænding, hvis ganske særlige grunde taler derfor. [ ]

Stk. 2. Der kan efter ansøgning gives opholdstilladelse til en udlænding, der er meddelt afslag på en ansøgning om [beskyttelse], hvis

1) udsendelse av udlændingen [ ] ikke har været mulig i mindst 18 måneder,
2) udlænding har medvirket ved udsendelsesbestræbelserne i sammenhængende 18 måneder og
3) udsendelse efter de foreliggende oplysninger for tiden må anses for udsigtsløs."

I den nederlandske utlendingsloven *section* 29 bokstav c, er det inntatt en bestemmelse om at oppholdstillatelse kan gis til en utlending:

"who cannot, for pressing reasons of a humanitarian nature connected with the reasons for his departure from the country of origin, reasonably be expected, in the opinion of Our Minister, to return to his country of origin".

I den canadiske utlendingsloven er følgende fastsatt i artikkel 25(1):

"The Minister shall, upon request of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister`s own initiative, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humantarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interest of a child directly affected, or by public policy considerations."

I britisk rett foreligger det ingen særskilt lovbestemmelse som regulerer adgangen til opphold av humanitære grunner, men gjennom retningslinjer er det fastsatt en skjønnsmesig adgang til å innvilge såkalt *discretionary leave.*[17] I en kunngjøring av 1. april 2003 fra *Asylum Policy Unit*, er adgangen til å innvilge *discretionary leave* oppsummert til å gjelde tilfeller hvor utlendingen:

- Has an Article 8[18] claim.
- Has an Article 3[19] claim only on medical grounds or severe humanitarian cases.
- Is an Unaccompanied Asylum Seeking Child for whom adequate reception arrangements in their country are not available.
- Would qualify for asylum or Humaniatarian Protection but has been excluded.
- Is able to demonstrate particularly compelling reasons why removal would not be appropriate.

En ny rimelighetsbestemmelse i norsk lov må, i likhet med hva som er tilfellet etter utlendingsloven § 8 annet ledd og de siterte bestemmelser fra utenlandsk rett, angi et vidt rom for skjønn. Det vil ikke være forsvarlig å operere med generelle og absolutte vilkår som hindrer at konkrete menneskelige hensyn kan tillegges avgjørende vekt. Rimelighetsbestemmelsen kan heller ikke formes slik at den blir rettslig forpliktende. De hensyn som taler for at opphold gis, må veies mot aktuelle innvandringsregulerende hensyn, herunder blant annet hensynet til en regulert og kontrollert innvandring.

I § 8 annet ledd i gjeldende lov er det ikke angitt noen nærmere kriterier for unntaksvurderingen enn en sparsom henvisning til "sterke menneskelige hensyn" og "særlig tiknytning til riket". Etter utvalgets oppfatning vil det være hensiktsmessig at det gis en veiledning for vurderingen ved at det angis tydeligere i selve lovteksten hvilke hensyn som særlig er relevante. Dette vil ha pedagogisk verdi, og en større grad av tydelighet fra lovgivers side vil kunne fremme likebehandling i forvaltningspraksis.

Det bemerkes for øvrig at utvalget ikke vil ta stilling til om gjeldende praksis under utlendingsloven av 1988 er for restriktiv eller for liberal. Hvor terskelen bør ligge for rimelighetsvurderingen er i første rekke et politisk spørsmål. I mange situasjoner vil det også være nødvendig å foreta en vurdering i forhold til hva som er politikken i andre mottakerland.

I det følgende skal det først drøftes i hvilke hovedkategorier av situasjoner det vil være aktuelt å innvilge opphold (kapittel 9.6.2.2 og 9.6.2.3).

17. Asylum Policy Instructions, Discretionary Leave
18. "Article 8" refererer her til EMK artikkel 8.
19. "Article 3" refererer her til EMK artikkel 3.

Begrepet innvandringsregulerende hensyn drøftes i kapittel 9.6.2.4. Deretter skal det gis noen kommentarer til de særskilte avveininger som må foretas i saker som involverer barn (kapittel 9.6.2.5), før det vurderes nærmere hvordan man tekstmessig bør utforme kriteriene for opphold under en ny rimelighetsbestemmelse (kapittel 9.6.2.6). Endelig vil enkelte spørsmål som gjelder saksbehandlingen (kapittel 9.6.2.7) og spørsmål som gjelder oppholdstillatelsens varighet og innhold (kapittel 9.6.2.8) bli drøftet.

9.6.2.2 Rimelighetsbestemmelsens anvendelse i asylsaker

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, innvilges det i dag opphold etter den generelle rimelighetsbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd blant annet i tilfeller hvor utlendingen har rett til beskyttelse uten å ha rett til flyktningstatus.

Som følge av de endringer utvalget har foreslått med hensyn til beskyttelsesbestemmelsene, vil det ikke lenger være behov for å henføre denne typen saker under en generell rimelighetsbestemmelse. Utlendingen vil, i henhold til utvalgets forslag til beskyttelsesbestemmelser, ha krav på opphold etter bestemmelsene i beskyttelseskapitlet. Et unntak gjelder for de tilfeller hvor utlendingen blir ekskludert fra beskyttelsesstatus, jf. avslutningsvis under dette punkt.

Utenfor de tilfeller hvor utlendingen har et rettskrav på beskyttelse, vil det fortsatt være behov for en bestemmelse som gir adgang til å innvilge opphold etter en rimelighetsvurdering.

Når grunnlaget for å søke opphold er et behov for beskyttelse, må utgangspunktet være at spørsmålet om opphold reguleres av beskyttelsesbestemmelsene. Dersom det fremstår som tvilsomt om det foreligger en rett til beskyttelse under våre internasjonale forpliktelser - som ikke alltid har et klart innhold og i noen tilfelle gir statene en viss handlefrihet - bør man i praksis likevel bruke beskyttelsesbestemmelsene dersom man kommer til at det er ønskelig å innvilge opphold av beskyttelsesgrunner.

I visse sammenhenger kan situasjonen imidlertid være at man for eksempel i forhold til en bestemt gruppe søkere bedømmer sikkerhetssituasjonen ved retur som sterkt belastende samtidig som det er *klart* at det ikke foreligger noen folkerettslig forpliktelse til å innrømme beskyttelse. Dersom man likevel ønsker å innvilge opphold og velger å anvende rimelighetsbestemmelsen fremfor beskyttelsesbestemmelsene (som reflekterer internasjonalt forpliktende skranker mot retur), markerer man tydelig at personer som faller inn under utvisningsbestemmelsene eller som det av andre grunner er ønskelig å nekte oppholdstillatelse i Norge, ikke kan gjøre gjeldende noe rettskrav på beskyttelse under henvisning til norske myndigheters situasjonsvurdering.

Et annet eksempel er at norske myndigheter vurderer retursituasjonen som trygg, men at UNHCR anmoder statene om å utsette returer av av frykt for at et høyt antall returer over kort tid vil kunne forverre sikkerhetssituasjonen.

En ytterligere hovedkategori av saker hvor det kan være aktuelt å innvilge opphold, gjelder saker hvor både beskyttelseshensyn og andre humanitære hensyn gjør seg gjeldende, men hvor ingen av hensynene hver for seg er tilstrekkelig tungtveiende til å kunne begrunne at det innvilges opphold. Dette er situasjonen i en stor andel av de sakene som innvilges etter utlendingsloven § 8 annet ledd i dag.

Det er etter utvalgets oppfatning klart at det også i fremtiden vil være nødvendig å foreta helhetsvurderinger. Hvor terskelen for vurderingen skal ligge er et spørsmål som ikke egner seg for lovgivning, men som må avgjøres gjennom konkrete vurderinger og eventuelt gjennom generelle retningslinjer.

I forhold til den kategori saker hvor det ikke forekommer relevante beskyttelseshensyn, men hvor opphold innvilges som følge av andre humanitære hensyn, er det særlig fire underkategorier av hensyn som kan tenkes relevante:

1. Helsemessige forhold
2. Humanitære og sosiale forhold ved retursituasjonen
3. Tilknytningen til Norge gjennom familie og/eller botid
4. Hensynet til at en enslig mindreårig vil være uten forsvarlig omsorg ved retur

Når det gjelder helsemessige forhold, vil det som tidligere nevnt kunne følge en skranke mot retur også av de folkerettslige forpliktelsene, jf. EMK artikkel 3 og omtalen av saken *D mot UK* i kapittel 6.4.2.2. Som det fremgår av fremstillingen over, har man i de britiske retningslinjene valgt å referere nettopp til EMK artikkel 3 i relasjon til saker som gjelder helsemessige forhold.

Etter utvalgets vurdering ville det angi en alt for restriktiv norm dersom man i nasjonal praksis skulle stille samme krav til forholdets ekstraordinære karakter som det man kan forvente at Den europeiske menneskerettsdomstol vil gjøre i sin praksis i forhold til vurderingen under EMK artikkel 3.

Med bakgrunn i at de fleste asylproduserende land i verden har et vesentlig dårligere helsetilbud enn det Norge kan tilby, vil utvalget likevel fremholde at det vil være nødvendig å føre en restriktiv praksis. I det følgende angis de typetilfeller hvor det etter utvalgets vurdering i første rekke vil kunne være aktuelt å innvilge opphold:

1. Søkeren lider av en akutt og livstruende sykdom som vedkommende kan tilbys behandling for i Norge, mens det ikke finnes noe adekvat behandlingstilbud i hjemlandet.
2. Søkeren lider av en kronisk livstruende sykdom, for eksempel kreft eller AIDS, og befinner seg i aller siste fase av sykdomsstadiet. Samtidig må det være forhold knyttet til helsehjelptilbudet eller søkerens sosiale situasjon i Norge som er av stor betydning for å gi søkeren en verdig livsavslutning.
3. Søkeren har en kronisk lidelse, og det finnes et tilgjengelig behandlings- eller helsehjelpstilbud i Norge som er av avgjørende betydning for få sikre vedkommende en verdig livsutfoldelse. Samtidig er det en forutsetning at det ikke eksisterer noe adekvat behandlings- eller helsehjelptilbud i søkerens hjemland.
4. Søkeren har en alvorlig helselidelse som man har startet behandlingen av i Norge før saken er avgjort, og det vil ikke være medisinsk forsvarlig å avbryte behandlingen i Norge for å fullføre denne i søkerens hjemland. Dette er særlig aktuelt i forhold til en del lidelser som krever at man foretar flere operative inngrep på ulike utviklingsstadier hos barn.

Særlig i tilknytning til personer med psykiske lidelser vil det være naturlig å vektlegge i hvilken utstrekning lidelsene har sammenheng med tidligere overgrepssituasjoner eller traumatiserende opplevelser som er knyttet til en konflikt i hjemlandet. Det er rimelig at praksis er mindre restriktiv i forhold til søkere som er traumatisert som følge av tidligere og flyktingrelaterte overgrep, som for eksempel tortur, seksuelle overgrep mv., enn i forhold til situasjoner hvor sykdomsbildet ikke har noen sammenheng med en konfliktsituasjon i hjemlandet som søkeren har flyktet fra.

Situasjoner hvor det foreligger selvmordsfare må vurderes særskilt. Dersom selvmordsfaren i det vesentlige knytter seg til at det foreligger et vedtak som pålegger utlendingen å forlate landet, vil dette normalt ikke kunne anses som grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse.

Videre vil det som påpekt kunne være aktuelt å innvilge opphold i saker hvor det gjør seg gjeldende særskilte hensyn knyttet til sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen. Som eksempel på et tilfelle hvor det som følge av sosiale forhold ved retursituasjonen vil kunne være aktuelt å innvilge opphold, nevnes det tilfellet at søkeren er en kvinne som har vært utsatt for seksuelle overgrep og for eksempel risikerer sosial stigmatisering og problemer i forhold til egen familie ved retur. Tilsvarende vil kunne gjelde i saker som angår barn som lever under ekstraordinært vanskelige sosiale forhold eller som har traumatiske opplevelser fra hjemlandet som de har behov for å bearbeide under trygge omgivelser i Norge, jf. nærmere kapittel 9.6.2.5 om forhold som gjelder barn.

Når det gjelder saker hvor det kan være aktuelt å innvilge opphold som følge av humanitære forhold, nevnes som eksempel tilfeller hvor det foreligger en humanitær katastrofesituasjon, for eksempel en miljøkatastrofe av et slikt alvor at det ikke lenger er mulig for (et stort antall av) befolkningen i en bestemt stat å oppholde seg i hjemstaten. Motsatt vil ikke forhold som er knyttet til økonomisk nød, boligmangel, mangel på infrastruktur mv. i seg selv kunne danne grunnlag for opphold etter unntaksbestemmelsen.

Det kan videre være aktuelt å innvilge opphold i tilfeller hvor søkeren har særlig tilknytning til Norge. Dersom det er familierelasjonen som er det eneste eller det vesentlige tilknytningsforhold, skal saken vurderes etter bestemmelsene om familieinnvandring. En sterk tilknytning kan imidlertid skyldes annet enn familiebånd. I asylsaker har spørsmålet om tilknytning i praksis hatt størst betydning i saker hvor søkeren har oppholdt seg lenge i riket uten at søknaden har latt seg endelig avgjøre eller uten at det har vært mulig å iverksette et negativt vedtak.

Når det gjelder vurderingen av saker hvor det ikke er mulig å iverksette et negativt vedtak, kan det være grunn til å skille mellom de tilfeller hvor utlendingen selv gjør det som kan forventes i forhold til å medvirke til at en retur kan gjennomføres, og de tilfeller hvor utlendingen ikke medvirker.

Når det gjelder de saker hvor utlendingen ikke selv gjør det som kan forventes i forhold til å medvirke til retur, bør botiden bare helt unntaksvis tillegges vekt. I svensk rett er situasjonen at virkningen av et vedtak fra utlendingsmyndighetene som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket, opphører (preskriberes) "om det inte har verkställts inom fyra år från det att beslutet vann laga kraft." [20] Oppholdstillatelse etter preskribsjon gis

[20] Den svenske utlendingsloven kap. 8 § 15 første ledd, jf mer fullstendig sitat i avsnitt 9.6.2.1.

som tidligere nevnt ikke automatisk, men krever at vedkommende inngir ny søknad, som undergis individuell behandling. Normalt foreligger det en sterk presumsjon for at det i slike tilfelle skal innvilges oppholdstillatelse, men noen ubetinget rett til det foreligger ikke. Dersom søkeren har unndratt seg effektuering eller på annen måte selv har bidratt til den lange ventetiden, kan den nye søknaden avslås og nytt vedtak om uttransportering fattes. Unndragelsen må da være den avgjørende årsaken til at vedtaket ikke har kunnet iverksettes. Andre momenter er også relevante, for eksempel kriminalitet, tilknytning til andre land, helsemessige forhold og nær familie i Sverige.

Utvalget anser ikke at det bør innføres noen tilsvarende lovregel i Norge som den svenske preskribsjonsregelen. Dersom søkerens langvarige botid i riket skyldes at vedkommende ikke har medvirket til å gjennomføre et tidligere vedtak hvoretter vedkommende pliktet å forlate riket, vil botiden sjelden kunne tjene som noe argument for at det vil være urimelig å nekte opphold. Allmennpreventive grunner taler for at man i denne typen saker bør være varsom med å regne botiden som relevant i tilknytningsmessig sammenheng. Utvalget mener videre at hensynet til de lengeværende i tilstrekkelig utstrekning kan ivaretas gjennom en generell rimelighetsbestemmelse som også refererer spesifikt til hensynet til tilknytning.

En annen situasjon vil kunne foreligge dersom utlendingen selv har gjort det som kan forventes i forhold til å medvirke til en retur, men hvor slik retur likevel ikke er mulig å gjennomføre. Bakgrunnen for at retur ikke er mulig, kan for eksempel være at utlendingens hjemland nekter å motta vedkommende, eller at utlendingen er statsløs uten returadgang til det land vedkommende er vokst opp i.

Som gjengitt tidligere i avsnitt 9.6.2.1, har man her en særskilt bestemmelse i den danske utlendingsloven om at det på nærmere vilkår kan gis oppholdstillatelse til en utlending som har medvirket til retur i 18 måneder etter avslag på en søknad om asyl, uten at det er utsikter til at en retur vil kunne la seg gjennomføre.

Utvalget anser ikke at det er noen grunn til å innføre en tilsvarende bestemmelse i norsk lovgivning. Etter utvalgets vurdering vil det være mer hensiktsmessig å overlate bedømmelsen av de saker det her gjelder til konkrete vurderinger i praksis, hvor det også i større grad vil være rom for en totalvurdering i den enkelte sak. For eksempel kan det være nærliggende at unge enslige personer vil måtte avfinne seg med en lengre ventetid enn barnefamilier. For det annet vil det på dette området kunne være nærliggende at det utarbeides nærmere retningslinjer tilpasset returbildet i forhold til de ulike returlandene hvor problemstillingen er særlig aktuell.

Når det gjelder den underkategorien av humanitære hensyn som relaterer seg til enslige mindreårige uten tilgjengelig omsorgspersoner ved retur, vises det til kapittel 9.6.2.5.

Som angitt i kapittel 9.6.1.2 finnes en ytterligere hovedkategori av saker i gjeldende praksis som følger av den såkalte 15-månedersregelen, jf. utlendingsforskriften § 21 tredje og fjerde ledd. Utvalget anser ikke at det er naturlig å lovfeste en slik ordning. Dersom ordningen skal videreføres bør dette fortsatt skje gjennom forskriftsregulering.

Den siste hovedkategorien av tilfeller (jf. angivelsen i kapittel 9.6.1.2), gjelder saker hvor det er grunnlag for eksklusjon fra beskyttelsesstatus, men hvor prinsippet om non refoulement er til hinder for retur eller hvor tungtveiende rimelighetshensyn tilsier at utlendingen bør få opphold på tross av eksklusjonsgrunnlaget. Som det fremgår i kapittel 6.9.8, har utvalget foreslått en særskilt bestemmelse som kan gi grunnlag for midlertidig opphold i tilfeller hvor prinsippet om non refoulement er til hinder for retur, jf. lovutkastet § 85. Som påpekt vil det imidlertid i enkelte saker - enten fra starten av eller etter en lang tid med midlertidige tillatelser - kunne være aktuelt å innvilge opphold med ordinær status og med sikte på varig opphold.

9.6.2.3 Rimelighetsbestemmelsens anvendelse i andre saker enn asylsaker

I andre saker enn asylsaker har den gjeldende unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd som nevnt hatt sin praktisk viktigste funksjon i forhold til familieinnvandringstilfellene, og i forhold til nye tillatelser i de tilfellene hvor samlivet mellom partene har opphørt.

Som det fremgår i kapittel 8 har utvalget gått inn for en egen rimelighetsbestemmelse for familieinnvandringstilfellene, jf. lovutkastet § 57. På samme måte er det foreslått særskilte unntaksbestemmelser i forhold til saker hvor utlendingen har mistet oppholdsgrunnlaget som følge av samlivsbrudd eller som følge av at samlivet har opphørt på annen måte, jf. utkastet § 64. Med utvalgets forslag vil behovet for en generell rimelighetsbestemmelse utenfor asylfeltet dermed bli redusert.

Fortsatt vil det likevel forekomme andre saker også utenfor asylsaksfeltet hvor sterke rimelighetsgrunner gjør seg gjeldende. For eksempel vil det være saker hvor søkeren har en så sterk tilknytning til riket at det vil fremstå som urimelig å

nekte opphold. Dette kan skyldes at søkeren har langvarig botid i riket (og eventuelt tidligere bosettingstillatelse eller statsborgerskap), eller at søkeren har særlig tilknytning til riket gjennom avstamning.[21] Det vil også forekomme tilfeller hvor blant annet tungtveiende helsemessige grunner taler for at utlendingen må innvilges opphold.

Utvalget vil for øvrig bemerke at man ikke finner noe tilstrekkelig grunnlag for å fastsette at det ikke skal være mulig å legge avgjørende vekt på rimelighetsgrunner som knytter seg til andre enn søkeren. I særskilte tilfeller må også hensynet til en person som allerede er bosatt i Norge kunne tillegges avgjørende vekt.

På samme måte som i forhold til saker som gjelder asylsøkere, vil de menneskelige hensynene som gjør seg gjeldende måtte veies mot statens interesser, herunder innvandringsregulerende hensyn.

9.6.2.4 Om innvandringsregulerende hensyn

I gjeldende utlendingslov er det fastsatt i formålsbestemmelsen i § 2 at utlendingsloven skal gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk. Dette utlegges gjerne slik at "innvandringspolitiske hensyn" er et relevant moment ved lovtolking og skjønnsutøvelse.

I praksis anvendes begrepet innvandringspolitiske hensyn i forhold til hensyn som taler for en restriktiv vurdering. Utvalget mener at det er mer treffende å anvende begrepet "innvandringsregulerende hensyn". De hensyn det siktes til er da blant annet hensynet til de samfunnsmessige utfordringer som kan følge med en bestemt type innvandring, kontrolltekniske hensyn, ressursmessige kostnader knyttet til saksbehandlingen, eller for eksempel konsekvenshensyn når det gjelder omfanget av innvandringen. Også hensynet til å unngå uønsket innvandring, herunder for eksempel å motvirke at kriminelle eller andre som utgjør en samfunnsfare gis opphold, kan være relevante innvandringsregulerende hensyn.

Selv om innvandringsregulerende hensyn vil kunne spille inn i en rekke sammenhenger, er det i første rekke i forhold til den brede skjønnsvurderingen som utvalget har forutsatt i forhold til den generelle rimelighetsbestemmelsen, i forhold til visumbestemmelsen i lovutkastet § 9 og bestemmelsen om familieinnvandring i lovutkastet § 57, at det er nærliggende å presisere innvandringsregulerende hensyn som et vurderingsmoment i loven.

9.6.2.5 Særlig om saker som gjelder barn

Det fremgår av barnekonvensjonen artikkel 3 at hensynet til barnets beste skal være "et grunnleggende hensyn" i saker som gjelder barn.

Hensynet til barns mer sårbare posisjon enn voksnes, vil være ett av de praktisk sett viktigste vurderingstemaene i saker som skal vurderes etter den aktuelle rimelighetsbestemmelsen. I Utlendingsnemndas årbok for 2001/2002 heter det blant annet at "barnekonvensjonen og hensynet til barnets beste er oftere enn tidligere påberopt av klagerne og vist til i vedtakene, og det er i det hele tatt et større fokus på konvensjonen."

I forhold til alle de kategoriene av saker som er nevnt i kapittel 9.6.2.2, og hvor det er angitt at det kan være aktuelt å innvilge opphold, vil det være grunn til å operere med en lavere terskel for positive vedtak når det gjelder barn.

Det må likevel presiseres at det heller ikke i saker som gjelder barn, utelukkende skal legges vekt på hva som er barnets beste. Det er opplagt at det i svært mange sammenhenger hvor barnefamilier fra den fattigere del av verden fremmer søknader om asyl i Norge, isolert sett vil være til barnas beste dersom familien blir gitt opphold i Norge. Særlig gjelder dette i saker hvor det foreligger et behov for helsemessig behandling, og hvor det ikke kan tilbys tilsvarende behandling i hjemlandet. Det er klart at det også i disse sakene må foretas en avveining i forhold til innvandringsregulerende hensyn.

For øvrig er det grunn til å understreke at selv om vi i Norge relativt sett skulle ha et bedre helsevesen og en høyere levestandard, er det også tydelige verdier knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverkene og tilhørigheten er sterkere.

Det er videre grunn til å påpeke at i den grad forhold som gjelder barns tidligere opplevelser og psykiske helse mv. tillegges vekt som sentrale momenter i asylsaker, finnes det en risiko for at dette vil kunne bli utnyttet til skade for barna. I mange sammenhenger vil det for eksempel være klart for foreldrene at det eneste forhold som kan gi grunnlag for opphold i Norge er at ett eller flere av barna viser tydelige symptomer på alvorlige traumer, og at barnas traumer og frykt for retur til hjemlandet ikke lar seg dempe på kort sikt.

En særskilt kategori av tilfeller som gjelder barn, er de sakene som gjelder enslige mindreårige asylsøkere. I 2003 ankom det 916 asylsøkere

[21] I gjeldende utlendingsforskrift er det for eksempel gitt en bestemmelse som gir rett til oppholdstillatelse for utlending som er født av foreldre hvorav minst en var norsk borger på søkerens fødselstidspunkt, jf. § 3 første ledd bokstav a.

som oppga å være enslige mindreårige. Etter alderstesting viste det seg at 400 av disse var over 18 år gamle. Av dem som ble ansett å være under 18 år var ca. 75% enten 16 eller 17 år. Utlendingsmyndighetene legger betydelig innsats i å lokalisere pårørende til enslig mindreårige blant annet gjennom samarbeid med IOM. Dersom det ikke kan legges til grunn at noen vil dra nødvendig omsorg for den mindreårige ved retur, må opphold innvilges i Norge.

9.6.2.6 Hva som bør fremgå av en ny lovbestemmelse

Med bakgrunn i det som er gjennomgått i kapittel 9.6.2.1 til 9.6.2.5, må det tas stilling hvordan det i selve lovteksten kan gis en utfyllende veiledning for vurderingen som utvalget ønsker inntatt i en ny rimelighetsbestemmelse. Det synes hensiktsmessig å fastsette at:

Opphold kan innvilges dersom

- det på grunn av særlige omstendigheter eller ut fra en totalvurdering av situasjonen ville fremstå som urimelig å nekte opphold,
- utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,
- tvingende helsemessige forhold gjør at utlendingen har behov for opphold i riket, eller
- utlendingen har en særlig sterk tilknytning til riket.

Det må kunne legges vekt på innvandringsregulerende hensyn ved vurderingen av om opphold skal innvilges, og barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.

Videre må det utformes en hjemmel for Kongen til å gi nærmere bestemmelser i forskrift.

Det vises til lovutkastet § 47.

9.6.2.7 Visse spørsmål knyttet til saksbehandlingen

Bestemmelsen om at opphold skal kunne innvilges ut fra sterke rimelighetsgrunner, er ment som en unntaksbestemmelse i forhold til lovens regulære bestemmelser om beskyttelse og opphold.

I utgangspunktet tilsier dette at det heller ikke bør gjelde noen adgang til å søke direkte om en tillatelse etter bestemmelsen. Det må også anses å være knyttet klare betenkeligheter til den signalmessige virkningen av at utlendinger som ønsker å anføre rimelighetshensyn, skal kunne opptre som oppholdssøkende på lik linje med asylsøkere. Det må likevel påpekes at det i liten grad vil ha noen betydning for adgangen til opphold hvorvidt det tillates at en søknad fremsettes med direkte henvisning til rimelighetsbestemmelsen eller om bestemmelsen vurderes som subsidiært grunnlag for opphold. Det er i og for seg et dilemma at rimelighetshensyn som ikke har noen beskyttelsesrelevant karakter, vil kunne danne grunnlag for opphold samtidig som det kreves at det skal fremsettes en søknad om asyl før disse rimelighetshensynene skal kunne tillegges betydning.

I enkelte saker som ikke gjelder asylsøknader, er det opplagt at det både er hensiktsmessig og uproblematisk å tillate at det søkes direkte om opphold etter en slik rimelighetsbestemmelse som utvalget vil foreslå. Dette vil for eksempel gjelde i de tilfeller hvor det er søkerens tilknytning til riket som er det sentrale rimelighetsmomentet. En utlending som er tidligere norsk statsborger eller en utlending som er født av en norsk forelder uten selv å ha blitt norsk borger, må kunne søke om opphold direkte etter den aktuelle rimelighetsbestemmelsen (eller eventuelle tilhørende forskrifter).

Utvalget foreslår en lovbestemmelse som fastsetter at rimelighetsbestemmelsen skal være et subsidiært vurderingsgrunnlag, og at det bare er når forskriften åpner for det at en tillatelse kan søkes direkte etter bestemmelsen. Det vises til lovutkastet § 47 første ledd, jf. sjette ledd.

9.6.2.8 Tillatelsens varighet og innhold

Som utgangspunkt vil det være naturlig at en tillatelse i medhold av unntaksbestemmelsen gis varighet og innhold i henhold til det som er foreslått som hovedordningen i kapittel 5.4.2, dvs. at tillatelsen gis for mellom ett til tre år og at den danner grunnlag for permanent opphold og familiegjenforening/familieetablering.

Som beskrevet i kapittel 9.6.1, kan tillatelser som gis i medhold av den generelle unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd, gis uten mulighet for fornyelse når behovet er midlertidig eller andre særlige grunner tilsier det, jf. utlendingsforskriften § 21 syvende ledd. I slike tilfeller kan det også fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for familiegjenforening og/eller varig oppholdstillatelse.

Etter utvalgets vurdering er det rimelig at man også i forhold til den rimelighetsbestemmelsen utvalget har foreslått i lovutkastet § 47, presiserer en adgang til å fastsette begrensninger på tilsvarende måte. Det er grunn til å tro at den i praksis mest sentrale grunnen for å fastsette begrensninger, vil være at utlendingens behov for opphold er av klart midlertidig karakter.

9.7 Midlertidig oppholdstillatelse for personer som ikke kan returnere

9.7.1 Gjeldende rett

I enkelte tilfeller kan situasjonen være at en asylsøker som har fått endelig avslag på sin søknad om asyl, ikke kan returneres til hjemlandet. Bakgrunnen for dette kan for eksempel være at:

- søkeren unndrar seg effektuering ved å holde seg skjult
- søkeren medvirker ikke på nødvendig måte til å få klarlagt sin identitet
- utlendingens hjemland motsetter seg at vedkommende returnerer mot sin vilje
- utlendingens hjemland motsetter seg at vedkommende returnerer selv om dette skjer frivillig

I utlendingsloven § 17 sjette ledd annet punktum er det fastsatt at en midlertidig arbeidstillatelse kan gis også etter endelig avslag på en søknad om asyl, ved at "asylsøker som har fått et endelig avslag som for tiden ikke iverksettes, kan etter anmodning gis midlertidig tillatelse inntil avslaget iverksettes."

I utlendingsforskriften § 61 fjerde ledd er det fastsatt at dersom utlendingen selv er uten skyld i at avslaget ikke kan iverksettes, og utlendingen hadde gyldig arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse på tidspunktet for avslaget, har vedkommende rett til tillatelse.

9.7.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget anser ikke at det er behov for å foreta vesentlige endringer av gjeldende rett.

På den ene side er det viktig at det ikke etableres ordninger som oppmuntrer søkere som har fått endelig avslag til å unnlate å medvirke til at retur kan gjennomføres. På den annen side forekommer det både i enkelttilfeller og i forhold til grupper av søkere som har fått avslag, en fastlåst situasjon som gjør at det vil være uhensiktsmessig dersom det ikke kan gis adgang til å bringe oppholdet inn i regulerte former og til å ta arbeid.

Dersom det selv etter relativt lang tid ikke er utsikter til at det kan gjennomføres retur, vil det, som nevnt i kapittel 9.6.2.2, kunne være aktuelt å innvilge en oppholdstillatelse av sterke rimelighetsgrunner. Hvordan situasjonen skal reguleres forut for at dette eventuelt blir aktuelt, bør etter utvalgets vurdering være opp til regjeringen å fastsette. Når det gjelder utlendinger som selv er skyld i at retur ikke kan gjennomføres, bør det etter utvalgets mening gjelde en restriktiv praksis.

Utvalget er ellers av den oppfatning at en utlending som ikke selv kan klandres for at retur ikke lar seg gjennomføre, som utgangspunkt bør gis rett til å ta arbeid også etter at det foreligger et endelig avslag. Utvalget velger likevel ikke å foreslå at noe rettskrav på slik tillatelse nedfelles i loven. Det vises blant annet til at det gjerne vil være uklart fra hvilket tidspunkt man eventuelt må fastslå at det ikke er mulig å gjennomføre retur. I en del sammenhenger vil det også være uklart om utlendingen medvirker etter beste evne til å muliggjøre retur. Utvalget mener derfor at det bør overlates til Kongen å avgjøre om adgangen til midlertidig oppholdstillatelse eventuelt skal fastsettes gjennom rettighetsbestemmelser i forskriftsverket.

Det vises til lovutkastet § 48.

9.8 Korttidsopphold utover tre måneder

I praksis har det vist seg at det av og til oppstår tilfeller hvor det kan virke rimelig å innvilge opphold for en kortere periode utenfor de typetilfeller som er regulert i utlendingsloven og uten at det er naturlig å konstatere at det foreligger noen tungtveiende menneskelige hensyn som gjør det naturlig å anvende unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd i gjeldende lov. Tilsvarende vil det under en ny lov være lite naturlig å anvende den generelle rimelighetsbestemmelsen som utvalget foreslår i lovutkastet § 47.

Etter utvalgets vurdering er det ønskelig at loven gir rom for at utlendingsmyndighetene kan innvilge opphold ut fra en konkret hensiktsmessighetsvurdering i tilfeller hvor det er klart at innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot det. Under gjeldende lovgivning har utlendingsmyndighetene som oftest vært henvist til å avslå søknaden i slike tilfeller, noe som har ledet til at myndighetenes håndtering har fremstått for mange som unødig firkantet.

Utvalget er ikke kjent med at noen bestemmelse av denne art finnes i svensk eller finsk rett. Det finnes imidlertid en bestemmelse i den danske utlendingsloven § 9c stk. 1 som fastsetter at opphold kan gis dersom "ganske særlige grunde taler derfor".[22] Denne bestemmelsen antas i prinsippet å kunne ha anvendelse i de tilfeller som utvalget her ser for seg.

[22] Bestemmelsen er mer utfyllende sitert i kapittel 9.6.2.1.

Utvalget vil foreslå at man i en ny norsk lov formulerer en lovbestemmelse som gir generell adgang for utlendingsmyndighetene til å innvilge kortvarig oppholdstillatelse i de tilfeller hvor forholdet etter sin art faller utenfor lovens øvrige regler, og hvor innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot at kortvarig opphold gis. Nærmere kriterier for praktiseringen av en slik bestemmelse må eventuelt utvikles gjennom forskrift eller praksis.

For å motvirke at en søknad om korttidsopphold blir fremsatt for å trenere effektueringen av et negativt vedtak i en asylsak, eller for å forlenge oppholdet for en utlending som har reist ulovlig inn i riket, eller som oppholder seg her ulovlig, anser utvalget imidlertid at det er nødvendig å fastsette visse begrensninger med hensyn til hvem som skal kunne fremsette en søknad om korttidsopphold. Det vises til lovutkastet § 23.

Kapittel 10
Permanent oppholdstillatelse

10.1 Gjeldende rett

10.1.1 Bakgrunnen for regler om permanent oppholdstillatelse

En rekke tillatelser etter utlendingsloven danner grunnlag for bosettingstillatelse. Men hvis oppholdet er av kortere og tidsbegrenset karakter, for eksempel på visum eller med oppholdstillatelse i studieøyemed eller som au pair, gis en tillatelse som *ikke* danner grunnlag for bosettingstillatelse. Forutsetningen for slike tillatelser er hele tiden at utlendingen skal forlate landet etter utløpet av tillatelsen. Utlendingen har ingen berettiget forventning om fortsatt opphold ut over tillatelsens varighet. Om en tillatelse danner grunnlag for bosettingstillatelse eller ikke, skal fremgå av vedtaket.

Det synes allment akseptert at en utlending med et opphold i Norge som *ikke* er av en forutsatt tidsbegrenset karakter, etter en viss tid bør få muligheten til å etablere et varig opphold i landet. Avhengig av rettighetene knyttet til en slik etableringsadgang, vil dette være en anerkjennelse av godkjent innvandring, som også vil kunne bidra til å fremme utlendingens integrering i det norske samfunnet.

Fremmedlovutvalget uttalte følgende om tanken bak reglene om permanent tillatelse:

> "Tanken med denne kategori er naturligvis å anerkjenne den egentlige innvandring. Reformer på dette punkt er tatt opp uavhengig av fremmedloven, og knyttes til andre kjennetegn (særlig stemmeretten ved kommunale og fylkeskommunale valg). Heller ikke vil bosettingstillatelsen i andre henseende påvirke utlendingens rettsstilling for eksempel med hensyn til skatt eller trygd.
>
> Ordningen vil også være valgfri i den forstand at det er opp til utlendingen om han ønsker å søke den. Det samme gjelder som kjent søknad om norsk statsborgerskap.
>
> En kan spørre om det er behov for en slik mellomkategori mellom fornyet, eventuelt varig, oppholdstillatelse og statsborgerskap. Etter utvalgets mening er det det. Riktignok kan det hevdes at utlendinger som ønsker å knytte seg fast til det norske samfunnet, har alternativet statsborgerskap etter en viss tid. Men de kan ha grunn til å ville beholde det opprinnelige statsborgerskap, eller unngå dobbelt statsborgerskap. Som et "psykologisk tilbud" til innvandrere, samt en klarere markering, har dette sin betydning ut over de rettslige virkninger." [1]

Det er i utgangspunktet tre hovedtyper tillatelser som danner grunnlag for bosettingstillatelse: Arbeidstillatelse der utlendingen er fagutdannet eller har spesielle kvalifikasjoner, tillatelse i familieinnvandringstilfeller, og - i de ordinære tilfeller - tillatelse på bakgrunn av søknad om asyl. For flyktninger har spørsmålet om en permanent tillatelse etter en tid blant annet vært behandlet under UNHCRs *Global Consultations* i 2001, hvor det heter i oppsummeringen *Agenda for protection* punkt 5.4:

> "[ ] States to examine where, when and how to promote the grant of a secure legal status and residence rights, which could include the opportunity to become naturalized citizens of the country of asylum, for refugees who have already attained a considerable degree of socio-economic integration"

Fra ekspertmøtet i Lisboa under *Global Consultations* heter det i konklusjon 24:

> "In those cases where return is not a viable option, naturalization or at the very least some form of permanent residence is necessary."

Det er neppe noen forpliktelse etter flyktningkonvensjonen å ha et system tilsvarende bosettingstillatelse, men det er en klar oppfordring fra UNHCR om forutsigbare løsninger for flyktninger som har hatt langvarig opphold i mottakerlandet, der tilbakevending til hjemlandet ikke er aktuelt. I Norge gis det bosettingstillatelse i disse tilfellene etter tre år.

Enkelte internasjonale avtaler som omhandler utenlandske arbeidstakere trekker i retning av at en slik arbeidstaker bør opparbeide seg mer permanente rettigheter etter hvert som tiden går, jf.

1. NOU 1983: 47 s. 200

blant annet ILO-konvensjon C97 av 1949 artikkel 8 og Den europeiske sosialpakt part 1 nr. 18. Men noen internasjonal forpliktelse etter disse avtalene synes ikke å foreligge.

Tillatelse gitt i medhold av kapittel 8 i gjeldende utlendingslov (EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen) danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse, jf. utlendingsforskriften § 191 første ledd. Dette er en refleks av de nåværende EØS-reglene. Dersom en utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen også oppfyller de alminnelige vilkår for arbeidstillatelse etter utlendingsforskriften § 3, kan det imidlertid gis en tillatelse etter dette systemet som vil kunne danne grunnlag for bosettingstillatelse.

10.1.2 Ordningen etter fremmedloven av 1956

Også etter fremmedloven av 1956 ble det gitt tillatelse til permanent etablering i landet uten behov for fornyelse, såkalt generell arbeidstillatelse på ubestemt tid. Fremmedloven inneholdt kun en hjemmel for å gi tillatelse på ubestemt tid i § 6 annet ledd. Hjemmelen var presisert i fremmedforskriften § 38 og fastsatte at oppholdstillatelse på ubestemt tid kunne gis til en utlending som hadde oppholdt seg i riket i minst to år. Det var også et vilkår for tillatelsen at utlendingen var helseundersøkt og at "helbredelsestilstanden finnes tilfredsstillende".

10.1.3 Rett til bosettingstillatelse etter utlendingsloven

Fremmedlovutvalget foreslo å videreføre ordningen med permanent tillatelse, men endret navnet til bosettingstillatelse. Utvalget foreslo å rettighetsfeste tillatelsen, slik at en utlending som hadde oppholdt seg i landet i tre år med fortløpende tillatelse uten begrensninger, kunne kreve bosettingstillatelse i stedet for årlige fornyelser.

Om utvidelsen av botidskravet fra to til tre år uttalte utvalget:

> "Den normale kvalifikasjonstid for bosettingstillatelse har utvalget foreslått å sette til 3 år. Det er lengre enn etter fremmedforskriften § 38 (2 år). Utvalget ser det slik at selv om stabilisering ikke sjelden kan konstateres etter kortere tid, er ikke ulempen særlig stor ved å fornye oppholdstillatelse to ganger før bosettingstillatelse oppnås, verken for utlendingen eller for myndighetene. Og når tanken er at bosettingstillatelsen er noe en utlending som vel har etablert seg skal ha krav på, er dette vilkåret neppe urimelig. Dessuten foreslås det at bosettingstillatelsen kan gis tidligere etter nærmere forskrifter med hjemmel i loven. En tenker seg her at det er særlige holdepunkter for tilknytningsforholdet, for eksempel ekteskap." [2]

Bestemmelsen fikk en noe annen utforming i departementets proposisjon. Hovedinnholdet ble videreført: En utlending som de siste tre årene har oppholdt seg i landet med arbeids- eller oppholdstillatelse uten begrensninger, har etter søknad rett til bosettingstillatelse, jf. utlendingsloven § 12 første ledd. Departementet tilføyde et unntak fra retten til å få bosettingstillatelse dersom det foreligger forhold som nevnt i § 29 første ledd (utvisningsbestemmelsen). Tanken var at en utlending som har begått en straffbar handling, men som ikke utvises, ikke skulle ha rett til bosettingstillatelse etter tre år. Departementet presiserte at det ikke var noe i veien for at utlendingen likevel fikk bosettingstillatelse; det var *rettigheten* som ble tatt bort.

Departementet innførte også en regel om bortfall av bosettingstillatelse, jf. kapittel 10.1.6.

10.1.4 Kravet om botid

Loven stiller krav om tre års *sammenhengende* botid. Dette er presisert i utlendingsforskriften § 44 slik at utlendingen ikke må ha oppholdt seg utenfor landet i mer enn syv måneder til sammen de siste tre årene. Dersom utlendingen har oppholdt seg mer enn syv måneder utenfor landet, er kravet om tre års sammenhengende opphold oppfylt når det på et hvilket som helst tidspunkt senere kan konstateres at utlendingen i løpet av en treårsperiode ikke har vært ute av Norge i mer enn syv måneder.[3]

En utlending har ikke *rett* til bosettingstillatelse etter tre år dersom det foreligger straffbare forhold som nevnt i loven § 29 første ledd, jf. loven § 12 første ledd og forskriften § 43 fjerde ledd. Forutsatt at utlendingen ikke blir utvist, beregnes en tilleggstid til de tre årene gradert etter forholdets alvor. Er utlendingen bøtelagt beregnes tilleggstiden etter botens størrelse, fra seks måneders tilleggstid for en bot inntil 3 000 kr., og opptil to års tilleggstid for "gjentatte bøter". Er utlendingen dømt til samfunnstjeneste gjøres det et tillegg i botiden på ett år. Ved betinget fengselsstraff beregnes også en tilleggstid på ett år. Ved utbetinget fengselsstraff er tilleggstiden gradert etter dommen, fra to års tilleggstid ved en dom på inntil tre måneder, tre års tilleggstid ved dom på tre til seks måneder, fire års tilleggstid ved dom på seks til tolv måneder, fem års tilleggstid ved dom på ett til to år, seks års tilleggstid ved dom på to til tre år osv.[4]

---

2. NOU 1983: 47 s. 200
3. UDIs rundskriv 02-40 punkt IV B nr. 1
4. UDIs rundskriv 02-40 punkt IV E nr. 3

Loven åpner for å innvilge søknad om bosettingstillatelse også *før* botidskravet er oppfylt, jf. loven § 12 første ledd, jf. forskriften §§ 43 femte ledd og 45. I noen tilfeller foreligger et rettskrav på tillatelse før utlendingen har bodd tre år i landet. Det gjelder barn født i landet av foreldre som oppholder seg i riket der søknad om bosettingstillatelse fremsettes innen ett år etter fødselen. Det er et vilkår at foreldrene har, eller har søkt om og oppfyller vilkårene for, bosettingstillatelse. For adoptivbarn gjelder det samme dersom søknad fremsettes innen ett år etter innreisen.

Selv om botidskravet ikke er oppfylt, *kan* søknad om bosettingstillatelse innvilges etter reglene i utlendingsforskriften § 45. Det foreligger da ikke noe rettskrav på tillatelse. Utlendingen må imidlertid ha hatt en tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse i minst ett år. I tillegg må utlendingen ha hatt langvarig opphold i landet med tillatelse, eller det må foreligge særlig sterke rimelighetsgrunner. Slike rimelighetsgrunner kan for eksempel foreligge for et barn der hele resten av familien har bosettingstillatelse, eller der en person skal på oppdrag i utlandet for en humanitær organisasjon.[5]

En utlending som har fått arbeids- og oppholdstillatelse i medhold av reglene om kollektiv beskyttelse, jf. loven § 8a, får i utgangspunktet en tillatelse som *ikke* danner grunnlag for bosettingstillatelse, jf. annet ledd. En slik tillatelse kan gis for inntil tre år. Dersom vilkårene for fortsatt tillatelse er oppfylt, skal det i det fjerde året gis en tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse. Etter ett år med denne tillatelsen har utlendingen en rett til bosettingstillatelse dersom vilkårene for øvrig er oppfylt. En utlending som omfattes av reglene om kollektiv beskyttelse kan med andre ord tidligst få bosettingstillatelse etter fire år, jf. § 8a tredje ledd.

En bosettingstillatelse som er gitt selv om vilkårene for tillatelsen ikke var oppfylt, er likevel gyldig hvis ikke utlendingen i søknaden mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket. Dette fremgår av utlendingsforskriften § 43 siste ledd.

10.1.5 Forslaget om vilkår om gjennomført opplæring i norsk og samfunnskunnskap for innvilgelse av bosettingstillatelse

I Ot.prp. nr. 50 (2003-2004) Om lov om endringer i introduksjonsloven mv. har departementet foreslått en rett og plikt til opplæring i norsk og samfunnskunnskap for innvandrere. Forslaget innebærer at opplæring i norsk og samfunnskunnskap gjøres obligatorisk for voksne innvandrere. Den obligatoriske opplæringen begrenses til 300 timer, og av disse skal 50 timer være i samfunnskunnskap på et språk innvandreren forstår.

Det foreslås at personer som får en tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse etter utlendingsloven, og personer med kollektiv beskyttelse, skal ha plikt til å delta i opplæringen. Plikten medfører samtidig en rett for disse til 300 timer opplæring. Et unntak gjelder for arbeidsinnvandrere som selv må dekke kostnadene ved opplæringen. Også nordiske borgere er unntatt fra ordningen. Retten til opplæring foreslås å omfatte aldersgruppen 16 til 67 år, men begrenset til tre år fra vedtak etter utlendingsloven/ankomst til landet. Plikten vil imidlertid bare gjelde personer mellom 16 og 55 år. Kommunene skal sørge for at retten til opplæring oppfylles. Retten og plikten foreslås lovfestet i introduksjonsloven.

Det oppstilles unntak fra plikten til deltakelse i opplæring i norsk og samfunnskunnskap dersom utlendingen har tilstrekkelig kunnskap i norsk eller samisk. Videre kan *kommunen* gjøre unntak fra plikten til norskopplæring dersom særlig helsemessige eller andre tungtveiende grunner tilsier det. Adgangen for utlendingsmyndighetene til å gjøre unntak fra vilkårene ved innvilgelse av bosettingstillatelse ved "særlig sterke rimelighetsgrunner", jf. utlendingsforskriften § 45 første ledd bokstav b, er foreslått beholdt.

Det settes som vilkår for innvilgelse av bosettingstillatelse at utlendinger med en plikt til opplæring i norsk og samfunnskunnskap har gjennomført opplæringen, jf. forslaget i proposisjonen til nytt annet punktum i utlendingsloven § 12 første ledd:

> "Det er et vilkår at søkeren [ ] har gjennomført pliktig norskopplæring i henhold til introduksjonsloven."

10.1.6 Bortfall av bosettingstillatelse

Departementet innførte i Ot.prp. nr. 46 (1986-87) en regel om automatisk bortfall av bosettingstillatelse dersom utlendingen oppholdt seg utenfor landet sammenhengende i mer enn to år. Det ble gitt anledning til å søke om å få oppholde seg utenfor landet lenger uten å miste bosettingstillatelse. Bestemmelsen ble endret ved lov 30.04.1999 nr. 22, slik at det skal treffes vedtak om bortfall. Dette betyr at utlendingen, hvis mulig, skal forhåndsvarsles. Et vedtak om bortfall kan påklages.

5. Se Eli Fisknes: Utlendingsloven med kommentarer (Oslo 1994) s. 146

10.1.7 Virkninger av bosettingstillatelse

Bosettingstillatelse gir rett til opphold og til å ta arbeid uten tidsbegrensning, jf. utlendingsloven § 12 annet ledd. Tillatelsen gir også et utvidet vern mot bortvisning og utvisning.

Fremmedlovutvalget foreslo et sterkt vern mot bortvisning og avvisning, jf. lovutkastet § 22. Utlending med innvilget bosettingstillatelse skulle bare kunne avvises eller utvises av hensyn til rikets sikkerhet eller når det var påkrevd av tvingende samfunnsmessige hensyn.[6] Departementet foreslo i tillegg et nytt bort- og utvisningskriterium i bestemmelsen.[7] En utlending som hadde sonet eller var ilagt straff for forhold som etter norsk lov kunne føre til fengselsstraff i ti år eller mer, og hvor dette hadde skjedd for mindre enn fem år siden i utlandet eller for mindre enn ett år siden i Norge, skulle kunne utvises. Departementet la til at utvisning i disse tilfellene ikke skulle skje dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til landet ville være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.

Under behandlingen i Stortinget ble kravet til strafferammen senket fra ti år til tre år. Det ble i tillegg tilføyd at ethvert brudd på narkotikabestemmelsene i straffeloven § 162 og dagjeldende § 162a skulle kunne føre til utvisning. Forholdsmessighetsvurderingen ble imidlertid ikke endret. Senere ble også brudd på heleribestemmelsen i straffeloven § 317, jf. § 162, føyd til som et utvisningsgrunnlag for utlendinger med bosettingstillatelse, og gjennom lovendring i 2002 ble også brudd på straffeloven §§ 147a og 147b om terrorhandlinger gjort til utvisningsgrunnlag.[8] Ved lov 02.07.2004 nr. 67 vedtok Stortinget å senke kravet til strafferamme (fra tre til to år) for å kunne utvise utlendinger med bosettingstillatelse.[9]

Ved siden av at en utlending med bosettingstillatelse har et utvidet vern mot bortvisning og utvisning, vil vedkommendes ektefelle/samboer/barn få unntak fra underholdskravet ved søknad om familiegjenforening, jf. utlendingsforskriften § 25 fjerde ledd bokstav c.

Bosettingstillatelse gir rett til å delta i kommune- og fylkestingsvalg både med hensyn til stemmerett og valgbarhet. Men innvilget bosettingstillatelse er ingen betingelse for deltakelse i lokalvalg. Valgloven av 28. juni 2002 nr. 57 stiller kun som vilkår at utlendingen er innført i Folkeregisteret som bosatt i Norge de siste tre år før valgdagen, jf. valgloven § 2-2 annet ledd.

10.2 Utvalgets vurderinger

10.2.1 "Permanent oppholdstillatelse" som ny betegnelse

Utvalget forslår å videreføre en ordning med at utlending som har hatt midlertidig oppholdstillatelse uten begrensninger, etter en viss tid kan gis en varig oppholdstillatelse. Utvalget ønsker å endre betegnelse fra bosettingstillatelse til permanent oppholdstillatelse. Etter utvalgets mening gir ordet bosettingstillatelse ikke et umiddelbart tilgjengelig uttrykk for innholdet i tillatelsen. Midlertidig oppholdstillatelse og senere permanent oppholdstillatelse, gir etter utvalgets mening bedre uttrykk for realitetene. Permanent oppholdstillatelse er samfunnets aksept for en utlendings rett til å oppholde seg i landet på ubestemt tid. Hovedvirkningen av en permanent oppholdstillatelse er at utlendingen slipper å fornye tillatelsen, og den kan i utgangspunktet ikke trekkes tilbake på grunn av endringer i forutsetningen for å gi førstegangstillatelsen.[10] Dersom et beskyttelsesbehov eller et arbeidsforhold senere skulle opphøre eller familierelasjoner brytes, får dette ingen betydning for utlendingens rett til å oppholde seg i landet. En permanent tillatelse gir som nevnt også et utvidet vern mot utvisning, jf. nærmere kapittel 12.3.

10.2.2 Botidskravet

Utvalget har vurdert om det er grunn til å endre gjeldende hovedregel om et krav til tre års botid for permanent oppholdstillatelse (bosettingstillatelse etter dagens lov).

Utvalget mener at tre års botid ikke i seg selv kan anses å medføre noen så sterk tilknytning til riket at et mer langvarig botidskrav av denne grunn ville være urimelig.

Som beskrevet i kapittel 4.5.3.2, har EU gjennom et nytt direktiv om fri bevegelighet for unionsborgere og deres familiemedlemmer etablert en ordning med rett til permanent oppholdstillatelse

6. Det var dissens i utvalget på dette punkt.
7. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 269-270, § 30
8. Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot terrorisme - gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 28. september 2001) punkt 11, Innst. O. nr. 70 (2001-2002)
9. Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) Om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (senking av nedre strafferamme for utvisning og fritt rettsråd i asylsaker) punkt , Innst. O. nr. 93 (2003-2004)
10. Noe annet kan tenkes der førstegangstillatelsen er gitt på bakgrunn av uriktige opplysninger.

for EU-borgere og medfølgende familiemedlemmer i en annen EU-stat etter fem års botid.[11] Utvalget har som nevnt ikke tatt stilling til i hvilken utstrekning direktivet vil være forpliktende for Norge, men har valgt å henvise til de politiske forhandlingene i EØS-komiteen.

Som nevnt i kapittel 4.5.3.3 er det videre vedtatt et direktiv om tredjelandsborgere som har vært bosatt i EU over lang tid, som innebærer at tredjelandsborgere på nærmere angitte vilkår skal ha krav på status som langtids tredjelandsborger etter fem år.[12] Status som langtids tredjelandsborger innebærer blant annet en rett til permanent oppholdstillatelse i vertslandet. Direktivet er ikke bindende for Norge. Direktivet er heller ikke til hinder for at EU-statene på nasjonalt plan opererer med mer lempelige regler for erverv av permanent oppholdstillatelse, men uten at tredjelandsborgeren derved erverver noen status som langtids tredjelandsborger i henhold til direktivet.[13]

Hvis botidskravet skal heves i norsk rett, synes et krav om fem års botid derfor å være det mest hensiktsmessige dersom man skal legge vekt på å harmonisere politikken med utviklingen i Europa.

Når de nærmere hensyn som taler henholdsvis for og mot at man utvider botidskravet fra tre til fem år skal avveies, er det nødvendig å sortere bildet ut fra hva som er det underliggende oppholdsgrunnlag.

Når oppholdsgrunnlaget er familieetablering, vil det være forskjellige oppfatninger om hvorvidt det generelt sett er rimelig eller urimelig at en utlending som har fått opphold i Norge i kraft av et ekteskap og har bodd her i fire-fem år, skal miste sitt oppholdsgrunnlag og måtte forlate riket dersom samlivsforholdet tar slutt. Det er likevel ingen tvil om at et pålegg om å forlate riket etter fire-fem års opphold fordi man har mislykkes i et samlivsforhold, i mange tilfeller vil oppleves som et svært inngripende tiltak for den som har innstilt seg på en varig tilværelse i Norge. (I mange tilfeller vil utlendingen riktignok oppfylle vilkårene for opphold på nytt grunnlag, for eksempel gjennom samvær med barn.)

Hensynet til å motvirke proformaekteskap kan tilsi at man bør operere med et krav til mer langvarig botid enn tre år i familieetableringstilfellene. Dersom partene er nødt til å forbli formelt gift og dele adresse i for eksempel fem år før den som har fått opphold i kraft av ekteskapet får selvstendig oppholdstillatelse, vil viljen til å inngå proformaekteskap trolig bli redusert.

I motsatt retning taler det forhold at man særlig i de senere år har sett en tendens til at menn som bor i Norge "importerer" kvinner fra fattigere land som blir utsatt for mishandling og kynisk utnytting. Det er en risiko for at de kvinnene som er ofre i denne sammenheng, holdes i ekteskapet av frykt for å miste oppholdsgrunnlaget.

I utenlandsk rett varierer bildet med hensyn til hvor lang botid som kreves for permanent oppholdstillatelse i familieetableringstilfellene. Som eksempel nevnes at botidskravet i svensk rett er to år, i finsk rett er det fire år, i britisk rett er det seks år, og i dansk rett er det syv år.

Når oppholdsgrunnlaget er familiegjenforening, vil det på samme måte som i forhold til familieetablering, være delte oppfatninger om hvorvidt det generelt sett er rimelig eller urimelig å heve botidskravet. Hensynet til å motvirke proformaekteskap er ikke til stede på samme måte i forhold til familiegjenforeningstilfellene. Utvalget har ingen statistikk å bygge på, men man antar at skilsmisseandelen er relativt lav i de saker som gjelder familiegjenforening, også innenfor en tre til fem års periode. Det kan ikke anses å være noen vesentlige innvandringsregulerende hensyn som taler for å heve botidskravet relatert til gjenforeningstilfellene.

I svensk rett gis permanent oppholdstillatelse umiddelbart i gjenforeningstilfellene. Ellers er kravet også her fire år i finsk rett, seks år i britisk rett og syv år i dansk rett.

I forhold til den kategorien av saker som gjelder arbeidsinnvandring, ville det i et rimelighetsperspektiv ikke være spesielt betenkelig å operere med et krav om mer enn tre års botid. Det vises i denne sammenheng til at mange nordmenn oppholder seg i utlandet i flere år gjennom arbeid eller studier, uten at dette i seg selv kan anses å skape noen tilknytning til oppholdslandet eller tap av tilknytning til Norge som gjør det urimelig at de eventuelt må returnere. På den annen side er det vanskelig å se noen reell grunn til å heve botidskravet for arbeidsinnvandrere. Det er neppe mange arbeidsinnvandrere som ikke vil oppfylle vilkårene for oppholdstillatelse etter fire-fem år, og det vil i så fall ikke ha noen innvirkning på innvandringsbildet om man hever botidskravet. I de senere år har fokus dessuten vært mer rettet mot å gjøre Norge attraktivt for arbeidsinnvandrere som er fagutdannet eller som har spesielle kvalifikasjoner (og det

11. Direktiv 2004/38
12. Direktiv 2003/109
13. Jf. direktivets fortale punkt 17: "[ ] The possibility of applying more favourable national provisions is not excluded by the Treaty. However, for the purposes of this Directive, it should be provided that permits issued on more favourable terms do not confer the right to reside in other Member States."

er så godt som utelukkende denne kategorien spørsmålet gjelder),[14] og presset har snarere gått i retning av å styrke enn å svekke rettsposisjonen for denne kategorien.

Spørsmålet om hva som bør gjelde som botidskrav for personer med et beskyttelsesbehov, må sees i sammenheng med utvalgets tidligere konklusjon om at det ikke vil være hensiktsmessig dersom man rutinemessig skulle foreta en ny vurdering av beskyttelsesbehovet i forbindelse med fornyelse av tillatelsen og/eller i forbindelse med at man vurderer grunnlaget for permanent opphold. Det vises til drøftelsen i kapittel 6.9.6. Følgende oppsummeres her når det gjelder utvalgets hovedinnvendinger mot at man rutinemessig skal gjennomføre en fornyet prøving av beskyttelsesbehovet:

- Det vil trolig være få saker hvor det både er grunnlag for å tilbakekalle beskyttelsesstatusen og hvor det samtidig er grunnlag for å pålegge utlendingen å returnere til hjemlandet.
- Det kan reises innvendinger mot å anvende ressurser til å gjennomføre en midlertidighetspolitikk som vil innebære at personer som har kommet langt på vei i integreringsprosessen, må returnere.
- Det vil være betydelige administrative omkostninger knyttet til å gjennomføre en midlertidighetspolitikk i forhold til flyktninger som har hatt opphold i en viss tid. Dette er også hovedgrunnen til at de europeiske landene i praksis sjelden praktiserer noen reell midlertidighetspolitikk annet enn i forhold til enkelte helt særskilte situasjoner.

I norsk praksis har det hittil ikke vært gjennomført noen reell fornyelsesvurdering i tilfeller hvor en utlending har hatt oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner. Realiteten har derfor vært at vedkommende allerede i forbindelse med førstegangs innvilgelse av beskyttelsestillatelsen har vært sikret permanent opphold i riket uten noen ny prøving av vilkårene for oppholdsgrunnlaget. Gitt at dette i stor utstrekning også vil være praksis i fremtiden, er det ingen vektige argumenter for å heve botidskravet.

I både Sverige og Storbritannia blir en flyktning innvilget permanent oppholdstillatelse umiddelbart. En asylsøker som ikke får flyktningstatus, men som får beskyttelse på annet grunnlag i Storbritannia, kan få permanent opphold etter tre år. I Nederland kreves det tre års botid for permanent opphold for flyktninger og andre som får opphold på grunnlag av en asylsøknad, mens botidskravet er fire år for alle i Finland og syv år for alle i Danmark.

Utvalget har ingen grunn til å tro at variasjonene mellom de ulike land med hensyn til botidskravet for personer som får beskyttelse, har noen særlig effekt som *pull*-faktor. På tross av variasjoner i rettsbildet er praksis stort sett i alle land den samme: Dersom opphold først er innvilget av beskyttelsesgrunner, blir det i realiteten ikke foretatt noen nye vurderinger, og vedkommende får etter en tid permanent oppholdstillatelse.

De samme argumenter og det samme bildet som er tegnet over i forhold til personer som får opphold av beskyttelsesgrunner, vil gjelde i forhold til personer som får opphold av humanitære grunner på bakgrunn av en søknad om asyl.

Utvalget har vurdert om det i stedet for et generelt botidskrav knyttet til alle typer oppholdsgrunnlag burde gjelde en mer differensiert ordning, men har konkludert med at det ut fra pedagogiske grunner og ut fra hensynet til mest mulig å likestille utlendinger som får opphold i riket uavhengig av oppholdsgrunnlag, bør gjelde ett og samme botidskrav for å få permanent oppholdstillatelse.

Utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall med hensyn til om det generelle botidskravet bør ha en varighet på tre eller fem år. Utvalgets flertall utgjøres av utvalgsleder Bjørn Solbakken og utvalgsmedlemmene Henrik Bull, Ronald Craig, Grete Brochmann, Selma Ilyas og Vigdis Vevstad. Utvalgets mindretall utgjøres av utvalgsmedlemmene Kristine Ryssdal og Ketil Haukaas.

Flertallet har konkludert med at man vil anbefale å videreføre dagens ordning med et krav om tre års botid før det gis permanent oppholdstillatelse.

Etter en avveining av de hensyn som er beskrevet over vedrørende de ulike hovedkategorier av utlendinger som spørsmålet er relevant i forhold til, har flertallet ikke funnet noen tilstrekkelig tungtveiende argumenter for å endre dagens ordning. Flertallet ser at det kan reises som en innvending mot gjeldende treårskrav at ordningen innebærer et utvidet vern mot utvisning allerede etter tre års botid. Flertallet vil imidlertid påpeke at strafferammen for utvisning også i disse tilfellene ble redusert av Stortinget ved lovendring 02.07.2004, og at det nå stort sett alltid vil være mulig å utvise også en utlending med permanent oppholdstillatelse i de tilfeller hvor det er begått alvorlig kriminalitet.

14. I 2003 ble det innvilget 1142 arbeidstillatelser som kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse (bosettingstillatelse under gjeldende lov). Av disse 1142 tillatelsene ble hele 1126 tillatelser gitt til fagutdannede eller personer med spesielle kvalifikasjoner.

Når det gjelder spørsmålet om å heve botidskravet for å motvirke proformaekteskap, vil flertallet vise til at det allerede er foreslått tiltak mot proformaekteskap i utvalgets innstilling. Flertallet har derfor funnet større grunn til å legge vekt på at en utlending som etablerer et reelt samliv i riket med noen som er bosatt her, bør kunne oppnå trygghet omkring sin egen oppholdsstatus etter tre års botid. I motsatt fall vil det innebære en betydelig risiko for den som innstiller seg på en varig tilværelse i Norge med grunnlag i et etablert samlivsforhold. Dette synes etter flertallets vurdering verken rimelig eller hensiktsmessig.

I mangel av det flertallet oppfatter som noen tungtveiende grunner for å endre gjeldende botidskrav, har flertallet lagt vekt på at det er uheldig i seg selv å gjennomføre en innstramning som vil kunne oppleves som et negativt signal i forhold til innvandringen.

Gjennom et nytt EU-direktiv har det som nevnt blitt etablert en ordning med rett til permanent oppholdstillatelse for unionsborgere og deres familiemedlemmer, og det pågår en prosess for å bedømme i hvilken utstrekning Norge er forpliktet etter direktivet. Selv om resultatet av prosessen skulle være at Norge gjennomfører direktivordningen i norsk rett, er det etter flertallets vurdering ikke noe behov for at man dermed også regulerer retten til permanent opphold for tredjelandsborgere som ikke er omfattet av direktivet på samme måte.

Flertallet har i likhet med mindretallet sett hen til den ordningen som er etablert i EU gjennom direktivet om tredjelandsborgere som har vært bosatt i EU over lang tid. Direktivet tar som nevnt utgangspunkt i et krav til fem års botid for rett til en status som i praksis innebærer blant annet en rett til permanent oppholdstillatelse. Flertallet mener imidlertid at det er liten grunn for Norge til å implementere et femårskrav i sin nasjonale lovgivning på dette grunnlag før man ser om EU-landene selv vil innføre et slikt femårskrav på det nasjonale plan. Dersom fremtiden skulle vise at dette skjer, vil det også etter flertallets vurdering kunne være grunn til å revurdere treårskravet i norsk rett.

Mindretallet går inn for et krav om fem års botid. Mindretallet har i større grad enn flertallet funnet grunn til å vektlegge at tre års botid sjelden vil innebære at utlendingen har opparbeidet noen tilknytning til Norge eller har tapt noen tilknytning til sitt hjemland, som i seg selv kan gjøre det urimelig å forvente at vedkommende returnerer dersom oppholdsgrunnlaget i Norge bortfaller. Dersom for eksempel en utlending med oppholdstillatelse på grunnlag av arbeid ikke lenger har arbeid etter en periode på tre år og heller ikke har opparbeidet tilknytning på annet grunnlag, for eksempel gjennom familie, er det ikke urimelig å anta at tilknytningen til hjemlandet er sterkere enn til Norge. Under enhver omstendighet bør ikke en utlending etter så kort tid ha rett til varig opphold. Mindretallet vil videre påpeke at vi i dag lever i en globalisert verden hvor det er langt mer utbredt enn tidligere at mennesker er bosatt midlertidig i et fremmed land over kortere eller lengre tid. I svært mange sammenhenger (for eksempel i forhold til mange som tar utdannelse eller utfører tidsbegrensede arbeidsoppdrag i et fremmed land) er det ofte en selvsagt forutsetning at oppholdsgrunnlaget er midlertidig og at man ikke vinner noen varig rett til opphold.

Når det gjelder harmoniseringshensynet, har mindretallet lagt vekt på at det gjennom begge de to EU-direktivene som er nevnt innledningsvis under dette punkt, gjelder et krav om fem års botid for rett til status tilsvarende permanent oppholdstillatelse både for tredjelandsborgere og unionsborgere.

Når det gjelder familieetableringstilfellene, har mindretallet i større grad enn flertallet vektlagt at et krav om fem års botid vil kunne motvirke proformaekteskap. Hensynet til at personer som er ofre for mishandling i ekteskapet ikke skal føle seg presset til å bli værende i forholdet for å bevare oppholdsgrunnlaget, må etter mindretallets vurdering ivaretas gjennom praktiseringen av den bestemmelsen utvalget har foreslått videreført om fortsatt oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag i mishandlingstilfellene, jf. kapittel 8.5.93.

Etter mindretallets vurdering er videre tre års botid for knapp tid til at utlendinger bør kunne nyte godt av det utvidede utvisningsvernet som følger med permanent oppholdstillatelse.

Mindretallet har i likhet med flertallet lagt til grunn at det ikke regelmessig vil være noe grunnlag for å foreta en fornyet vurdering av beskyttelsesbehovet i flyktningtilfellene. Grunnlaget for beskyttelse vil ofte være til stede i lang tid etter at flyktningen er kommet til Norge. Og selv om situasjonen i hjemlandet har endret seg vil det ofte være så vanskelig å reetablere seg i et land man har flyktet fra, at det vil være urimelig å kreve at flyktningen skal returnere. Disse forhold kunne tale for at flyktninger innvilges permanent oppholdstillatelse så snart de er anerkjent som flyktninger. Som det fremgår i kapittel 6.9.6 har utvalget imidlertid ikke utelukket muligheten for at en fornyet vurdering kan være aktuell i enkelte situasjoner slik at det også for flyktninger er hensiktsmessig først å gi en midlertidig oppholdstillatelse. Som beskrevet

foran har utvalget også ansett det hensiktsmessig at det bør gjelde samme botidskrav for permanent oppholdstillatelse uavhengig av hvilket grunnlag oppholdstillatelse er gitt på. Som påpekt i kapittel 5.4.2 kan det imidlertid for flyktninger være hensiktsmessig å gi første gangs oppholdstillatelse av flere års varighet, slik at det ikke blir nødvendig å fornye oppholdstillatelsen hvert år, jf. utvalgets drøftelse i kapittel 6.9.6.

Etter mindretallets oppfatning vil det ikke ha noen avgjørende betydning i forhold til integrering av utlendinger om botidskravet er tre eller fem år før utlendingen innvilges permanent oppholdstillatelse. Andre forhold vil ha større betydning.

Både flertallet og mindretallet er enige om at det uavhengig av hvilket botidskrav man opererer med som hovedregel, må gjelde en tilsvarende mulighet som i dag for at Kongen i forskrift kan fastsette unntak fra botidskravet i særlige tilfeller.

10.2.3 Tilleggstid

Utvalget foreslår å videreføre systemet med tilleggstid der det foreligger en utvisningsgrunn, men ikke blir fattet et utvisningsvedtak. Utvalget har vurdert om det i disse tilfellene bør være anledning til å avslå permanent oppholdstillatelse helt i stedet for å kreve lengre botid, men er kommet til at dette er en for streng reaksjon. Dersom det ikke reageres med utvisning, bør utlendingen etter en tilleggstid kunne få en permanent tillatelse. Nærmere regulering av tilleggstid foreslås regulert i forskrift.

10.2.4 Bortfall

Utvalget foreslår å videreføre hovedregelen om at permanent oppholdstillatelse bortfaller gjennom vedtak etter to års opphold utenfor riket. Tilsvarende videreføres ordningen med at utlendingen etter søknad kan tillates å oppholde seg mer enn to år utenfor riket uten at den permanente oppholdstillatelsen bortfaller.

10.2.5 Permanent tillatelse etter kollektiv tillatelse

Utlending som etter gjeldende lov er gitt oppholdstillatelse etter en kollektiv vurdering i en massefluktsituasjon, kan få bosettingstillatelse etter fire år dersom minst ett år er med en tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse. Utvalget foreslår å videreføre kravet om fire års opphold i disse tilfellene.

Kapittel 11
Utlendingskontroll og kontroll med inn- og utreise

11.1 Innledning

Utlendingskontroll er et samlebegrep for den forvaltningsmessige kontroll med utlendingers adgang til og utreise fra riket og deres opphold her. Utlendingskontrollen må ses i sammenheng med grensekontroll og alminnelig polisiær kontroll. Grensekontroll vil i tillegg til utlendingskontroll innbefatte kontrolltiltak med andre formål, som å opprettholde ro og orden, forebygge lovbrudd, og om nødvendig iverksette etterforskningsskritt. Det vises til gjeldende utlendingslov § 1 annet ledd, hvor det fremgår at også norske statsborgere kan pålegges plikter etter loven, samt til § 23 hvoretter enhver skal melde seg for passkontroll ved inn- og utreise. Dette gjelder også norske statsborgere som blant annet kan bli sjekket opp mot aktuelle registre over ettersøkte personer.

Polisiær kontroll kan under visse omstendigheter gi grunnlag for å iverksette utlendingskontroll. Et eksempel kan være når det under en kontroll som forutsatt i straffeloven § 333 foreligger omstendigheter som tyder på at den kontrollerte er utlending. Da må kontrollen kunne utvides til også å omfatte lovligheten av vedkommendes opphold i riket.

Kontroll med inn- og utreise foretas ved de ytre Schengengrensene. I Norge vil det si ved landegrensen mot Russland samt de havner og lufthavner som har trafikk til og fra områder utenfor Schengensamarbeidet. Ettersom personkontrollen på de indre grenser mellom Schengenland i prinsippet er avskaffet, foretas kontrollen på vegne av alle Schengenlandene, og dette stiller krav til blant annet harmonisering av kontrollen. Det skal ikke være steder i grensekontrollen hvor det vil være enklere å få innreise enn andre steder. Ordningen med ikke å ha grensekontroll og prinsippet om fri bevegelighet over "indre" grenser innebærer for så vidt ikke noe nytt for Norges del. Dette har i praksis langt på vei vært ordningen mellom de nordiske landene siden den nordiske passkontrolloverenskomsten trådte i kraft i 1958.

Kontroll med inn- og utreise forutsetter at passeringer skal skje via godkjente grensepasseringssteder. Det må videre skje et oppsyn med områdene utenfor de godkjente grenseovergangsstedene i luften, på sjøen og langs landegrensen. Grenseovervåkning som i all hovedsak utføres av Forsvaret, berøres ikke nærmere i denne sammenheng.

Visuminstituttet er en viktig del av innreisekontrollen. For borgere av en rekke land kreves visum før innreise i Norge, og behandlingen av visumsøknader blir således en form for førstelinjes innreisekontroll.

11.2 Visum

11.2.1 Nøkkeltall[1]

I tabell 11.1 gis en oversikt over antall visumsaker som ble behandlet i Utlendingsdirektoratet i 2001 til 2003 når det gjelder de største visumlandene. I tabell 11.2 gis en oversikt over visumsaker behandlet ved utenriksstasjonene i 2002 og 2003.

11.2.2 Generelt om visum

Visum er en innreisetillatelse for utlendinger. Hovedregelen er at det kreves visum for innreise i Norge og Schengenområdet for tredjelandsborgere. Dette utgangspunktet er modifisert ved at det er inngått visumfrihetsavtaler med en rekke forskjellige land, og ved unntaksregler i det nasjonale regelverket. Schengenkonvensjonens regelverk om visum er for øvrig omtalt i kapittel 4.4.1.2 i de alminnelige motiver, og i merknadene til lovutkastets visumbestemmelser, jf. §§ 9 til 11.

Visum gir adgang til innreise og kan normalt gis for opphold i inntil tre måneder. Ved utløpet av den innvilgede visumperioden plikter man å forlate riket. Hvis man ønsker å oppholde seg i riket i mer enn tre måneder, trenger man oppholdstillatelse. Oppholdstillatelse gis normalt på grunnlag av enten arbeid eller familietilknytning. Oppholdstillatelsen gir rett til innreise i riket i den perioden den er innvilget for. Hvis oppholdstillatelsen er gitt før innreise, plikter utlendingen å melde seg for

1. Kilde: UDI, Tall og fakta 2003

Tabell 11.1 Visumsaker behandlet i UDI i 2001, 2002 og 2003. De største landene

Land	Innvilget 2001	Innvilget 2002	Innvilget 2003	Avslag 2001	Avslag 2002	Avslag 2003	Total 2001	Total 2002	Total 2003
Iran	1333	1444	1254	576	880	669	1909	2324	1923
Pakistan	166	180	110	905	1089	527	1071	1269	637
Serbia og Montenegro[a]	551	493	354	220	373	341	771	866	695
Vietnam	329	386	41	155	193	123	484	579	164
Kina	333	319	235	53	80	103	386	399	338
Makedonia	55	175	68	210	195	92	265	370	160
Sri Lanka	117	175	205	147	194	184	264	369	389
India	298	113	92	183	239	125	481	352	217
Filippinene	50	81	64	33	219	187	83	300	251
Irak	33	34	22	249	259	77	282	293	99
Russland	92	90	117	135	135	108	227	225	225
Tyrkia	221	26	17	219	146	101	440	172	118
Cuba	81	97	71	49	53	88	130	150	159
Bosnia-Hercegovina	26	48	29	84	92	56	110	140	85
Afghanistan	7	60	44	50	71	31	57	131	75
Libanon	87	58	36	106	72	40	193	130	76
Colombia	41	40	74	33	60	64	74	100	138
Andre	1359	540	349	1195	1040	711	2554	1580	1060
Statsløse	48	60	40	89	100	38	137	160	78
Totalt	5227	4419	3222	4691	5490	3665	9918	9909	6887

a. For 2001 og 2002 var dette Jugoslavia.

politiet innen syv dager etter innreise. En visumpliktig utlending vil få utstedt et visum gyldig for syv dager for så å melde seg for politiet og få utstedt dokumentet som inneholder tillatelsen, jf. utlendingsforskriften § 112 første ledd.

Kravet om visum har både utenrikspolitiske, sikkerhetspolitiske og innvandringspolitiske årsaker. Bruken av visum som innvandringsregulerende virkemiddel er noe som har tiltatt siden 1970-tallet, og de innvandringspolitiske hensyn

Tabell 11.2 Visumsaker behandlet ved utenriksstasjonene i 2002 og 2003

By	Innvilgelser 2002	Innvilgelser 2003	Avslag 2002	Avslag 2003
Murmansk	13376	14462	437	441
Moskva	10770	11984	46	158
St. Petersburg	3864	3819	25	45
Bangkok	3344	3299	335	501
Islamabad	1323	1170	1841	1688
Manila	2397	4447	420	660
Kiev	2678	1885	137	449
London	2554	3159	55	123
Bejing	2052	1934	43	179
New Dehli	1559	1768	369	403
Andre	17396	19728	3350	3494
Totalt	61313	67655	7058	8141

utgjør nå den viktigste begrunnelse for å opprettholde visumregimet, både i Norge og internasjonalt. Fremmedlovutvalget og flere høringsinstanser var i sin tid kritiske til å benytte visuminstituttet som et innvandringsregulerende middel,[2] men dette synspunktet fikk liten støtte i departementet og på Stortinget. Det ble fremhevet at det ville innebære en betydelig risiko for å miste kontrollen over tilstrømningen av innvandrere om man ikke skulle kunne legge vekt på innvandringspolitiske hensyn.[3] Det har vært bred politisk enighet om å benytte visum som et innvandringsregulerende virkemiddel.[4]

Den praksis som har vært drevet på dette området siden slutten av 1970-årene, har i korthet vært som følger:

En har tatt utgangspunkt i generelle og individuelle "risiko-faktorer", og de viktigste vil være:

- Søkeren tilhører en nasjonalitet, eller en gruppe innenfor en nasjonalitet, hvor en erfaringsmessig vet at flere ikke vil forlate landet igjen når de først er kommet inn
- Søkeren kommer fra slike kår at det er mer sannsynlig at en reise til Norge er en investering for fremtiden enn en turistreise
- Søkeren mangler arbeid eller faste bånd for øvrig i hjemlandet
- Søkeren befinner seg i et tredje land hvor han ikke lenger har adgang til opphold, eller hvor utsiktene er usikre

Innvandringpolitiske hensyn spiller også en sentral rolle i Schengenlandenes visumpolitikk.

Som nevnt i kapittel 4.4.1.2, forutsetter Schengenkonvensjonen artikkel 9 en harmonisering av de enkelte lands visumpraksis og forplikter deltakerlandene til å føre en felles visumpolitikk. Dette begrenser norske myndigheters handlefrihet i fastsettelsen av nasjonale regler. Sentrale momenter for vurderingen er nedfelt i punkt 4b i Rådets note 6183/03.[5] Noten krever at visse momenter tas i betraktning ved vurderingen av om visum kan utstedes. Blant annet skal det legges særlig vekt på om søkeren viser til anbefalinger eller invitasjoner fra firmaer eller organisasjoner o.l. som ikke er kjent for myndighetene eller hvis troverdighet er lav. Det skal også legges særlig vekt på om det er søkt om visum for en lengre periode enn det som synes nødvendig for det oppgitte formålet med søknaden, om søkeren er kjent eller mistenkt for å være innblandet i kriminelle handlinger, og/eller om vedkommende etter omstendighetene kan forventes å begå slike handlinger eller å prostituere seg etter å ha ankommet Schengenterritoriet. Det presiseres i noten at det skal legges vekt på søkerens forbindelser til sitt hjemland/oppholdsland, for eksempel gjennom familie, eiendom og arbeid.

Utlendingsloven § 17 første ledd slår fast at bare utlending som er i riket eller på norsk grense har rett til asyl. Visuminstituttet legger derfor praktiske hindringer i veien for utlendinger som ønsker å søke asyl i Norge. Dette gjelder særlig når man ser visumplikten i sammenheng med andre kontrollordninger, som for eksempel transportøransvaret og transportselskapenes kontroll av reisedokumenter.

Hovedregelen er at visum gis av UDI og utenriksstasjoner. Loven åpner for at myndighetene kan bestemme at også utenrikstjenesten i andre land som deltar i Schengensamarbeidet kan avgjøre søknader om visum. Det er ikke en betingelse for innreise til Norge at visumet er gitt av norsk utenriksstasjon. Et Schengenvisum utstedt av en konvensjonspart er i utgangspunktet gyldig for innreise også i Norge.

Visumreglene og -praksis i Schengensamarbeidet er regulert i Schengenkonvensjonen kapittel 3 og i retningslinjer gitt til konsulatene gjennom konsulærinstruksen.[6] Visumpraksis er også et resultat av konsultasjoner mellom de lokale utenriksstasjonene, idet Schengenlandenes utenriksstasjoner samarbeider for å komme frem til en ensartet praksis.

Gjennom konsulærinstruksen er det fastlagt retningslinjer for visumutstedelse som utfyller de alminnelige vilkårene fastlagt i Schengenkonvensjonen. Instruksen er detaljert og inneholder generelle retningslinjer så vel som informasjon om tekniske detaljer. Konsulærinstruksen utgjør medlemslandenes viktigste felles referanseramme for utenriksstasjonene, og har derfor fått stor praktisk betydning selv om dokumentet formelt er å anse som en veiledning.

2. Se NOU 1983:47 s. 127 og Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 115-116
3. Se Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 115 flg. og Innst. O. nr. 42 (1987-88) s. 16
4. Daværende stortingsrepresentant Kjellbjørg Lunde (SV) la i juni 1988 frem forslag om en ny formulering av kravene til visum: "Visumkravet må ikke begrunnes ut fra innvandringspolitiske hensyn eller for å begrense asylsøkeres muligheter til å søke asyl i Norge." Forslaget fikk bare støtte fra syv representanter.
5. Rådets note 6183/03 SCH-EVAL 7, VISA 27, COMIX 83 av 07.02.2003: Katalog over henstillinger vedrørende den korrekte anvendelse av Schengen-reglene og beste praksis: Visumutstedelse.
6. Common Consular Instructions on Visas for the Diplomatic Missions and Consular Posts, ref. 10479/02

Utlendingsforskriften gir fritak fra kravet om visum for bestemte personkategorier, der de viktigste er:

- Nordiske borgere og borgere fra land der Norge har inngått avtale om visumfrihet
- Borgere av andre Schengenland, EU/EØS-land og personer med oppholdstillatelse i et annet land i Schengensamarbeidet
- Personer som innehar reisebevis for flyktning utstedt av stat som har tiltrådt Den europeiske overenskomst 20. april 1959 om opphevelse av visumtvangen for flyktninger[7]
- Sjøfolk som av- og påmønstrer, jf. utlendingsforskriften § 105 h

De generelle vilkårene for å få visum er nærmere regulert i Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 1 og i utlendingsforskriften § 106. De grunnleggende vilkår er at søkeren har:

- Gyldig pass eller annet legitimasjonspapir som er godkjent som reisedokument, jf. utlendingsloven § 24,
- returadgang til det land søkeren oppholder seg i eller til et annet land, jf. utlendingsforskriften § 106 første ledd nr. 2, og
- midler til å dekke frem- og tilbakereise og opphold, jf. utlendingsforskriften § 106 nr. 3

Det er videre et vilkår for innvilgelse av visum at det ikke foreligger bortvisnings- eller utvisningsgrunn, jf. utlendingsforskriften § 106 sjette ledd første punktum. Det må heller ikke foreligge utenrikspolitiske, sikkerhetsmessige eller innvandringspolitiske hensyn som taler mot at visum gis, eller grunn til å tvile på det oppgitte formålet med reisen eller riktigheten av de øvrige opplysninger som er gitt, jf. utlendingsforskriften § 106 sjette ledd annet punktum.

Visumpliktige utlendinger må ved innreisen også tilfredsstille de alminnelige innreisevilkårene som gjelder for alle utlendinger, uavhengig av om de er visumpliktige. De alminnelige innreisevilkårene blir prøvet i forbindelse med innreisen, noe som kan medføre at visumpliktig utlending som har fått utstedt visum nektes innreise. Det vil normalt bli sjekket om det er grunnlag for å bortvise utlendingen, hvilket blant annet betyr at vedkommende også ved innreisen må kunne sannsynliggjøre å være sikret tilstrekkelige midler til opphold og hjemreise. Vedkommende må også kunne sannsynliggjøre formålet med oppholdet, og må ikke være registrert i Schengen informasjonssystem (SIS) med sikte på å hindre innreise, jf. utlendingsloven § 27 første ledd.

Vurderingen av om visum skal innvilges er sammensatt, og vil variere fra sak til sak. Gjennom praksis er det imidlertid enkelte faktorer som er fremhevet, blant annet generelle og individuelle returforutsetninger og velferdsmessige hensyn. Bedømmelsen av returforutsetningen baserer seg på forskjellige forhold, som blant annet en generelt vanskelig situasjon i hjemlandet med dårlige levekår og politisk eller sosial uro, eller den alminnelige erfaringen med migrasjonsstrømmer fra dette landet eller området. At mange personer fra området har kommet til Norge eller andre Schengenland for å søke om asyl, vil etter dagens praksis være et vesentlig argument for å være forsiktig med å innvilge en visumsøknad. For enkelte land vil visumpraksisen også ta hensyn til at tvangsmessig retur av forskjellige årsaker er vanskelig eller utelukket.

Det har vært reist kritikk mot begrunnelsene i visumsaker fordi de i mange tilfeller baserer seg på generelle erfaringer med søkere fra området søkeren kommer fra. Dette kan innebære en fare for vedtak som ikke i tilstrekklig grad vurderer individuelle opplysninger i saken.

I Sivilombudsmannens årsrapport fra 2001 omtales UDIs avslag i en visumsak som gjaldt en pakistansk borger. Søkeren skulle besøke en nevø i Norge. Ombudsmannen kritiserte UDI fordi søknaden ble avslått på grunnlag av generelle erfaringer med pakistanske søkere. Han uttalte blant annet at:

> "Direktoratet har ikke overbevist meg om at søkeren har fått en slik individuell og konkret behandling som han har krav på. [ ] Jeg må på denne bakgrunn nok en gang anbefale at direktoratet ser på saken på nytt i lys av mine synspunkter. Det bør fremgå hvordan søknaden er vurdert i forhold til søkerens alder, sivilstand og (annen) tilknytning til hjemlandet." [8]

Ombudsmannens kritikk rettet seg altså mot at det ikke fremgikk av begrunnelsen at også søkerens individuelle forhold var vurdert. Det må fremgå at søkeren har fått en individuell behandling ved at hans individuelle forhold, som for eksempel tilknytning til hjemlandet, er vurdert.

Ombudsmannen har tidligere kommet med liknende kritikk i andre visumsaker. Felles for disse sakene var at ombudsmannen reiste innvendinger mot at begrunnelsen for avslaget bare viste til de generelle returforutsetningene, uten at begrunnel-

7. Hvilke stater dette er, fremgår av vedlegg 4 til utlendingsforskriften.

8. Sivilombudsmannens årsrapport, dokument nr. 4, 2001-2002 s. 182-83

sen var tilstrekkelig forankret i de individuelle forholdene i den enkelte sak.

I en sak fra 1992 ble det i vedtaket lagt vekt på de generelle erfaringene UDI hadde med søkere fra samme område og med den samme bakgrunn som klagerne. Dessuten ble det lagt vekt på de generelle politiske og sosiale forholdene i Punjab, som søkerne kom fra. Ombudsmannen uttalte blant annet at

> "[ ] det ikke kan kritiseres at det her legges vekt på slike generelle momenter, forutsatt at de er tilstrekkelig forankret i de faktiske forhold i saken." [9]

Et avslag som alene begrunnes med søkerens nasjonalitet eller en etnisk gruppetilhørighet, kan anses som diskriminering. Senter mot etnisk diskriminering (SMED) har i sin årsrapport for 2002 tatt opp spørsmålet om hvorvidt avslag på visumsøknad begrunnet i generelle erfaringer med enkelte nasjonaliteter kan sies å være diskriminering.[10] SMED gir uttrykk for at et vedtak som vektlegger søkerens nasjonalitet uten at de individuelle forholdene i saken synes å være tilstrekkelig vurdert, utgjør diskriminering på grunn av nasjonalitet og vil være i strid både med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og forbudet mot diskriminering i FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP) artikkel 26, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

11.2.3 Krav om midler til opphold og retur

Ett av vilkårene for å få visum er som nevnt at man har sannsynliggjort å ha tilstrekkelige midler til å dekke reise og opphold. Hvis søkeren har en herboende referanseperson - som regel den som skal besøkes - kan referansepersonen garantere for søkeren. Det er en forutsetning at garantisten er bosatt i Norge. Det foreligger ikke statistikk for antallet garantiutstedelser, men UDI har oppgitt at slike garantier er relativt vanlige.

Ordningen forplikter garantisten til å dekke kostnader ved reise og opphold. I tilfeller der det er nødvendig med tvangsmessig retur, vil garantisten kunne bli holdt ansvarlig for å betale kostnadene ved politieskorte.

Hvor langt garantiansvaret rekker ut over alminnelige oppholds- og returkostnader, kan være usikkert. Spørsmålet kan for eksempel være om garantisten blir økonomisk ansvarlig for utgifter til et eventuelt opphold ved sykehus e.l. Dette kan blant annet avhenge av hvor påregnelig sykehusoppholdet var, og må bero på privatrettslige vurderinger. Det er ikke tvil om at garantiansvaret i enkelte tilfeller kan medføre betydelige utlegg for garantisten. Gjelder garantien for utgifter i forbindelse med uttransport av utlendingen, er garantien tvangsgrunnlag for utlegg, jf. utlendingsloven § 46 annet ledd.

Rådsbeslutning 2004/17/EF ble vedtatt den 22.12.2003, og innebærer at det innføres et vilkår for Schengenvisum at søkeren som hovedregel må ha en forsikring som dekker eventuelle utgifter i forbindelse med hjemsendelse av medisinske årsaker, nødvendig legebehandling og/eller akutt sykehusbehandling. Det kan gjøres unntak fra kravet om forsikring der midlene anses sikret, tatt i betraktning søkerens ervervssituasjon, eller der det innenfor rammen av det lokale konsulære samarbeidet konstateres at det for visse tredjelandsborgere er umulig å tegne slik forsikring. Det kan også dispenseres fra kravet om forsikring i individuelle tilfeller for innehavere av diplomat-, tjeneste- og offisielle pass når det skjer av hensyn til nasjonale, utenrikspolitiske, utviklingspolitiske eller andre vesentlige offentlige interesser. Hvis det unntas fra kravet om forsikring, skal det anmerkes i visumetiketten. Rådsbeslutningen er en videreutvikling av Schengensamarbeidet, og departementet har derfor lagt til grunn at Norge er forpliktet til å gjennomføre den i norsk rett. På denne bakgrunn ble utlendingsforskriften § 106 endret med virkning fra 01.06.2004, slik at det som hovedregel er et vilkår for visum at søkeren fremlegger dokumentasjon på reise-/sykeforsikring som dekker eventuelle utgifter i forbindelse med hjemsendelse av medisinske årsaker, nødvendig legebehandling og akutt sykehusbehandling. I Utlendingsdirektoratets rundskriv om reise-/sykeforsikring for visumsøkere, er det blant annet gitt retningslinjer om når det kan gjøres unntak.[11]

11.2.4 Nasjonalt visum

Nasjonalt visum gjelder bare for opphold i Norge, men gir mulighet for transitt i andre land i Schengensamarbeidet. Det finnes flere typer nasjonale visum.

Schengenkonvensjonen åpner for å gi nasjonalt visum hvor de alminnelige betingelsene for innreise i Schengenkonvensjonen ikke er oppfylt, når dette er nødvendig "av humanitære årsaker eller av

9. Bente Puntervold Bø: Immigration Control, Law and Morality: Visa Policies towards Visitors and Asylum Seekers s. 199-200
10. Senter mot etnisk diskriminering "Underveis mot et bedre vern 2002" s. 42-43
11. UDI 2004-030 OPA punkt IV

nasjonale hensyn eller på grunn av internasjonale forpliktelser ", jf. artikkel 5 nr. 2.

Utstedelsen av denne typen nasjonale visa må brukes med forsiktighet. De gir ikke adgang til innreise i de andre Schengenlandene, men begrenser oppholdet til Norge i visumperioden. Som en følge av at det ikke er noen grensekontroll på de indre grensene i Schengenområdet, vil det imidlertid være forholdsvis enkelt å reise ut av Norge og til andre Schengenland uten å bli stoppet i kontroll. Utstedelse av denne typen nasjonalt visum skal meddeles de andre Schengenlandene.

Schengenkonvensjonen fastslår videre at visum for opphold ut over tre måneder er et nasjonalt anliggende, jf. artikkel 18. Forutsatt at de alminnelige innreisevilkårene i Schengenområdet er oppfylt, kan et slikt visum for lengre opphold gjøres gyldig i hele Schengenområdet de første tre månedene. Deretter er visumet kun gyldig i utstederlandet.

Det såkalte "arbeidssøkervisumet" er en ordning som ikke er utbredt innen Schengensamarbeidet, men som praktiseres i Norge i medhold av artikkel 18. Arbeidssøkervisumet er et nasjonalt visum som ikke er gyldig for andre Schengenland. En del Schengenland har andre typer særordninger knyttet til arbeidsinnvandring, blant annet gjennom bilaterale avtaler.

Et arbeidssøkervisum er, som navnet tilsier, ikke en arbeidstillatelse og gir i seg selv ikke rett til å ta arbeid. Begrunnelsen for ordningen er at det vil bli enklere for arbeidssøkeren å skaffe arbeid og arbeidstillatelse i Norge med et slikt visum, og at det vil gå kortere tid fra man mottar arbeidstilbud til man kan komme i arbeid. Forutsetningen for å få utstedt arbeidssøkervisum er at man enten er fagutdannet eller har spesielle kvalifikasjoner, jf. utlendingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a. Med "fagutdannet" forstås en person som har fagutdannelse på videregående skoles opplæringsnivå. For disse kan visum som hovedregel gis uten at det foreligger arbeidstilbud. For dem som bare har "spesielle kvalifikasjoner", er situasjonen litt annerledes. De har ikke de formelle kvalifikasjonene til fagutdannelse, men har opparbeidet kompetansen gjennom praksis og opplæring. For disse kreves det at det foreligger en arbeidskontrakt før visum innvilges.[12]

11.2.5 Nødvisum

Visumpliktig utlending skal ha visum før innreise. Hvis en person melder seg for passkontrollen på norsk yttergrense uten visum, er hovedregelen at vedkommende skal nektes innreise. Noen ganger vil det imidlertid være uforutsette grunner til at utlendingen ikke har fått visum før innreise. Behovet for reisen kan for eksempel ha oppstått så plutselig at det ikke har vært tid til å ordne med visum på ordinær måte.

Hvis de alminnelige vilkår for å gi visum er oppfylt, kan det utstedes nødvisum i medhold av utlendingsforskriften § 113 første ledd. Uforutsette og tvingende grunner må imidlertid tale for det.

I utgangspunktet er nødvisum bare et unntak fra de alminnelige visumsprosedyrer, og gir derfor rett til innreise og opphold i hele Schengenområdet. Hvis vilkårene for alminnelig visum ikke er oppfylt, men man likevel ønsker å innvilge innreise, kan nødvisum imidlertid utstedes i medhold av utlendingsforskriften § 113 annet ledd. Særlige rimelighetsgrunner må tale for det. Dette nødvisumet er et nasjonalt visum som ikke gir rett til innreise og opphold i de øvrige Schengenlandene.

Ordningen med nødvisum bør for øvrig ses i sammenheng med at det etter utlendingsloven § 24 tredje ledd også er adgang til å gjøre unntak fra de alminnelige krav til reisedokumenter.

11.2.6 Utvalgets vurderinger

Utviklingen siden vedtakelsen av den nåværende utlendingsloven har tydeliggjort visuminstituttets funksjon som et innvandringsregulerende virkemiddel. Det har vært viktig for å styre innvandringen nasjonalt, men i dag er det også av avgjørende betydning også for å regulere tilstrømningen til Schengenområdet. Norge er som nevnt forpliktet gjennom Schengenkonvensjonen til å samordne sin visumpraksis med de andre Schengenlandene, jf. artikkel 9 nr. 1.[13]

Som en følge av at innreise til Norge vil gi adgang til hele Schengenområdet, vil for øvrig en mer liberal praksis i Norge enn i andre Schengenland kanalisere trafikk hit. Norge er også forpliktet av Dublinregelverket, som har en nær forbindelse til Schengensamarbeidet. Dublinregelverket fastsetter kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som legges frem i en av statene som er med i samarbeidet. Dublin II-forordningen artikkel 9 slår fast at den medlemsstat som har gitt tillatelse

12. Jf. rundskriv UDI 2002-01 OPA punkt III. B

13. Artikkel 9 nr. 1 lyder: "The Contracting Parties undertake to adopt a common policy on the movement of persons and in particular on the arrangements for visas. They shall give each other assistance to that end. The Contracting Parties undertake to pursue by common agreement the harmonization of their policies on visas."

til at asylsøkeren har fått adgang til Dublinområdet, for eksempel ved å utstede visum, kan bli ansvarlig for å behandle asylsøknaden. Hvis Norge under slike forutsetninger ikke skulle ta tilsvarende innvandringsregulerende hensyn som de øvrige Schengenland, ville mange asylsøkere som normalt ville ha valgt et annet land i stedet reise til Norge og søke asyl her. Dublin II-forordningen medfører at Norge har ansvar både for å behandle søknadene og ta tilbake søkere som har reist videre til andre land og søkt asyl der.

Som en følge av at visum er et innvandringsregulerende virkemiddel, er det etter utvalgets oppfatning naturlig at det tas innvandringsregulerende hensyn[14] ved vurderingen av om visum skal gis. Generelle erfaringer man har med enkelte befolkningsgrupper og områder utgjør et naturlig utgangspunkt for denne vurderingen. De generelle erfaringene må imidlertid kunne konkretiseres, og de kan ikke anvendes som begrunnelse for avslag uten at også individuelle forhold er vurdert. Kravet til begrunnelse følger av forvaltningsloven § 25. Utvalget ser det som unødvendig å fastsette særskilte regler for begrunnelse av vedtak i visumsaker i den nye utlendingsloven.

Etter utvalgets oppfatning bør lovens regler om visum i større grad utformes i tråd med systematikken i Schengenkonvensjonen, og det bør foretas en opprydding i regelverket om visum. I lovutkastet foreslås derfor tre hjemler for å innvilge visum:

- Én for "standardvisum" for korttidsopphold (besøksvisum, transittvisum og lufthavntransittvisum), jf. Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 1
- Én for "nasjonalt visum" for korttidsopphold av humanitære grunner mv., jf. Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 2
- Én for nasjonalt visum for langtidsopphold, jf. Schengenkonvensjonen artikkel 18

Det vises til lovutkastet §§ 9-11.

Utvalget mener at ordningen med garanti for utlendingers oppholds- og returutgifter ikke fungerer etter sin hensikt. Ordningen synes å innebære praktiske problemer for så vel myndighetene som for private. Ordningen misbrukes ved bruk av helt eller delvis forfalskede garantier. Dessuten viser det seg at en del garantier er utstedt på sviktende grunnlag. I en viss grad synes det å være et problem at referansepersoner i riket kan føle seg presset til å garantere for enkeltes innreise. Så vel potensielle forretningsforbindelser som familie kan bli rammet av et slikt press. Videre har det vist seg at enkelte påtar seg et garantiansvar som står i misforhold til vedkommendes økonomiske situasjon, slik at garantisten kan bli hardt rammet i tilfelle av en inndrivelse. I praksis inndrives imidlertid kravene sjelden. Noen ganger, kanskje særlig i forhold til sykehusutgifter, er dette fordi ansvaret ikke er tilstrekkelig rettslig avklart.

I likhet med departementet mener utvalget at innføringen av et vilkår om forsikring for visum følger av Norges forpliktelser i Schengensamarbeidet, og foreslår derfor at vilkåret om forsikring i § 106 annet ledd i gjeldende forskrift bør videreføres. Utvalget mener at det ikke er hensiktsmessig å innta et slikt vilkår i lovteksten og at det bør fortsatt fremgå av forskriften.

Utvalget antar at vilkåret om forsikring både vil bidra til mindre press overfor herboende referansepersoner om å utstede garanti, og til mindre misbruk av garantiinstituttet. Samtidig er forsikringsordningen neppe til hinder for at det kan være aktuelt å operere med en garantiordning i forhold til søkere som ikke kan få forsikring. I så fall bør også en slik garantiordning reguleres i forskrift.

I kapittel 8.5.4.5 tar utvalget til orde for en bestemmelse om at opphold for familieetablering skal kunne nektes dersom det, ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge en tillatelse. Som beskrevet i kapittel 8, har forslaget sin bakgrunn i erfaringer med at kvinner som inngår ekteskap med en mannlig referanseperson i Norge som de ikke fra før har hatt noen nær kontakt med, i en del tilfeller blir ofre for alvorlig mishandling eller annen alvorlig krenkelse.

Det samme forekommer i en del tilfeller hvor partene ikke har inngått ekteskap, men hvor kvinnen har fått utstedt besøksvisum. Situasjonen er da typisk at partene enten planlegger å inngå ekteskap, eller at de foreløpig bare har avtalt å utvikle et nærmere forhold. Erfaring viser at enkelte menn driver en "bruk og kast-utnyttelse" av kvinner, ved at de stadig inviterer nye kvinner på tre måneders besøksopphold uten å ha reelle planer om å etablere et mer varig forhold. I de situasjoner myndighetene blir kjent med at referansepersonen utsetter kvinner på besøksopphold for mishandling eller annen alvorlig krenkelse, kan det på samme vis som når det gjelder oppholdstillatelse for familieetablering fremstå som støtende i forhold til den alminnelige rettsfølelse dersom myndighetene skal være nødt til å utstede stadig nye besøksvisum.

Det vises for øvrig til den drøftelsen som er foretatt i tilknytning til familieetableringstilfellene i

14. Det vises for øvrig til kapittel 9.6.2.4 hvor begrepet "innvandringsregulerende hensyn" er drøftet.

kapittel 8.5.4.5. De samme hensyn og avveininger gjelder i forhold til om visum bør nektes.

I motsetning til familieetableringstilfellene, hvor partene har inngått ekteskap, vil det være et langt mindre betenkelig inngrep å nekte besøksvisum i situasjoner hvor partene har hatt liten eller ingen forutgående kontakt. At visum til Norge nektes vil normalt ikke være til hinder for at partene kan treffes, jf. at referansepersonen normalt vil kunne besøke søkeren i dennes hjemland. Dersom dette gjøres og det etter hvert kan dokumenteres et mer seriøst forhold mellom partene, vil det kunne være grunnlag for en endret vurdering av visumspørsmålet også i forhold til besøk i Norge.

I forhold til familieetableringstilfellene har utvalget foreslått en hjemmel for kontroll av vandelsopplysninger om referansepersonen. Utvalget anser ikke at det på samme måte er grunn til å åpne for en rutinemessig vandelskontroll i saker som kun gjelder besøksvisum. Det ville være alt for omfattende og ressurskrevende dersom man skulle gjennomføre slik kontroll, og en slik praksis ville heller ikke kunne forsvares i forhold til de integritetshensyn som gjør seg gjeldende.

I saker hvor utlendingsmyndighetene derimot har grunn til å tro at det foreligger forhold som innebærer en risiko for mishandling eller annen alvorlig krenkelse som kan tilsi at visum bør nektes, bør det være adgang til å innhente en uttalelse fra politiet på samme måte som i saker om familieetablering, jf. kapittel 8.5.4.6. Dette kan for eksempel være aktuelt i tilfeller hvor myndighetene kan lese ut av sine registre at referansepersonen tidligere har vært referanse for en rekke kvinner i visum- eller ekteskapssammenheng, og at en eller flere har fått selvstendig opphold på grunn av mishandling.

Utvalget vil derfor foreslå en bestemmelse om at det kan innhentes en uttalelse fra politiet tilsvarende slik uttalelse som kan innhentes i familieetableringstilfellene, dersom det foreligger "særlig grunn" til det. Hva som utgjør en "særlig grunn" vil måtte overlates til utlendingsmyndighetenes skjønn, men det forutsettes at adgangen til å innhente en uttalelse om vandelsmessige forhold anvendes i svært begrenset utstrekning i visumsammenheng.

Det vises til lovutkastet § 96,

11.3 Inn- og utreisekontroll

11.3.1 Generelt om innreisekontroll

Enhver som vil passere ytre Schengengrense skal innreisekontrolleres. Innreisekontrollen omfatter ikke bare den rene utlendingskontroll, men også annen kontroll, som for eksempel om vedkommende er etterlyst.

I Schengensamarbeidet er det utarbeidet en felleshåndbok for grensekontroll. På samme måte som konsulærinstruksen for visum er denne en veiledning for grensekontrollørene i deres utøvelse av innreisekontrollen. I praksis har den stor betydning for utøvelsen av kontrollen.

Det primære ved innreisekontrollen er identitets- og dokumentkontroll. Schengenkonvensjonen artikkel 6 nr. 2 krever imidlertid også at personkontrollen ved innreise skal omfatte kjøretøy og gjenstander som medbringes. Slik innreisekontroll er også fast praksis ved norsk yttergrense. En kontroll hvor man ikke rutinemessig sjekker om det skjuler seg personer som søker å unndra seg dokumentkontroll, vil lett bli illusorisk.

I motsetning til de andre nordiske land finnes det ingen eksplisitt hjemmel til slik kontroll i norsk rett. Kontrollen med inn- og utreise ved yttergrense er en forvaltningskontroll, hvor hjemmelskravet ikke er så strengt som i straffeprosessuell og polisiær sammenheng. Som et ledd i den forvaltningsmessige saksbehandling for å bringe på det rene om vilkårene for innreise medbringende kjøretøyet er oppfylt, må det antas at slik kontroll ikke krever særskilt lovhjemmel.

Som et ledd i å organisere og utvikle samarbeidet når det gjelder den felles grensekontrollen, har det blitt foreslått å opprette et byrå innen Schengensamarbeidet (Border Management Agency). Byrået er foreslått å være operativt fra 1. mai 2005.

Ansvaret for grensekontrollen vil fremdeles ligge hos de enkelte medlemsland, men grensekontrollbyrået vil sikre at grensekontrollen blir mest mulig harmonisert. Byråets oppgaver vil blant annet være å

- koordinere samarbeidet om grensekontrollen mellom medlemslandene herunder utsendelse av tredjelandsborgere med ulovlig opphold
- bistå medlemslandene i opplæringen av grensekontrollpersonell
- utarbeide risikoanalyser
- følge opp og utvikle relevante grensekontrollprosjekt
- bistå medlemsland i saker som krever økt teknisk og operativ bistand

11.3.2 Generelt om utreisekontroll

Som ved innpassering av ytre Schengengrense plikter enhver som reiser ut av Schengenområdet å melde seg for passkontrollen eller nærmeste politimyndighet for kontroll. Også utreisen må foregå ved godkjent grenseovergangssted. For å kunne

ivareta kontrollen med at de som oppholder seg i Schengenområdet har nødvendig tillatelse, er det viktig å føre kontroll med at de overholder forpliktelsen om å forlate området når tillatelsen utløper. Den fri ferdselen innen Schengenområdet medfører at utreisen kan skje fra annet land enn innreisen, og det er derfor viktig med en harmonisert utreisekontroll i hele området. Politiet er kontrollmyndighet også ved utreisekontrollen. Utreisekontrollen er heller ikke bare begrenset til utlendingskontroll, men omfatter også annen polisiær kontroll, for eksempel kontroll av om de passerende er etterlyst.

I utgangspunktet vil utreisekontrollen tilsvare innreisekontroll. Kontrollmulighetene og de rettslige rammer er de samme, men i praksis vil det være en viss forskjell. Utreisekontroll har lavere prioritet enn innreisekontroll. Schengenkonvensjonen forutsetter at innreisekontroll skal prioriteres fremfor utreisekontroll. Når det gjelder sanksjonssiden vil bortvisning sjelden være aktuelt i forbindelse med utreisekontroll.

11.3.3 Særlig om yttergrensekontroll ved landegrense

Det eneste sted Norge har landegrense mot et ikke-Schengenland er i Sør-Varanger. Den norsk-russiske grense er 196 km lang. Grensekontrollen skjer ved Storskog grensepasseringssted, som er det eneste stedet hvor det er alminnelig anledning til å krysse landegrensen mellom Norge og Russland. Antall passeringer har i de senere år ligget stabilt på om lag 125.000 personer og 35.000 kjøretøy pr. år.

På grensepasseringsstedet foretas dokument- og personkontroll av politiet. Kontrollen på grensepasseringsstedet må ses i sammenheng med det ansvar og den myndighet som er tillagt Forsvaret og Norges grensekommissær. Norges oppsyn med den norsk-russiske grense skjer i et tett samarbeid mellom grensekommissæren, Forsvaret og politiet. De særegne forhold på den norsk-russiske grensen er særskilt regulert i riksgrenseloven 14.07.1950 nr. 2 med forskrifter. Ved lov 15.06.2001 nr. 52 ble det også vedtatt et nytt fjerde ledd i politiloven 04.08.1995 nr. 53 § 20.[15] Bestemmelsen fastsetter at Kongen kan bestemme at militært personell fra Forsvaret kan tildeles begrenset politimyndighet ved utøvelse av grenseoppsyn på landegrensen mellom Norge og Russland.[16]

[15] Bestemmelsen er ikke trådt i kraft idet utvalget sluttfører sin innstilling.

11.3.4 Lufthavnkontroll

11.3.4.1 Personkontroll

Ved lufthavn med trafikk til og fra områder utenfor Schengensamarbeidet foretas det personkontroll av de reisende. Flyankomster utenfra Schengenområdet skal skje til flyplasser som er godkjente grensepasseringssted. Hvis det er aktuelt å lande på annet sted enn godkjent grenseovergangssted, må det innhentes tillatelse fra Luftfartstilsynet samt samtykke fra vedkommende politimester minst 48 timer før avgang, jf. utlendingsforskriften § 84.

11.3.4.2 Administrativ kontroll (passasjerlister)

Ved lufthavnene kan det kreves at flyselskapet gir melding om besetning og passasjerer ved å innlevere lister over disse, jf. utlendingsloven § 45 første ledd bokstav b, jf. utlendingsforskriften § 152 første ledd. Listen skal inneholde samme opplysninger som flyselskapets passasjerliste, så som navn, nasjonalitet og reisedokument. Ved at det på denne måten kan foretas en "profilering" av de reisende allerede før de ankommer grensekontrollen, vil kontrollen kunne bli mer effektiv når vedkommende melder seg for passkontrollen. Dessuten vil det muliggjøre avsløring av personer som presenterer seg med falsk identitet eller falskt reisedokument ved passkontrollen. Det vil også være til hjelp ved klargjøringen av asylsøkeres navn og nasjonalitet i tilfeller hvor de melder seg uten identitetsdokumenter.

Etter gjeldende utlendingslov er det ikke noe krav om at flyselskapene gir passasjerlister i elektronisk form.

11.3.4.3 Lufthavntransitt (herunder visum, visumfri til Schengen og lufthavntransittvisum)

Ved mellomlanding på internasjonale flygninger og flybytte vil man ofte ikke innpassere gjennom politiets grensekontroll, men oppholde seg i transittområdet på flyplassen for en kort periode. Det kreves i utgangspunktet ikke særskilt tillatelse for opphold på slike områder siden man ikke har passert ytre Schengengrense. I noen tilfeller krever Schengenregelverket imidlertid tillatelse til opphold også i slike områder. Begrunnelsen er at man

[16] Det er lagt til grunn i forarbeidene at grensevakten allerede i dag har begrenset politimyndighet med hjemmel i riksgrenseloven med tilhørende forskrift, men etter Justisdepartementets oppfatning har denne hjemmelen en uklar rekkevidde. Se Ot.prp. nr. 31 (2000-2001) om lov om endring i politiloven (begrenset politimyndighet til militære grensevakter på den norsk-russiske grense).

har erfaring for at enkelte vil "hoppe av" og søke asyl i stedet for å fortsette reisen til bestemmelsesstedet. For å motvirke dette har man innført regler om lufthavntransittvisum. Reglene om lufthavntransittvisum er forskriftsregulert med hjemmel i utlendingsloven § 25 tredje ledd. Reglene gjelder ikke for dem som er visumfri til Norge eller har fått innvilget visum for innreise, eller har visse former for oppholdstillatelse, i bestemte land.[17]

11.3.5 Sjøgrensekontroll

11.3.5.1 Administrativ kontroll (COSS)

For å føre kontroll med ankomst og innreise av passasjerer og besetning om bord på skip, har utlendingslovgivningen regler om innlevering av passasjer- og mannskapslister. Skipsfører eller skipsagent skal oversende liste over besetningsmedlemmer og, om mulig, en passasjerliste til politiet senest ved anløp til havn. For fartøy i fast rutetrafikk er det ikke påkrevd at det fremlegges passasjerliste. Hvilke fartøy denne plikten gjelder, er nærmere regulert i utlendingsforskriften § 152 annet til fjerde ledd. Listene blir sjekket opp mot SIS, og danner grunnlag for en vurdering av i hvilken grad det skal foretas fysisk kontroll. Etter at kontroll av listene er gjennomført, skal den ene kopien returneres til kapteinen for at han skal kunne forevise denne ved senere behov. Ved endringer i listene skal politiet varsles uten opphold, og fartøyets fører skal også informere politiet om dets avgang. Fartøy som ikke er underlagt meldeplikt etter utlendingsloven § 45 første ledd bokstav c, som gir hjemmel for å pålegge fartøyene å gi fortegnelse over reisende og mannskap, vil følge de alminnelige reglene om innreisekontroll i utlendingsloven § 23 flg. Det innebærer at fartøyet må melde seg for nærmeste politimyndighet ved ankomst for kontroll.

Ansvaret for oppsyn med skipsanløp er tillagt Forsvaret. Forsvaret har utviklet et eget datasystem, COSS (*Coastal Operations and Surveillance System*), for best mulig å kunne administrere meldinger om anløp og annen relevant informasjon. Her registreres all informasjon som fremmede ikke-militære fartøy er pålagt å sende norske myndigheter i henhold til anløpsforskriften.[18] I tillegg vil all tilgjengelig annenhånds informasjon vedrørende fartøyene bli lagret i systemet. Denne informasjonen sjekkes mot informasjonen som er mottatt fra fartøyene for å avdekke eventuelle avvik. Dette vil være til hjelp ved vurderingen av om det skal foretas ytterligere kontroll. Forsvarets sjøoppsyn skjer i nært samarbeid med politiet (som primært har ansvaret for utlendingskontrollen), herunder fysisk kontroll ved skipsanløp. Alle politidistrikt med sjøgrense har direkte søketilgang i COSS.

11.3.5.2 Fysisk kontroll ved skipsanløp

I tillegg til den administrative kontrollen skal det i en viss grad foretas fysisk kontroll av fartøy som ankommer norsk territorium. Dette skjer ofte på bakgrunn av opplysninger man har mottatt i forbindelse med den administrative kontrollen. Den fysiske kontrollen i grensekontrolløyemed skal i utgangspunktet foretas av politiet, som er den vanlige kontrollmyndighet. Politiet er imidlertid ikke fast til stede ved en rekke av de havner som er godkjente grensepasseringssteder. I tillegg er politiets muligheter til å operere i sjø meget begrenset og i stor grad avhengig av bistand fra Forsvaret. I praksis vil Kystvakten fremstå som den primære kontroll- og reaksjonskapasitet til sjøs. Med hjemmel i kystvaktloven 13.06.1997 nr. 42 er Kystvakten gitt begrenset politimyndighet med mulighet til blant annet utlendingskontroll.[19] Dette gir Kystvakten, med visse forbehold, den samme myndighet som politiet i forhold til undersøkelser, pålegg og iverksetting av kontroll- og tvangstiltak.

Passasjerer på turistskip som kommer fra havn utenfor Schengenterritoriet, skal kontrolleres ved første anløp til norsk havn. Denne kontrollen kan begrenses til kontroll av passasjerlisten og av passasjerenes reisedokumenter uten personlig fremmøte. Selv om de ikke har visum, kan visumpliktige passasjerer foreta besøk på land i det tidsrom skipet ligger til kai (innenfor et område politimesteren bestemmer). Disse må imidlertid gjennomgå innreisekontroll og vil få utstedt landgangsbevis for oppholdet.

11.3.5.3 Av- og påmønstring

Utlending som vil forlate stilling ombord i skip, kan ikke fratre stilling ombord uten tillatelse fra politiet. Sjømann som har sjømanns identitetskort utstedt i samsvar med ILO-konvensjon nr. 108,[20] trenger ikke visum for innreise i Norge, jf.

17. Se vedlegg nr. 10 til utlendingsforskriften.
18. Forskrift om fremmede ikke-militære fartøyers anløp av og ferdsel i norsk territorialfarvann i fredstid, Kgl. res. 23.12.1994
19. Kystvaktloven § 21, jf. § 12 bokstav g
20. Det er vedtatt en ny ILO-konvensjon (nr. 185) til erstatning for nr. 108. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge idet utvalget sluttfører sin innstilling.

utlendingsforskriften § 105 bokstav h. Rådsforordning 415/2003 EU krever imidlertid at visumpliktige sjømenn som skal av- eller påmønstre har transittvisum for å reise gjennom Schengenterritoriet.[21] Dette betyr i praksis at sjømenn må ha slikt visum, da få av disse reiser direkte til eller fra sitt hjemland til Norge.

11.3.5.4 Landlov

Regler om landlov er gitt i utlendingsloven § 26 og utlendingsforskriften § 114. Besetningsmedlemmer på skip som ankommer norsk havn, skal ikke innreisekontrolleres med mindre de skal fratre stillingen på skipet. Disse kan uten politiets tillatelse foreta besøk under landlov og oppholde seg i den havn der skipet ligger i den tiden det ligger der. Tiden er begrenset til tre måneder. Omfanget av det aktuelle havneområdet skal fastsettes av politiet. Hvis besetningsmedlemmet ønsker å reise til andre områder i landet eller til annet Schengenland, skal passkontroll foretas på vanlig måte. Dette skal også gjøres hvis skipets samlede liggetid i Schengenområdet overstiger tre måneder. Da er det også nødvendig med oppholdstillatelse for opphold i land. Politiet har en viss adgang til å nekte landlov hvis dette er påkrevd av ordensmessige, sikkerhetsmessige eller andre særlige grunner.

11.3.6 Utvalgets vurderinger

Norge er det eneste av de nordiske land som ikke har en eksplisitt hjemmel for rutinemessig kontroll av kjøretøy, luftfartøy og fartøy ved kontroll ved ytre Schengengrense. Utvalget mener at dette er tiltak som ikke krever lovhjemmel i forhold til legalitetsprinsippet, men finner det likevel hensiktsmessig med en lovhjemmel. Det forhold at utlendingsloven retter seg mot utenlandske personer som i utgangspunktet ikke har den samme kjennskap til norsk lovgivning som nordmenn, kan tale for å lovfeste denne kontrolladgangen av informasjonshensyn. I tillegg viser det seg at tjenestemenn, som er vant til å forholde seg til mer uttømmende regelverk, ofte er i tvil om hva som er det rettslige grunnlaget for denne type kontroll. Utlendingskontroll kan ofte reise sensitive problemstillinger, og klare hjemler kan etter utvalgets oppfatning være en fordel både for de kontrollerte og kontrollørene. Utvalget har videre lagt en viss vekt på at tilsvarende hjemmel fremgår av loven i de andre nordiske land. Utvalget foreslår således en lovfesting tilsvarende den danske udlændingelov kap. 7 § 38 stk. 5, som lyder:

> "I forbindelse med ind- og udrejsekontrol efter stk. 1 og stk. 2, 2. punkt, har politiet ret til at undersøge bagagerum og andre lukkede rum i køretøjer, skibe og lutlendingsforskriftentfartøjer for at sikre, at ulovlig ind- og udrejse ikke finder sted."

Det vises til lovutkastet § 15.

Etter gjeldende utlendingslov er det ikke noe krav om at flyselskapene gir passasjerlister i elektronisk form. Dette medfører i praksis at politiet må varsle flyselskapene om at de ønsker tilsendt passasjerlistene, for deretter å gå fysisk å hente disse. Dette medfører merarbeid for politiet, som ofte har begrensete personellmessige ressurser. Det vil innebære en klar forenkling og effektivisering av kontrollen hvis politiet kan kreve å få oversendt passasjerlistene elektronisk.

Forvaltningsloven § 15a gir en generell hjemmel til å gi nærmere regler om den elektroniske kommunikasjon mellom forvaltningen og publikum ved forskrift. For nærmere detaljer om bestemmelsen vises det til Ot.prp. nr. 108 (2000-2001).[22] Begrepet "publikum" er ment å omfatte alle private rettssubjekter som på ulikt vis har eller kan ha kontakt med forvaltningen. Utvalget mener derfor at bestemmelsen gir hjemmel for å kreve passasjerlister av flyselskap elektronisk, og at et slikt krav kan reguleres i forskrift. Utvalget anser det hensiktsmessig at det gis regler om at passasjerlistene kan kreves i elektronisk form, men overlater til Kongen i forskrift å gi nærmere regler. Det vises til lovutkastet § 19 tredje ledd.

Ettersom reglene om lufthavntransittvisum er en følge av våre forpliktelser i Schengensamarbeidet, foreslår utvalget å videreføre reglene i gjeldende lov.

Det foreligger åpenbart en fare for at den norske sjøgrense kan søkes benyttet for smugling av mennesker inn i Schengen-området. Kystlinjen er lang og trafikken til og fra Schengen-området er betydelig. Mer enn 1000 havner er godkjent som grensepasseringssted og mange av disse havnene ligger på steder uten fast tilstedeværelse av politi eller toll. Det er imidlertid intet som tyder på at dette er et problem i dag. I 2002 og 2003 ble det gjennomført ekstraordinære kontrollaksjoner langs kysten fra Nordland til Finnmark. Det ble ikke avdekket problemer eller uregelmessigheter

---

21. Council Regulation (EC) No 415/2003 of 27 February 2003 on the issue of visas at the border, including the issue of such visas to seamen in transit

22. Ot.prp. nr. 108 (2000-2001) om lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon punkt 20.5

av betydning. Aksjonene bekreftet den oppfatning politiet på forhånd hadde, og som var basert på trusselvurderinger og erfaringene fra fysisk stikkprøvekontroll.

11.4 Annen grensekontroll

11.4.1 Ekstraordinær grensekontroll på de indre Schengengrenser

I prinsippet har Schengenavtalen avskaffet inn- og utreisekontrollen på de indre grenser. Av hensyn til den offentlige orden eller rikets sikkerhet kan det likevel være behov for å foreta slik kontroll i enkelte tilfeller, og Schengenkonvensjonen artikkel 2 nr. 2 gir derfor en viss adgang til indre grensekontroll. I utgangspunktet må dette gjøres etter rådføring med de øvrige konvensjonsparter. Indre grensekontroll kan bare finne sted når hensynet til den offentlige orden eller rikets sikkerhet tilsier det, og bare for et begrenset tidsrom. Hvis man av forskjellige grunner må innføre slik kontroll umiddelbart uten å rådføre seg med de andre Schengenlandene, skal man treffe de nødvendige kontrolltiltak for deretter å underrette disse.

Kontroll på indre Schengengrense kan ved særskilt behov iverksettes med hjemmel i utlendingsloven § 23 tredje ledd, jf. utlendingsforskriften § 87. Slik ekstraordinær grensekontroll foretas sjelden, men ble blant annet gjennomført i Frankrike i forbindelse med verdensmesterskapet i fotball i 1998, og av Norge i forbindelse med Verdensbankens møte i Oslo i 2002.

11.4.2 Tollvesenets personkontroll/ utlendingskontroll

Tollvesenet driver kontroll en rekke steder hvor det normalt ikke er politi til stede. Dette gjelder særlig på de indre grenser, men også når tollvesenet utfører kontroll på ytre Schengengrense på steder hvor politiet ikke er fast lokalisert.

Tollvesenets hovedoppgave er å foreta kontroll av vareførsel til og fra norsk tollområde. Tollvesenet har ingen formelle forvaltningsmessige eller politimessige oppgaver i forhold til utlendingslovgivningen slik den er i dag. De har heller ingen myndighet i denne forbindelse. Det kan imidlertid være behov for at tollvesenet tillegges slike oppgaver og slik myndighet. Tollvesenet kan med hjemmel i tollovgivningen kreve fremlagt dokumentasjon på opplysninger fra reisende i form av legitimasjon, reisedokumenter og lignende. Dette betyr at de ofte vil få forelagt den reisendes pass. De har imidlertid ikke hjemmel til å kreve fremlagt pass for å kontrollere om den reisende har gyldig tillatelse til opphold i Norge. Tollvesenets kontroll forutsetter at denne er en del av tollkontrollen.

Tollvesenet kommer ofte over tilfeller av illegal innvandring og forsøk på dette. Mange saker om brudd på utlendingslovgivningen initieres derfor ofte av tollvesenets kontroller. Straffeprosessloven §§ 176 og 206 gir enhver rett til å foreta pågripelse og beslag når en mistenkt treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor. Disse regler gjelder også for tolltjenestemenn, og kan anvendes i de tilfeller hvor tollvesenet avdekker konkrete straffbare forhold.

11.4.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår ingen endringer når det gjelder adgangen til å innføre ekstraordinær inn- og utreisekontroll på de indre grenser.

Personkontroll og avdekking av illegale grensepasseringer er utenfor tollvesenets oppgaver. Det er likevel på det rene at tollvesenet i stor grad kommer over tilfeller av illegal innvandring når de driver kontroll på steder hvor politiet ikke er til stede. Det fremstår da som hensiktsmessig at tollvesenet som offentlig myndighet kan håndtere disse situasjonene inntil politiet kan overta.

Etter utvalgets oppfatning er det tvilsomt om den adgang straffeprosessloven §§ 176 og 206 gir "enhver" til å foreta pågripelse og beslag, er tilstrekkelig hjemmel for en mer generell myndighetsutøvelse i utlendingssaker. Dette særlig fordi spesielle straffbarhetsbegrensninger gjelder når man foretar en ellers ulovlig innreise for å søke asyl, jf. blant annet flyktningkonvensjonen artikkel 31. Etter utvalgets mening bør tollvesenet ha en viss myndighet i utlendingssaker for å kunne håndtere de konkrete situasjoner som avdekkes, og for å kunne bidra med forebyggende utlendingskontroll på ytre Schengengrense.

Tolltjenestemenn deltar i utlendingskontrollen i Sverige og i Finland. Den svenske ulänningslagen pålegger tollmyndighetene en plikt til å bistå politiet med kontrollen av utlendingers inn og utreise, jf. loven kapittel 5 § 1. Det heter her at "Tullverket (och Kustbevakningen) är skyldiga att bistå polisen vid kontrollen av utlänningars inresa och utresa enligt denna lag." Når de medvirker til denne kontrollen, har de samme rettigheter som politiet til å gjennomføre kroppsvisitasjon, undersøke bagasje for å avdekke identitet og reiserute, samt til å undersøke bagasjerom i kjøretøy eller andre transportmidler.

Det ville bidra til en mer effektiv utnyttelse av ressursene hvis tolltjenestemenn kunne gjennom-

føre utlendingskontroll når tollvesenet oppdager forsøk på brudd på utlendingsloven i forbindelse med varekontroll på steder utenom politibemannede grensepasseringssteder. Det ville også ha en forebyggende effekt, og ville kunne føre til at flere overtredelser av utlendingsloven blir oppdaget. Tollvesenet har erfaring med anvendelse av vidtrekkende og inngripende kontrollhjemler, og utvalget ser ingen rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å innføre en slik ordning. Utvalget foreslår derfor å gi tollmyndighetene plikt til å bistå politiet med utlendingskontroll etter nærmere regler i forskrift. Det vises til lovutkastet § 21.

11.5 Utlendingskontroll

11.5.1 Generelt om utlendingskontroll

Utlendingskontroll er ikke begrenset til kontroll med inn- og utreise. Avskaffelsen av innreisekontroll på de indre Schengengrenser har gitt økte muligheter for dem som ønsker å ta illegalt opphold i landet. Dette har økt behovet for kompenserende tiltak i form av alminnelig utlendingskontroll.

Schengenkonvensjonen har ingen regler om adgangen til kontroll av utlendinger på medlemsstatenes territorium. Adgangen til kontroll for øvrig beror på de enkelte lands nasjonale lovgivning.

Til bekjempelse av ulovlig innvandring, menneskesmugling og annen grenseoverskridende kriminalitet, vil politiet kunne benytte ulike hjemler for kontroll og inngrep. De rettslige hjemlene kan normalt deles i tre grupper:

- Straffeprosessuelle regler
- Reglene om alminnelig polisiær kontroll med personer, for eksempel straffeloven § 333
- Særreglene for politiets kontroll med utlendinger (forvaltningskontroll)

Felles for disse beføyelser er at de i utgangspunktet har et generelt geografisk virkeområde, og derfor kan benyttes hvor som helst i landet.

Det er ikke tvil om at de fleste asylsøkere kommer inn i landet over de indre grenser som ikke er kontrollert. Tall fra Utlendingsdirektoratet viser at det i 2002 var færre enn 20 % av asylsøkerne som var i besittelse av reisedokumenter når de meldte seg for norske myndigheter. Dette representerer et alvorlig problem. Det forhold at man i samfunnet har et betydelig antall personer man ikke vet hvem er, er i seg selv et sikkerhetsmessig problem. Når asylsøkere kommer til Norge fra andre Schengenland uten å bli stoppet på grensen, blir det dessuten vanskeligere å få dem returnert til det land som er ansvarlig etter Dublin II-forordningen, fordi utlendingsmyndighetene ofte ikke kan dokumentere hvor de har vært før de kom hit. (Dublin II-forordningen er omtalt i kapittel 4.4.2.)

Erfaring viser at kontroll nær grensen til Sverige avdekker identitetspapirer hos en langt høyere andel av asylsøkere enn hos dem som selv melder seg for politiet med slike dokumenter. Politiet har derfor et særlig fokus på de indre grenser, og da særlig trafikk fra Sverige. I denne sammenheng snakker man om såkalt "grensenær kontroll". Forholdet til Schengenkonvensjonens forutsetning om avskaffelse av personkontroll på de indre grenser medfører at den grensenære kontrollen må basere seg på de alminnelige regler om utlendingskontroll. Den kan ikke foretas i en slik form eller i et slikt omfang at det faktisk blir tale om en regulær grensekontroll.

Det rettslige grunnlaget for grensenær kontroll er således det samme som for annen utlendingskontroll. De grensenære strøk vil imidlertid ha høy prioritet fra politiet ettersom erfaringen viser at jo nærmere grensen man kommer, jo oftere vil man få foretatt korrekt identifisering mv. Forholdet kan illustreres med tall. I 2002 var bare 17,7 % av alle asylsøkere registrert medbringende pass.[23] Ifølge Kripos var det kun 4 % av dem som meldte seg som asylsøkere ved Oslo politidistrikt i 2002 som var medbringende pass. I de tilfellene det ble foretatt grensenære kontroller, var imidlertid ca. 60% av de kontrollerte i besittelse av reisedokumenter.

Grensenær kontroll er også en praktisk måte å avdekke om vedkommende kommer fra et annet Schengenland og kan returneres i henhold til Dublin II-forordningen, jf. over. Den 18.12.2003 ble det inngått en avtale mellom Norge og Sverige om forenklede prosedyrer for overtakelse eller tilbaketakelse av asylsøkere som påtreffes på det annet lands territorium inntil 30 km fra grenselinjen.

Ulovlig innreise og andre brudd på utlendingsloven er forbundet med straffansvar. Ved mistanke om slike forhold kan det iverksettes etterforskning, og straffeprosessloven har flere hjemler til vidtrekkende inngrep, blant annet pågripelse og fengsling i kapittel 14 og ransaking i kapittel 15. De straffeprosessuelle regler behandles ikke nærmere her.

For utlendinger er det nødvendig med en tillatelse for å ha lovlig opphold i riket. Myndighetene er som ledd i den alminnelige forvaltningskontroll berettiget til å føre kontroll med om dette vilkåret er oppfylt. Utlendingsloven har ingen regel som direkte gir politiet adgang til å stanse en antatt utlending og kontrollere hans eller hennes identi-

23. Jf. brev av 13.03.03 fra UDI

tet m.m. Lovteknikken i norsk utlendingslovgivning har vært at det er utlendingens opplysnings- og legitimasjonsplikt som reguleres i loven - ikke politiets myndighet til å kontrollere ham. Dette var ordningen i fremmedloven av 1956 og ble videreført i gjeldende utlendingslov § 44. Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at politiet har adgang til å iverksette slik kontroll.

Politiets alminnelige utlendingskontroll har vært utsatt for kritikk, særlig fra norske borgere med utenlandsk opprinnelse som føler seg diskriminert blant annet fordi de mistenker at kontrollen foretas utelukkende på grunnlag av deres utenlandske utseende. Flere mener også at de ofte blir kontrollert uten legitim grunn. For å unngå slik diskriminering har Politidirektoratet utarbeidet et rundskriv som skal sikre at kontrollene utføres på en ensartet måte, og som kan veilede tjenestemennene med hensyn til når slik kontroll kan foretas.[24] Rundskrivet punkt 4 nr. 1 lyder:

> "Som ledd i håndhevingen av bestemmelsene om utledningers innreise og opphold i riket, kan politiet stanse en person og kreve legitimasjon når det antas at vedkommende er utenlandsk statsborger og omstendighetene (tid, sted og situasjon) gir grunn for slik kontroll (jf. utlendingsloven § 44).
>
> Som ledd i slik kontroll kan også kjøretøy stanses. Kontroll kan finne sted overalt i riket. Det skal i denne forbindelse gjennomføres søk i SIS. Dersom personen som kontrolleres gir muntlige opplysninger som gir grunn til å anta at han/hun er norsk eller nordisk statsborger, eller har lovlig opphold i Norge, skal kontrollen normalt avbrytes dersom det ikke foreligger mistanke om straffbare forhold som tilsier ytterligere kontroll."

Politiet må basere sin antakelse om at man står overfor en utenlandsk statsborger på konkrete indikasjoner. Dette kan være ulike forhold. I tillegg til at det skal antas at man står overfor en utlending, skal kontrollen også være begrunnet i andre omstendigheter så som tid, sted og situasjon. Retningslinjene gir ikke nærmere eksempler på hva dette er, men et eksempel kan være kontroll på Oslo Sentralstasjon etter ankomst av tog fra Sverige. I henhold til rundskrivet punkt 5 kan politiet benytte mistankeprofiler som er bygget på innhentet kvalitetssikret informasjon, og/eller tidligere saker/erfaring. Utvelgelseskriteriet kan ikke alene være at personen som kontrolleres tilhører en bestemt etnisk gruppe eller religion, eller har utenlandsk utseende eller kjennetegn.

Som nevnt skal kontrollen normalt avbrytes hvis det på bakgrunn av opplysninger den kontrollerte gir er grunn til å anta at vedkommende har norsk statsborgerskap eller lovlig opphold i riket. Opplysningene behøver ikke være skriftlige (for eksempel i form av dokumenter), og det er tilstrekkelig at det er grunn til å anta at vedkommende har lovlig opphold. Når det er foretatt identitetskontroll av en antatt utlending, skal det føres fortegnelse over dette. Fortegnelsen skal inneholde tid og sted for kontrollen, antall kontrollerte og deres nasjonalitet, samt eventuelle reaksjoner.

I St.meld. nr. 46 (2002-2003)[25] tok Justisdepartementet til orde for et prøveprosjekt med politikvitteringer som et tiltak for å hindre diskriminerende kontroll. Forslaget ble fremmet på bakgrunn av anmodningsvedtak 19.06.2002 fra Stortinget om å fremme forslag om en kvitteringsordning, og etter henvendelser fra flere organisasjoner om at politiet angivelig diskriminerer personer med utenlandsk utseende. Justiskomiteens flertall fant imidlertid ikke å kunne støtte den foreslåtte ordning. Det vises til Innst. S. 127 (2003-2004).

11.5.2 Polisiær kontroll med utlendinger

Politiets myndighet til å stanse personer og kontrollere deres identitet er ikke direkte regulert i lov. Denne myndighet må antas å hvile på sedvanerett og er forutsatt flere steder i lovgivningen, blant annet i straffeloven § 333. Bestemmelsen oppstiller en straffesanksjonert plikt til å oppgi personalia til politiet når dette begjæres i tjenestesammenheng. Det er ikke noe krav om begrunnet mistanke om at vedkommende som bes om personalia har begått eller vil gjøre seg skyldig i straffbar handling. Politirettens alminnelige prinsipper setter imidlertid grenser for politiets adgang til å foreta identitetskontroll. De viktigste i så måte er likhetsprinsippet og saklighetsprinsippet.[26] Verken usaklig forskjellsbehandling av individer og grupper eller vilkårlige inngrep er tillatt. Dette kan representere

24. R 01/021 Politiets utøvelse av kontroll - grensenære områder og annen indre utlendingskontroll

25. St. meld. nr. 46 (2002-2003) Kvitteringar frå politiet ved visitasjon og annan kontroll

26. Se Auglend, Mæland og Røsandhaug: Politirett (1998) kapittel 7.3. I relasjon til straffeloven § 333 har Høyesterett uttalt seg om hvordan saklighetskravet skal tolkes, og dette har derfor gyldighet for politiets kontroll av identitet. I Rt. 1979 s. 118 heter det blant annet: "Utgangspunktet må være at når en politimann som er i tjeneste forlanger å få oppgitt en persons navn, stilling og bopel, har denne en alminnelig plikt til å etterkomme forlangendet. I alle fall må det være tilstrekkelig at politimannen etter en fornuftig og rimelig vurdering på stedet har kommet til at han bør be om opplysninger for å ivareta tjenesten."

myndighetsmisbruk, og en polititjenestemann vil etter omstendighetene kunne straffes for grov uforstand i tjenesten eller ulovlig frihetsberøvelse.

Utvalget mener at det ligger utenfor utvalgets mandat å utrede reformer i den alminnelige polisiære personkontrollkompetanse. Som en klargjøring av forholdet mellom denne kontrollen og den særskilte utlendingsrettslige personkontroll som er omhandlet i kapittel 11.5.1, vil utvalget likevel bemerke at reglene om polisiær kontroll også vil kunne ha betydning for politiets adgang til å kontrollere utlendinger. En kontroll av identitet etter straffeloven § 333 vil kunne vise at man står overfor en utenlandsk statsborger. Da kan kontrollen også utvides til å omfatte lovligheten av vedkommendes opphold i Norge.

11.5.3 Utvalgets vurderinger

Avskaffelsen av grensekontroll på de indre grenser har økt mulighetene til å ta seg ulovlig inn i landet. Som en følge av dette er politiets adgang til å kunne foreta kontroll av utlendinger i hele riket blitt viktigere enn før.

Utlendingskontroll hvor som helst i riket reiser spørsmål om hvilke kriterier som skal legges til grunn for iverksettelse av slik kontroll. I likhet med de fleste regler om polisiær kontroll, er dette ikke regulert i lov eller forskrift i dag. Ved at det ikke nærmere er angitt skranker for utøvelsen av kontrollen, vil det være vanskeligere å overprøve politiets skjønn om hvorvidt kontroll skal foretas. For dem som kontrolleres kan kontrollen fremstå som vilkårlig og gi grunnlag for mistanke om at det er tatt diskriminerende eller andre utenforliggende hensyn. Man kan heller ikke se bort fra at det foreligger en reell fare for misbruk. På den annen side kan man ikke se bort fra at mangel på klarere retningslinjer får en del tjenestemenn til å unnlate å iverksette utlendingskontroll der dette burde ha vært gjort.

Som nevnt i kapittel 11.5.1 er denne problemstillingen forsøkt avhjulpet gjennom Politidirektoratets rundskriv 01/021.[27] Rundskrivet har nok vært klargjørende for politiet. Man kan imidlertid ikke gå ut fra at de som kontrolleres vil ha kjennskap til regler som fremgår av et rundskriv. Ut fra informasjonshensyn kan det derfor være hensiktsmessig å innta en lovbestemmelse som regulerer spørsmålet om utlendingskontroll. En slik bestemmelse finnes for øvrig i den svenske utlendingsloven.[28]

Utvalget mener at Politidirektoratets rundskriv er klargjørende i forhold til politiets adgang til utlendingskontroll og således kan tjene som et utgangspunkt for en lovbestemmelse. Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at politiets adgang til utlendingskontroll blir lovregulert. Utvalget foreslår at bestemmelsen dels utformes i tråd med ordlyden i Politidirektoratets rundskriv, og dels etter mønster av politiloven § 7a fjerde ledd. Sistnevnte bestemmelse omhandler politiets adgang til å undersøke om personer er i besittelse av våpen på offentlig sted. Med utvalgets forslag vil utlendingskontroll da bare kunne gjennomføres når politimesteren eller hans stedfortreder på forhånd har gitt samtykke til det, og kun i et nærmere angitt område og tidsrom. Det vises til lovutkastet § 20.

Det kan imidlertid oppstå uklarheter når det gjelder forholdet mellom alminnelig polisiær kontroll og utlendingskontroll. Spørsmålet er når det er rimelig at en polisiær kontroll kan initiere en utlendingskontroll. Et illustrerende eksempel kan være hvor det foretas en identitetskontroll av alle som befinner seg på et sted hvor det antas at det er begått en kriminell handling. Et slikt grunnlag bør ikke i seg selv være tilstrekkelig til å iverksette ytterligere kontroll av dem som tilfeldigvis er, eller synes å være utlendinger. Konkrete omstendigheter kan imidlertid gjøre det rimelig å iverksette slik kontroll. Utvalgets forslag er ikke til hinder for at konkrete omstendigheter avdekket under polisiær kontroll kan initiere utlendingskontroll. Nærmere avgrensning av når dette kan skje lar seg vanskelig lovregulere.

11.6 Transportøransvar

11.6.1 Transportøransvar

Det følger av Schengenkonvensjonen artikkel 26 nr. 2 at transportøren som fraktet utlendingen til en ytre Schengengrense har plikt til å påta seg ansvaret for vedkommende hvis vedkommende nektes innreise.[29] Dette kan bety at transportøren må frakte utlendingen ut av landet igjen eller dekke utgiftene som påløper ved uttransport på annen måte. Reglene om dette er inntatt i utlendingsloven § 46 tredje ledd, som refererer til bortviste perso-

27. R 01/021 Politiets utøvelse av kontroll - grensenære områder og annen indre utlendingskontroll

28. Jf. 5 kap. 6 § tredje stycket utlänningslagen: "Kontrollåtgärder enligt första och andra stycket får vidtas endast om det finns anledning att anta att utlänningen saknar rätt att uppehålla sig här eller om det annars finns särskild anledning till kontroll."

29. Av betydning er EU-direktiv 01/51 om fastsettelse av supplerende bestemmelser til artikkel 26 i Schengenkonvensjonen.

ner. Transportøransvaret inntrer etter reglene i § 46 tredje ledd bare i tilfeller hvor det reageres med bortvisning, og vil for eksempel ikke inntre i tilfeller hvor en asylsøker har fått avslag på sin søknad og er gitt ordinær utreisefrist. Forutsetningen for at ansvaret skal inntre er at asylsøkeren er bortvist etter reglene i utlendingsforskriften § 119. Transportøransvaret er et objektivt ansvar uten vurdering av transportørens skyld.

11.6.2 Utvalgets vurderinger

Det har vært en viss debatt hvor transportørselskapene hevder at de må drive en innreisekontroll som de mener de ikke er skikket til. Noen vil mene at det objektive ansvaret i enkelte tilfeller kan fremstå som urimelig for transportøren som ikke har mulighet til å kontrollere hvorvidt passasjeren vil nektes innreise. Det vil også kunne medføre kostnader for transportøren å måtte sørge for returen av den som er bortvist.

Ansvaret må imidlertid ses i sammenheng med transportørens næringsvirksomhet. Transportøransvaret kan anses som en påregnelig følge av å drive transportvirksomhet, og gir således mulighet for å kalkulere de utgifter ansvaret medfører som ordinære driftskostnader. Til sammenlikning kan nevnes det norske system etter bilansvarsloven hvor forsikringsselskapene hefter for anonyme skadevoldere, eller systemet i EU-landene hvor teleoperatørene selv må dekke utgifter som påløper i forbindelse med telefonkontroll av kriminelle. Dette er fordi det anses som en påregnelig følge av å drive teleoperativ virksomhet at kriminelle vil benytte seg av tjenestene, og at utgifter som påløper det offentlige i forbindelse med kriminalitetsbekjempelse derfor bør belastes teleoperatøren. Transportørselskapets reelle utgifter med å ta vedkommende tilbake vil dessuten stort sett være beskjedne.

Transportøransvaret følger dessuten av Schengenkonvensjonen. Norge er forpliktet til å ha regler om transportøransvar, og utvalget foreslår å videreføre gjeldende rett.

Som nevnt inntrer transportøransvaret etter loven § 46 tredje ledd først når en utlending blir bortvist. Utvalget foreslår at transportøransvaret også skal kunne inntre ved utvisning i forbindelse med innreisekontrollen. Etter utvalgets oppfatning er det ingen grunn til at ansvaret bare skal inntre ved bortvisning, og ikke ved en mer alvorlig sanksjon som utvisning. Det må imidlertid settes klare begrensninger både i tid og i grunnlaget for ansvaret. Det må være en forutsetning at utvisningen har skjedd i forbindelse med innreisen, og at ansvaret ikke kan ilegges for utvisning for forhold som ikke har direkte sammenheng med innreisen. Et tilfelle som derfor vil falle utenfor transportøransvaret, vil være hvor utlendingen ved innreisen blir tatt med narkotika og utvises på grunnlag av straffedom for (forsøk på) smugling.

Det vises til lovutkastet §102.

Kapittel 12
Bortvisning og utvisning

12.1 Generelt om forholdet mellom de forskjellige reaksjoner

Det er i dagens lovverk to reaksjoner som medfører en direkte plikt til å forlate landet: Bortvisning og utvisning.

Et vedtak om bortvisning innebærer at utlendingen må forlate riket eller blir nektet innreise. Vedtaket innebærer imidlertid ikke noe forbud mot *fremtidig* innreise, og vedkommende kan i prinsippet returnere dagen etter, forutsatt at bortvisningsgrunnen er reparert. Dette stiller seg annerledes ved utvisning. Et vedtak om utvisning innebærer et forbud mot senere innreise på varig eller tidsbegrenset basis. Norges deltakelse i Schengensamarbeidet innebærer at et utvisningsvedtak som hovedregel også innebærer innreiseforbud i Schengenområdet.

Også andre vedtak enn vedtak om bortvisning eller utvisning kan innebære en plikt for utlendingen til å forlate riket. Dette vil være tilfellet dersom utlendingen får avslag på en søknad om oppholdstillatelse og befinner seg i riket uten noe annet lovlig oppholdsgrunnlag, eller dersom det fattes vedtak om tilbakekall av en gitt tillatelse.

Også et vedtak om utlevering medfører at den utlending vedtaket gjelder må forlate riket, men utlevering har et annet grunnlag enn bortvisning og utvisning. Det vises til utleveringsloven 13.06.1975 nr. 39 og lov om utlevering av lovbrytere mellom de nordiske land 03.03.1961 nr. 1. Det er Justisdepartementet som har ansvaret for forvaltningen av utleveringsinstituttet, og utleveringsreglene vil ikke bli nærmere behandlet av utvalget. Utvalget vil imidlertid understreke at vernet mot utsendelse (beskrevet i kapittel 6.4) også vil være til hinder for utlevering. Det vises til lovutkastet § 84 fjerde ledd, som fastsetter at bestemmelser i annen lovgivning som gir adgang til å sende utlendinger ut av riket viker for vernet etter § 84.

12.2 Bortvisning

12.2.1 Gjeldende rett

12.2.1.1 Bortvisningsgrunner

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav a gir adgang til bortvisning av utlending som ikke "viser gyldig pass eller annet reisedokument eller visum når dette er nødvendig." Det avgjørende er om utlendingen ikke "viser" frem de nødvendige dokumentene, slik at bortvisning kan finne sted dersom fremvisning ikke skjer på forlangende. Det er ikke relevant hvorvidt utlendingen faktisk har dokumentene i sin besittelse.[1]

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav b gir adgang til å bortvise utlending som tidligere er utvist fra riket eller fra annet nordisk land hvis vedkommende har et fortsatt gjeldende innreiseforbud. Reaksjonen bortvisning på grunnlag av utvisning fra annet nordisk land, må ses i sammenheng med artikkel 6(1) bokstav f i den nordiske passkontrolloverenskomsten om at de kontraherende stater bør bortvise utlending som er oppført i noen av statenes fortegnelser over utviste utlendinger.

Bortvisningsgrunnen i § 27 første ledd bokstav c kan anvendes overfor utlendinger som ikke har fulgt reglene i utlendingsloven § 6 syvende ledd om at oppholdstillatelse og arbeidstillatelse som hovedregel må være gitt før innreise.[2] Bestemmelsen slår fast at utlending kan bortvises dersom vedkommende mangler nødvendig tillatelse etter loven kapittel 2 (dvs. arbeids-, oppholds- eller bosettingstillatelse), eller ikke kan sannsynliggjøre det oppgitte formålet med oppholdet.

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav d hjemler bortvisning av utlending som ikke kan sannsynliggjøre å ha eller være sikret tilstrekkelige midler til opphold i riket og til hjemreise, jf. kapittel 11.2.3.

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav e første alternativ gir adgang til å bortvise straffedømte for forbrytelser som nevnt i utlendingsloven § 29

1. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 220
2. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 221

første ledd bokstav b eller c. Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav b gjelder straffbare forhold begått i utlandet når utlendingen for mindre enn fem år siden er ilagt straff for dette, eller har sonet straffen for mindre enn fem år siden. Det er et krav at forholdet etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder. Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c gjelder når utlendingen her i riket er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan medføre fengselsstraff i mer enn tre måneder, eller flere ganger i løpet av de siste tre år er ilagt fengselsstraff. Det er uten betydning hvorvidt vedkommende tidligere er utvist fra riket. Det kreves ikke at det må være grunn til å frykte at utlendingen vil begå straffbare handlinger etter innreisen.[3]

Etter utlendingsloven § 27 første ledd bokstav e annet alternativ kan utlending bortvises "når andre omstendigheter gir særlig grunn til å frykte at utlendingen her i riket eller i annet nordisk land vil begå straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder". Ifølge forarbeidene må det foreligge en håndfast, kvalifisert og individuell mistanke om forestående lovbrudd av alvorlig art for at en person skal kunne bortvises på dette grunnlaget.[4]

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav f fastsetter at utlending kan bortvises "i samsvar med reglene i den nordiske passkontrolloverenskomsten artikkel 6, når det er sannsynlig at utlendingen vil reise inn i annet nordisk land og trolig vil bli bortvist der fordi pass eller visum som er gyldig for innreise i landet mangler, eller det for øvrig foreligger bortvisningsgrunn i vedkommende land". Passkontrolloverenskomsten artikkel 6 omhandler bortvisningsregler for de kontraherende statene ved deres yttergrenser. I praksis får utlendingsloven § 27 første ledd bokstav f sjelden anvendelse, da det som regel er grunnlag for bortvisning etter en av de andre bortvisningshjemlene.

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav g gir adgang til å bortvise en utlending "som i følge kompetent helsepersonell åpenbart lider av alvorlige psykiske forstyrrelser". Bestemmelsen er ment å gi myndighetene adgang til å bortvise personer som lider av alvorlige psykiske forstyrrelser, men som ikke kan bortvises i medhold av noen av de andre bortvisningsgrunnene. Den gir blant annet anledning til å kunne returnere en person som for eksempel er under psykiatrisk behandling, og som har forlatt hjemlandet uten å være i stand til å ta vare på seg selv.

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav h fastsetter at man kan bortvise utlending "som ikke har dekket utgifter som er blitt påført det offentlige i forbindelse med at utlendingen tidligere er ført ut av riket". Bortvisningsgrunnen må ses i sammenheng med utlendingsloven § 46 første ledd første punktum, som slår fast at utlendinger plikter å betale utgiftene ved sin egen utreise. Utlending som kommer tilbake til Norge uten å ha dekket disse, vil kunne bortvises.

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav i gir adgang til å bortvise utlending "som er innmeldt i Schengen informasjonssystem (SIS) med henblikk på ikke å tillate innreise". Denne bortvisningshjemmelen er en følge av våre forpliktelser etter Schengensamarbeidet. Ettersom det ikke er personkontroll på de indre Schengengrenser, skal Norge i utgangspunktet bortvise personer ved vår ytre Schengengrense som er innmeldt i SIS. Det vises for øvrig til SIS-loven 16. juli 1999 nr. 66 om hvem og hva som kan registreres i registret.

Ordlyden i utlendingsloven § 27 første ledd bokstav j gir adgang til bortvisning "når det er nødvendig av hensyn til Norges eller annet Schengen-lands nasjonale sikkerhet, offentlige orden eller internasjonale forbindelser" og tilsvarer Schengenavtalen artikkel 5 punkt 1 bokstav e. For så vidt gjelder hva som ligger i begrepet "nasjonale sikkerhet", vises det til kapittel 13.5.1. Hva som vil stride mot "offentlig orden" lar seg ikke fastslå generelt, og vil kunne variere etter tid, sted og samfunnsforhold.[5] Begrepet er vidtfavnende, og vil også kunne dekke enkelte av de forhold som omfattes av andre bokstaver i § 27 første ledd, for eksempel bokstav e som gir hjemmel for bortvisning når det er særlig grunn til å frykte at utlendingen vil begå straffbare handlinger. Begrepet "internasjonale forbindelser" omfatter forholdet til andre stater og internasjonale organisasjoner. Begrepet vil i høy grad være sammenfallende med begrepet "utenrikspolitiske hensyn", som er benyttet i blant annet utlendingsloven § 43.[6]

12.2.1.2 Begrensninger i adgangen til å bortvise

Utlending som har krav på beskyttelse kan ikke bortvises, jf. kapittel 6.4.

Mens utlending som har *oppholdstillatelse* i prinsippet kan bortvises, kan dette ikke gjøres senere enn syv dager etter innreise, jf. utlendings-

3. NOU 1983:47 s. 329 annen spalte
4. Ibid.
5. Ot.prp. nr. 56 (1998-99) s. 133
6. Ibid.

loven § 28.[7] I forhold til utlending som er født i riket og senere uavbrutt har hatt fast bopel her, forbyr loven uttrykkelig at det fattes vedtak om bortvisning.

I prinsippet tillater loven at en utlending som fyller vilkårene for *bosettingstillatelse* kan bortvises innen syv dager etter innreise, men i praksis vil det gjelde et fullt vern mot bortvisning i disse tilfellene. Den aktuelle reaksjonsform vil eventuelt være utvisning.

Hvis utlendingen oppholder seg i riket og det er gått mer enn syv dager etter innreise, er det utlendingsloven § 28 som gir hjemmel for bortvisning. Bortvisningsgrunnene er de samme som i § 27, men § 28 har et snevrere anvendelsesområde idet utlending med oppholdstillatelse, arbeidstillatelse eller bosettingstillatelse ikke kan bortvises etter bestemmelsen.

Utlendingsloven § 57 inneholder egne bortvisningsregler for utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Bortvisning kan bare skje

- når utlendingen ikke viser gyldig pass eller annet godkjent reisedokument eller visum når dette er nødvendig,
- når utlendingen er utvist fra riket eller fra annet nordisk land med innreiseforbud som ennå gjelder, og vedkommende ikke har fått adgang til riket etter søknad,
- når det foreligger forhold som nevnt i § 58 første ledd, eller
- når hensynet til rikets sikkerhet eller tvingende samfunnsmessige hensyn gjør det nødvendig.

For å nyte godt av de begrensninger i bortvisningsadgangen som gjelder for utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, må utlendingen imidlertid godtgjøre at formålet med innreisen og oppholdet omfattes av bestemmelsene i utlendingsloven §§ 50 til 53 om rett til opphold og oppholdstillatelse. Hvis utlendingen oppgir å være her utelukkende som turist og mangler midler til opphold etc., vil bortvisning kunne skje etter utlendingsloven § 27.[8] Loven åpner i prinsippet for at også utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og som har fått innvilget oppholdstillatelse kan bortvises frem til syv dager etter innreise, jf. forutsetningsvis § 57 tredje ledd. I praksis vil det imidlertid være utvisning som eventuelt er den aktuelle reaksjonsformen når tillatelse først er innvilget.

12.2.1.3 Saksbehandling

I gjeldende utlendingslov er vedtaksmyndigheten delt mellom politiet og Utlendingsdirektoratet avhengig av tidspunktet for vedtaket og sakens art.

Det følger av utlendingsloven § 31, jf. utlendingsforskriften § 118 sjette ledd, at politiet treffer beslutning i medhold av § 27 bokstav a til i. Vedtak ellers treffes av Utlendingsdirektoratet. Dette er vedtak begrunnet i rikets sikkerhet osv. (jf. loven § 27 bokstav j), saker hvor utlendingen påberoper å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som kan tyde på at han risikerer forfølgelse (jf. loven § 27 tredje ledd), eller der vedtak treffes senere enn syv dager etter innreise. Den faktiske situasjon er imidlertid at politiet i mange tilfeller har bortvisningskompetanse også sju dager etter innreise, jf. utlendingsforskriften § 118 sjuende ledd. Dette gjelder bortvisning på grunnlag av utlendingsloven § 27 første ledd bokstav a til d når det ikke er tvil om at vilkårene for bortvisning foreligger. Vedtaket må treffes innen tre måneder etter utløpet av den visumfrie oppholdstiden eller visumets gyldighetstid. Begrunnelsen for denne utvidede kompetansen er at det ofte dreier seg om enkelt konstaterbare tilfeller hvor det ulovlige oppholdet vil kunne være av kort varighet. Det er også hensiktsmessig at politiet er vedtaksmyndighet, siden det er politiet som avdekker tilfellene i praksis.

I henhold til utlendingsloven § 31 treffes bortvisningsvedtak av politimesteren eller den han bemyndiger. Delegasjonsadgangen har vært noe ulikt praktisert. I de fleste politidistrikt delegeres myndighet bare til jurister, men i enkelte distrikt praktiseres bestemmelsen slik at det delegeres til polititjenestemann (uten juridisk kompetanse).

I henhold til utlendingsloven § 57 annet ledd om EØS- og EFTA-borgere treffer politimesteren eller den han bemyndiger vedtak om bortvisning etter § 57 første ledd bokstav a og b inntil syv dager etter innreise. Slik kompetanse er også gitt i forskriften for bortvisning etter bokstav c hvor det ikke er tvil om at slike forhold foreligger. I bortvisningssaker reist sju dager etter innreise, og ved de andre bortvisningsgrunnene, er UDI vedtaksmyndighet.

---

7. Selv om loven tillater at bortvisning kan finne sted inntil syv dager etter innreise, er det i praksis lite aktuelt å fatte vedtak om bortvisning dersom utlendingen har gyldig tillatelse. I slike tilfeller vil det være utvisning som er den aktuelle reaksjonsform.
8. Ot.prp. nr. 72 (1991-92) Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelighet for arbeidstaker mv innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen s. 101

Tabell 12.1 Bortvisning ved innreise og grunnlaget for bortvisning i 1997-2003

Grunnlag	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Manglende pass/visum	670	702	847	775	342	299	233
Tidligere utvist	9	15	18	37	45	47	33
Manglende tillatelse	225	339	362	397	536	771	722
Manglende midler	82	242	228	362	429	577	535
Tidligere straffet	163	218	280	253	227	197	101
Nordisk passkontrolloverenskomst	0	5	8	7	2	1	-
Innmeldt SIS	-	-	-	-	-	-	41
Annet	2	1	3	14	38	15	47
Totalt	1151	1522	1746	1845	1619	1907	1712

12.2.2 Nøkkeltall

I tabell 12.1 er det gitt en oversikt over antallet bortvisninger ved innreise og grunnlaget for bortvisningsvedtakene for årene 1997-2003.

I tabell 12.2 gis det en oversikt over saker som gjelder bortvisning etter innreise og grunnlaget for bortvisningsvedtakene for årene 1997-2003. Tallene omfatter ikke asylsøkere som er bortvist etter avslag på asylsøknaden.

12.2.3 Utvalgets vurderinger

12.2.3.1 Generelt

Utvalget foreslår noen mindre endringer og suppleringer i tilknytning til enkelte bortvisningsgrunnlag. Adgangen til å bortvise utlending med oppholdstillatelse eller nordisk borger som er registrert bosatt i riket, foreslås fjernet. Videre foreslås at politiets avgjørelsesmyndighet utvides i loven og at politiets saksbehandling forenkles ved at avgjørelsen i nærmere spesifiserte tilfelle kan treffes av polititjenestemann.

De foreslåtte endringer beskrives nedenfor. For øvrig foreslås gjeldende bortvisningsbestemmelser videreført.

12.2.3.2 Bortvisning av utlending som har oppholdstillatelse eller nordisk borger som er bosatt i riket

Som angitt i kapittel 12.2.1.2, åpner loven for at utlending som har fått innvilget oppholdstillatelse kan bortvises inntil sju dager etter innreise. Nordiske borgere gis ikke noen særskilt oppholdstillatelse, og det gjelder derfor i prinsippet ingen tidsmessig grense for bortvisning i slike tilfeller.

Utvalget foreslår å fjerne adgangen til å bortvise utlending som har fått innvilget oppholdstillatelse i riket. Etter utvalgets vurdering er det utvisning som i tilfelle bør være den aktuelle reaksjonsform når det først er gitt en oppholdstillatelse.

Når det gjelder nordiske borgere, anser utvalget at skjæringstidspunktet bør settes ved det tidspunkt den nordiske borgeren kan anses bosatt i riket, dvs. normalt fra den dato vedkommende har meldt å være bosatt.

12.2.3.3 Bortvisning ved uoppgjort forelegg/gebyr

Utlendingsloven § 27 første ledd bokstav h hjemler bortvisning hvis utlendingen ikke har dekket gjeld

Tabell 12.2 Bortvisning etter innreise og grunnlaget for bortvisning i 1997-2003

Grunnlag	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Manglende pass/visum	13	15	14	10	3	5	85
Tidligere utvist	9	4	2	7	7	5	3
Manglende tillatelse	109	60	50	45	186	74	36
Manglende midler	21	1	4	0	4	3	3
Tidligere straffet	18	38	22	32	17	7	7
Nordisk passkontrolloverenskomst	0	0	0	0	0	0	-
Annet	2	11	5	3	2	8	3
Innmeldt SIS	-	-	-	-	-	-	0
Totalt	172	129	97	97	219	102	137

han har til det offentlige i forbindelse med tidligere uttransport.

Gjeld som skyldes uoppgjort bøtestraff til norske myndigheter, er ikke egen bortvisningsgrunn. Det synes å være liten sammenheng i regelverket når refusjonskrav i forbindelse med uttransportering uttrykkelig danner grunnlag for bortvisning, mens utestående bøtestraff ikke gjør det. I denne forbindelse kan også nevnes at rettskraftig bot i seg selv danner grunnlag for tvangsinndrivelse, mens dette ikke er tilfellet for refusjonskrav i tilknytning til uttransportering.

Bortvisning på grunnlag av uoppgjort bot kan antagelig fattes med hjemmel i utlendingsloven § 27 bokstav d dersom utlendingen vil reise inn i Norge når han har utestående bot og er uten midler det kan tas beslag i. Utvalget mener imidlertid at det vil gi en bedre løsning hvis bortvisning på grunnlag av uoppgjort bot inntas som en uttrykkelig bestemmelse i loven. Utvalget har i kapittel 14.1.3.5 foreslått at det innføres en gebyrordning ved kortere ulovlig opphold, og foreslår at også uoppgjort gebyr skal være et grunnlag for bortvisning. Bestemmelsen som gir hjemmel for bortvisning når utlending har gjeld i tilknytning til tidligere uttransportering, jf. utlendingsloven § 27 bokstav d, bør i en ny lov suppleres med adgang til bortvisning på grunn av uoppgjort bot og uoppgjort gebyr.

12.2.3.4 Bortvisning som følge av ilagt innreiseforbud

I gjeldende utlendingslov er det hjemmel for å bortvise utlending som er utvist fra riket hvis innreiseforbudet fortsatt gjelder, jf. §§ 27 første ledd bokstav b og 57 første ledd bokstav b. Utvalget mener at denne bortvisningsgrunnen er overflødig. I et slikt tilfelle har utlendingen ikke adgang til riket hvis ikke norske myndigheter har gitt tillatelse til opphold. Overtredelse av innreiseforbudet vil, som i dag, være straffbart med utvalgets forslag, jf. lovutkastet § 118 første ledd bokstav a. Bortvisning vil i et slikt tilfelle bare være en oppfølging og stadfesting av et gjeldende utvisningsvedtak. Vedkommende kan nektes innreise med basis i det gjeldende utvisningsvedtaket, og det er unødvendig å treffe et nytt vedtak om bortvisning. Dersom utlendingen har kommet seg ulovlig inn i landet til tross for innreiseforbudet, må vedkommende beordres til å forlate riket, og uttransportering kan eventuelt gjennomføres på basis av utvisningsvedtaket.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn å fjerne overtredelse av et gjeldende innreiseforbud som bortvisningsgrunnlag. Dette vil for øvrig ikke være til hinder for at en utvist utlending som søker asyl kan få bli i riket inntil søknaden er avgjort, jf. lovutkastet § 101 annet ledd.

12.2.3.5 Bortvisning i samsvar med passkontrolloverenskomsten artikkel 6

Gjeldende lov § 27 første ledd bokstav f gir hjemmel for bortvisning i samsvar med passkontrolloverenskomsten artikkel 6 "når det er sannsynlig at utlendingen vil reise inn i annet nordisk land og trolig vil bli bortvist der fordi pass eller visum som er gyldig for innreise i landet mangler, eller det for øvrig foreligger bortvisningsgrunn i vedkommende land." Utvalget antar at tilfellene som omfattes er dekket av de øvrige bortvisningshjemler. Bestemmelsen foreslås derfor ikke videreført i en ny lov.

12.2.3.6 Bortvisning av personer som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Etter gjeldende utlendingslov fremgår det ikke klart om det er adgang til å bortvise en utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, men som oppholder seg ulovlig i riket. Situasjonen kan for eksempel være at utlendingen har oppholdt seg i riket som arbeidssøkende uten å få arbeid lengre enn det disse avtalene gir adgang til. Utvalget mener at det i et slikt tilfelle bør fremgå tydelig av loven at det er adgang til å fatte vedtak om bortvisning.

EFTAs overvåkingsorgan (ESA) har i brev av 12.03.2004 til Kommunal- og regionaldepartementet gitt uttrykk for at utlendingsloven § 57 første ledd bokstav b - om at en person som er utvist i annet nordisk land kan bortvises fra riket - strider mot EØS-avtalen. ESA viser til direktiv 64/221/EEC, som i henhold til artikkel 2(1) får anvendelse på alle tiltak som gjelder adgangen til innreise, herunder bortvisning og utvisning. Direktivet artikkel 3(1) slår fast at slike tiltak må begrunnes i hensynet til offentlig orden eller sikkerhet, og bare kan basere seg på en konkret, individuell vurdering av hvorvidt vedkommende utgjør en trussel mot den offentlige orden eller sikkerhet. Etter ESAs oppfatning synes utlendingsloven § 57 første ledd bokstav b å stride mot direktivet, da bestemmelsen etter sin ordlyd ikke forutsetter en konkret, individuell vurdering.

Utvalget vil bemerke at man anser ordlyden i utlendingsloven § 57 første ledd bokstav b problematisk i forhold til direktiv 64/221/EEC. Slik bestemmelsen er utformet, gir den inntrykk av at

personer som er utvist fra et annet nordisk land kan bortvises uten noen nærmere vurdering av de individuelle forhold.

Utvalget mener også at det ikke er hensiktsmessig med en egen bestemmelse om at personer som er omfattet av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen, og som er utvist fra et annet nordisk land, i utgangspunktet skal bortvises. Vurderingen må være om vedkommende kan sies å utgjøre en konkret trussel mot den offentlige orden og sikkerhet. En slik vurdering foretas ved bortvisning etter utlendingsloven § 57 første ledd bokstav c, og det faktum at vedkommende er utvist fra et annet nordisk land vil være et moment i denne vurderingen. Utvalget mener for øvrig at det ikke vil stride mot passkontrolloverenskomsten å fjerne bestemmelsen i utlendingsloven § 57 første ledd bokstav b. Utvalget foreslår derfor at bestemmelsen ikke videreføres i en ny lov. Det vises ellers til det som er sagt over om at det ikke er nødvendig med bortvisningsvedtak for utlendinger som er utvist fra Norge, dersom innreiseforbudet fremdeles gjelder. Første del av utlendingsloven § 27 første ledd bokstav b foreslås derfor heller ikke videreført.

12.2.3.7 Saksbehandling

Bortvisning kan skje på en rekke forskjellige grunnlag, jf. utlendingsloven § 27. Noen grunnlag er lett konstaterbare, for eksempel manglende pass og visum, jf. bokstav a. Andre grunnlag bygger på en mer sammensatt vurdering, som for eksempel om det foreligger forhold som gir særlig grunn til å frykte at utlendingen vil begå straffbare handlinger som har en strafferamme på mer enn tre måneders fengsel, jf. bokstav e. I dag er saksbehandlingsreglene de samme enten det dreier seg om lett konstaterbare kriterier eller en mer sammensatt vurdering. Med unntak av bortvisning etter § 27 bokstav j (når det er nødvendig av hensyn til Norges eller annet Schengenlands nasjonale sikkerhet, offentlige orden eller internasjonale forbindelser), treffes avgjørelse om bortvisning etter § 27 av politimesteren eller den han bemyndiger, jf. § 31. Dette praktiseres som nevnt de fleste steder slik at avgjørelsen må treffes av en jurist. Fordi avgjørelsen må treffes av en jurist, blir saksbehandlingstiden i mange tilfeller unødig lang. Dette medfører en unødig bruk av ressurser, og er også uheldig for utlendingen selv.

Utvalget har vurdert om avvisning bør innføres som en egen reaksjonsform i tillegg til bortvisning for de grunnlag som omfatter lett konstaterbare og grunnleggende innreisevilkår. I fremmedloven av 1956 hadde man et avvisningsinstitutt, som ved utlendingsloven av 1988 ble innarbeidet i reglene om bortvisning. Alternativet til et slikt avvisningsinstitutt er å innføre forenklede saksbehandlingsprosedyrer i tilknyting til bortvisning. I utgangspunktet er det mye som taler for at avvisning med forenklede saksbehandlingsregler er en hensiktsmessig reaksjon der helt grunnleggende innreisevilkår ikke er oppfylt, for eksempel kravet om pass eller visum. I slike tilfeller burde det heller ikke være nødvendig at det er en jurist som treffer avgjørelsen. Utvalget mener imidlertid at det uansett er nødvendig å opprettholde bortvisning som en reaksjonsform også ved innreise i tilknytning til de mer sammensatte grunnlag for bortvisning. Utvalget er derfor kommet til at den beste løsning er å opprettholde reaksjonsformen bortvisning i tilknytning til alle grunnlag. Det ville lett bli uoversiktlig dersom man ved innreise skulle ha reaksjonsmuligheter i form av både avvisning og bortvisning. Dagens praksis med bortvisning er dessuten godt innarbeidet.

Utvalget har på denne bakgrunn konkludert med at bortvisningsinstituttet bør videreføres, men at det for enkelte bortvisningsgrunner bør innføres enklere saksbehandlingsregler blant annet for å effektivisere grensekontrollen.

Utvalget foreslår at vedtak om bortvisning ved innreise skal kunne besluttes av polititjenestemann i tilfeller hvor bortvisning skjer på grunnlag av lett konstaterbare kriterier. Utvalget foreslår at dette skal omfatte bortvisning på grunn av manglende reisedokument eller visum. Videre bør det omfatte personer som er innmeldt i SIS. Dette er personer som i utgangspunktet har innreiseforbud i hele Schengenområdet, et innreiseforbud Norge er forpliktet til å håndheve. Hvorvidt vedkommende er registrert i SIS eller tidligere er utvist fra Norge, er lett å kontrollere i registre som er tilgjengelig i grensekontrollen. Avgjørelser om bortvisning som ikke er av en slik karakter at de omfattes av den enklere saksbehandlingen beskrevet over, bør fortsatt treffes av politimesteren eller jurist i politiet i henhold til delegasjon fra politimesteren. Det vises til lovutkastet § 17 fjerde og femte ledd.

I de enkleste tilfellene mener utvalget at det ikke er nødvendig med skriftlig begrunnelse. Bortvisningsvedtaket bør heller ikke være gjenstand for klageadgang. Det dreier seg her om grunnleggende vilkår som må være oppfylt for at innreise skal tillates. I tilfeller hvor bortvisning skjer på grunnlag av manglende pass eller visum, kan utlendingen komme tilbake til Norge og reise inn i riket straks forholdene er rettet opp. For så vidt gjelder utlendinger med innreiseforbud, er situasjonen at de ikke har rett til å reise inn i riket med

mindre de har fått tillatelse av myndighetene, og slik tillatelse må innhentes før vedkommende kommer til grensen, jf. kapittel 12.2.3.4. På denne bakgrunn foreslår utvalget at det presiseres i lovteksten at bortvisning som begrunnes i ett av disse forhold ikke medfører begrunnelsesplikt og klageadgang når avgjørelsen treffes i tilknytning til grensekontroll før vedkommende er gitt adgang til riket. Dersom forholdene først avdekkes etter innreise, vil bortvisning kunne fremstå som et mer inngripende tiltak, særlig hvis utlendingen har oppholdt seg en stund i landet. I slike tilfeller bør avgjørelse om bortvisning treffes som enkeltvedtak.

Som nevnt i kapittel 12.2.1.3 kan politimesteren eller den han bemyndiger i stor utstrekning fatte vedtak om bortvisning i medhold av utlendingsloven § 31 første ledd, jf. utlendingsforskriften § 118 sjette og syvende ledd. Utvalget foreslår at denne kompetansen lovfestes og utvides noe. Det vises til lovutkastet § 76 annet ledd.

I saker om bortvisning på grunnlag av rikets sikkerhet og bortvisning senere enn tre måneder etter innreise, bør vedtak fattes av Utlendingsdirektoratet. Også i sak hvor utlendingen påberoper seg å være flyktning, eller hvor det for øvrig foreligger forhold som tyder på at reglene om beskyttelse kan komme til anvendelse, bør vedtak fortsatt fattes av direktoratet. Det vises til lovutkastet §§ 17 sjette ledd og 76 annet ledd.

For så vidt gjelder EØS- og EFTA-borgere foreslår utvalget at politiet kan treffe vedtak om bortvisning for de grunnlag som er omfattet i gjeldende lov § 57 bokstav a og c i inntil tre måneder etter innreise, jf. lovutkastet § 17 annet ledd og § 76 annet ledd. Avgjørelse om bortvisning i tilknytning til innreise på grunnlag av forhold som omtalt i § 57 bokstav a, jf. utkastet § 17 første ledd bokstav a, kan treffes av polititjenestemann i henhold til de forenklede prosedyrer beskrevet over. For øvrig treffes beslutningen av politimesteren eller jurist i politiet etter delegasjon. Vedtak om bortvisning senere enn tre måneder etter innreise eller i sak om beskyttelse, og vedtak om bortvisning begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet eller tvingende samfunnsmessige hensyn, treffes av UDI, jf. utkastet §§ 17 fjerde til sjette ledd og 76 annet ledd.

12.2.3.8 Spørsmålet om bortvisning med innreiseforbud

Arbeidsgruppen som utarbeidet rapporten om trusler og alvorlig kriminalitet, særlig familievold og annen grov vold[9] foreslo at det skulle kunne ilegges innreiseforbud ved bortvisning. Formålet var å få gjerningsmannen raskt ut av landet i saker om familievold og annen alvorlig kriminalitet, uten å måtte vente på domfellelse. Hensikten var å beskytte fornærmede i slike saker. Departementet har i brev av 29.04.2003 overlatt til utvalget å vurdere forslaget.

Rapporten sier ikke uttrykkelig om innreiseforbudet bare skal gjelde bortvisningsvedtak på grunn av straffbare handlinger, eller om det også skal gjelde ved bortvisning på andre grunnlag. Videre fremgår det ikke om utlendingen må være siktet for det straffbare forholdet, eller om status som mistenkt vil være tilstrekkelig. Ut fra formålet med forslaget forstår utvalget det imidlertid slik at et innreiseforbud bare vil være aktuelt i bortvisningssaker på grunnlag av siktelse for straffbare forhold.

Det er heller ikke klart hvilke bortvisningsgrunnlag i dagens lovverk som vil være aktuelle. Det er nærliggende å anta at grunnlaget i utlendingsloven § 27 første ledd bokstav e annet alternativ - om at man kan bortvise utlending når det foreligger omstendigheter som gir særlig grunn til å frykte at utlendingen her i riket vil begå straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder - bør kunne anvendes. Et alternativt grunnlag kan være utlendingsloven § 27 første ledd bokstav j, som gir adgang til å bortvise utlending hvis det anses nødvendig av hensyn til den offentlige orden.

Utvalget mener at det ikke er grunn til å innføre innreiseforbud ved bortvisning på særskilte grunnlag. Dette vil i realiteten være utvisning. Vedtak med innreiseforbud er vedtak av meget inngripende karakter, hvor særskilte rettssikkerhetshensyn gjør seg gjeldende. Disse hensyn ivaretas gjennom utvisningsreglene, blant annet ved at det kreves at utlendingen er ilagt straff for de forhold som begrunner utvisning, og ved at det foretas en vurdering av om utvisning er et forholdsmessig tiltak på bakgrunn av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket. Dette er en sammensatt vurdering hvor flere hensyn spiller inn, som nærmere beskrevet i kapittel 12.3.1.4. Disse hensyn ivaretas ikke i bortvisningsreglene, nettopp fordi bortvisning ikke innebærer et forbud mot senere innreise i riket. Etter utvalgets oppfatning vil det ikke være akseptabelt å fatte vedtak med innreiseforbud som bare er basert på en siktelse, og hvor det heller

9. Arbeidsgruppe nedsatt den 30. april 2002 med frist for å fremlegge rapporten til 16. mai 2002. Gruppen ble ledet av statssekretærene Kristin Ørmen Johnsen i Kommunal- og regionaldepartementet og Jørn Holme i Justisdepartementet. Både Utlendingsdirektoratet og Politidirektoratet var representert.

ikke foretas en vurdering av om vedtaket er et uforholdsmessig tiltak. Utvalget kan på denne bakgrunn ikke anbefale forslaget. Det vil også skape et uoversiktlig system med en utvanning av skillet mellom bortvisning og utvisning dersom bortvisning i visse tilfeller skulle innebære innreiseforbud. Fornærmedes behov for beskyttelse må i disse saker ivaretas ved straffeprosesslovens virkemidler, for eksempel ved å ilegge besøksforbud i medhold av straffeprosessloven § 222a .

12.3 Utvisning

12.3.1 Gjeldende rett

Ved lov 02.07.2004 nr. 67 vedtok Stortinget endringer i utlendingsloven §§ 29 og 30. Endringene forventes å tre i kraft omtrent samtidig med at utvalget avgir sin innstilling. Den følgende redegjørelse for §§ 29 og 30 bygger på bestemmelsene slik de lyder etter lovendringen.

12.3.1.1 Utvisningsinstituttets begrunnelse. Utvisningsgrunner

De fleste stater har regler som gir grunnlag for å utvise utlendinger som er uønsket i landet. Fremmedlovutvalget anbefalte i sin tid at utvisningsinstituttet ble opprettholdt i utlendingsloven.[10] Som det vil fremgå i kapittel 12.3.1.5 og 12.3.3.1, står allmennpreventive hensyn sentralt. Også hensynet til den alminnelige rettsfølelse har betydning. Justiskomiteen la til grunn i innstillingen fra 1987-88 at

> "det vil være i strid med den alminnelige rettsoppfatning i befolkningen hvis myndighetene ikke skal ha adgang til å utvise utlendinger som gjør seg skyldig i alvorlige forbrytelser. Komiteen mener det vil være til skade også for innvandrerne som gruppe." [11]

Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a inneholder tre forskjellige utvisningsalternativ. Man kan utvises for grovt brudd på utlendingsloven, for gjentatte overtredelser av loven, og for å unndra seg gjennomføring av vedtak som innebærer at man skal forlate landet.

Ved at myndighetene kan utvise utlendinger som grovt har overtrådt utlendingsloven i medhold av § 29 første ledd bokstav a første alternativ, kan det treffes vedtak om utvisning for slike lovbrudd uten å måtte gå veien om tiltale og straff. Hovedhensikten med bestemmelsen har vært at man skulle ha muligheten for å avslå en søknad om arbeids- eller oppholdstillatelse uten at vedkommende var straffet eller utvist på grunn av lovovertredelsen.[12] De mest aktuelle overtredelsene vil være ulovlig opphold og ulovlig arbeid. Hvilke overtredelser som kan anses som grove, beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Ved mindre alvorlige overtredelser vil en mildere reaksjon, som regel bortvisning, ofte bli benyttet.

Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a annet alternativ gjelder gjentatte overtredelser av utlendingsloven. Ved at gjentatte overtredelser kan være utvisningsgrunn, rammes også overtredelser som ikke er så grove hver for seg, men som samlet kan betraktes som et grovt forhold. Det er ikke noe krav om et visst antall overtredelser før utvisning kan være aktuelt. Det er videre ikke avgjørende at det har blitt reagert mot forutgående overtredelser for at man skal se dem i sammenheng, og det er heller ikke avgjørende at det har gått en viss tid mellom overtredelsene.

Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a siste alternativ gir adgang til å utvise utlending som unndrar seg gjennomføring av vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket, typisk etter å ha fått avslag på søknad om asyl.

Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav b gir adgang til utvisning av utlending som "for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbart forhold som nevnt". Begrunnelsen for femårsfristen er "at det en gang må settes en strek for virkningen av gamle synder."[13] Det er et krav at forholdet kan medføre fengselsstraff i mer enn tre måneder etter norsk lov.

Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c gir adgang til utvisning av utlending som er ilagt straff for straffbare handlinger i riket, og er det mest praktiske utvisningsgrunnlaget. Bestemmelsen krever i utgangspunktet at straffebudet må ha en strafferamme på minst tre måneder. Utlendingen kan imidlertid også utvises etter bestemmelsen hvis han er ilagt fengselsstraff flere ganger i løpet av de siste tre årene, uten at det er noe krav til strafferammen. Begrunnelsen er at vedkommende i slike tilfeller ikke kan sies å ha vist vilje til å innordne seg det norske lovverk, selv om de enkelte lovbrudd isolert sett kan sies å være av mindre alvorlig karakter.

10. NOU 1983:17 s. 203 første spalte
11. Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 18 første spalte
12. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 228 annen spalte
13. NOU 1983:47 s. 334 annet spalte, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 229 første spalte

Både etter utlendingsloven § 29 første ledd bokstav b og c vil ilagt særreaksjon kunne danne grunnlag for utvisning. Tidligere var sikring uttrykkelig omfattet av bestemmelsen, men dette er nå erstattet av forvaring og overføring til tvungent psykisk helsevern. Forvaring er straff, jf. straffeloven § 15, mens overføring til tvungent psykisk helsevern er en strafferettslig særreaksjon.

Utvisning kan også vedtas hvor hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig, jf. utlendingsloven § 29 første ledd bokstav d. Fremmedlovutvalgets forslag omfattet også "tvingende samfunnsmessige hensyn", men dette ble fjernet av Justiskomiteen i samråd med Justisdepartementet da vilkåret ble ansett ikke å ha selvstendig betydning.[14] Det vises til kapittel 13.5.1 for en nærmere redegjørelse for begrepet rikets sikkerhet. Det er ikke noe krav om at utlendingen skal være straffet for å ha forbrutt seg mot rikets sikkerhet. I saker hvor rikets sikkerhet er vurderingstema, har Kommunal- og regionaldepartementet instruksjonsrett overfor Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda, jf. kapittel 13.2.1.

FNs Sikkerhetsråds resolusjon 1373 punkt 2 bokstav c påbyr statene å sørge for at staten ikke utgjør eller tilbyr trygt tilholdssted for personer som finansierer, planlegger, støtter eller utfører terrorhandlinger eller som gir trygt tilholdssted til disse. Utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav e og 30 annet ledd bokstav c gir grunnlag for utvisning "når utlendingen har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse". Disse bestemmelsene kom til etter at straffeloven hadde fått tilføyd nye regler om terrorvirksomhet, jf. straffeloven §§ 147a og 147b. Det er redegjort for endringene i Ot.prp. nr. 61 (2001-2002).[15] Det ble blant annet fremhevet at det bør fremgå klart av utlendingsloven at terrorister og personer med tilknytning til terrorisme kan utvises selv om aktiviteten ikke er rettet mot Norge eller de ikke er dømt for forholdet.[16]

Utlending som er straffet for overtredelse av straffeloven §§ 147a eller 147b vil kunne utvises i medhold av utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c og § 30 annet ledd bokstav b om utvisning på grunn av ilagt straff, men dette utvisningsgrunnlaget ble ikke ansett tilstrekkelig for å oppfylle forpliktelsene i resolusjonen punkt 2 bokstav c. Etter utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav e og 30 annet ledd bokstav c, som ble vedtatt ved lov 28.06.2002 nr. 54, kan myndighetene imidlertid utvise utlending uten at han er straffet for overtredelse av straffelovens bestemmelser om terrorisme. Det er heller ikke nødvendig å konstatere straffansvar. Det er tilstrekkelig å konstatere at den objektive gjerningsbeskrivelsen er overtrådt.

Det foreligger foreløpig ikke relevant praksis vedrørende de nye bestemmelsene i utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav e og 30 annet ledd bokstav c. Utvalget legger imidlertid til grunn at departementet har instruksjonsrett i enkeltsaker overfor Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda med hensyn til om det skal treffes vedtak om utvisning etter disse bestemmelsene. Instruksjonsretten omfatter saker hvor det foreligger utenrikspolitiske hensyn, jf. utlendingsloven § 38 første ledd, og saker som i så sterk grad følger av våre internasjonale forpliktelser må sies å være omfattet av dette begrepet.

Utlendingsloven § 29 første ledd bokstav f gir hjemmel for å utvise utlending "når en administrativ myndighet i et land som deltar i Schengensamarbeidet har truffet endelig avgjørelse om bortvisning eller utvisning av utlendingen på grunn av manglende overholdelse av landets bestemmelser om utlendingers innreise eller opphold." Bestemmelsen er et resultat av implementeringen av EU-direktiv 2001/40 om gjensidig anerkjennelse av avgjørelser om utsendelse av tredjelandsborgere. (Direktivet er omtalt i punkt 12.3.3.11.)[17] Det følger av direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav b at en utlending anses omfattet av en beslutning om utsendelse etter direktivet artikkel 1 når utsendelsen er basert på en manglende overholdelse av nasjonale regler om utlendingers innreise eller opphold. Implementeringen betyr at utlendingen kan utvises fra Norge når han av en administrativ myndighet i et annet Schengenland er vedtatt bortvist eller utvist på grunn av manglende overholdelse av reglene om innreise eller opphold. Bortvisningen eller utvisningen kan foretas direkte til vedkommendes hjemland i stedet for til det land vedkommende er bortvist eller utvist fra.

14. Eli Fisknes: Utlendingsloven med kommentarer (Oslo, 1994) s. 282
15. Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot terrorisme - gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 28. september 2001)
16. Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) punkt 11.1
17. Det er redegjort for gjennomføringen av direktivet i detalj i Ot.prp. nr. 49 (2002-03) om lov om endringer i utlendingsloven.

12.3.1.2 Absolutte hindre mot utvisning

En utlending kan ikke utvises dersom vedkommende har krav på beskyttelse i henhold til Norges internasjonale forpliktelser, jf. kapittel 6.4. Utlendingsloven § 15 fjerde ledd, som fastsetter at vernet etter § 15 kommer til anvendelse ved alle vedtak etter loven, må forstås slik at det aldri skal fattes vedtak om utvisning dersom § 15 første ledd eller non refoulement-prinsippet er til hinder for å gjennomføre vedtaket.

Utlendingsloven § 30 første ledd gir videre et absolutt vern mot utvisning for utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her. Det som skiller disse fra norske borgere, er som regel bare det formelle statsborgerskapet, og de er derfor innrømmet et like sterkt vern mot utvisning.

12.3.1.3 Situasjoner med skjerpet krav til utvisningsgrunnlaget

Utlendingsloven § 58 stiller strengere krav for utvisning av utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Adgangen til å utvise nordiske borgere er regulert av samme bestemmelse.[18] EU-direktiv 64/221 ligger til grunn for utformingen av utvisningsreglene i § 58.

Hovedregelen er at utvisning, som vil være en begrensning i retten til fri bevegelighet, bare kan vedtas når hensynet til offentlig orden og sikkerhet tilsier det. Direktivet nevner også hensynet til folkehelsen (”*public health*”), men dette er ikke en del av utvisningsgrunnlaget i utlendingsloven § 58. Begrunnelsen for dette er at EØS-avtalen ikke pålegger norske myndigheter å ha en slik utvisningsgrunn, og det ble ansett som lite hensiktsmessig å ha en slik bestemmelse.[19] Uttrykket ”sikkerhet” tilsvarer noenlunde innholdet i begrepet ”rikets sikkerhet” som er brukt andre steder i loven,[20] og det vises til redegjørelsen i kapittel 13.5.1. Begrepet ”offentlig orden” dekker grovt sagt bekjempelse av kriminalitet og annen adferd som anses å være i strid med tradisjonelle moralnormer. Terrorister og andre som har begått alvorlig kriminalitet vil klart kunne utvises med henvisning til at hensynet til offentlig orden og sikkerhet tilsier det.

Direktiv 64/221 krever at utvisningsvedtaket bare kan begrunnes i vedkommendes personlige forhold, hvilket også er kommet til uttrykk i utlendingsloven § 58 annet ledd. Dette betyr at det ikke kan tas allmennpreventive hensyn ved utvisningen.[21] Det er dessuten et krav etter utlendingsloven § 58 annet ledd at det må foreligge ”en aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.” Formuleringen er hentet fra EF-domstolens rettspraksis om utvisning av andre medlemslands borgere. Den kan sies å angi terskelen for den proporsjonalitetsvurdering - forholdsmessighetsvurdering - som EF- og EØS-retten krever ved vedtak rettet mot borgere av andre medlemsland. Det er vanskelig å si generelt hvor grensen går, og det vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.[22] Kravet om proporsjonalitet innebærer dessuten at dersom tilsvarende handlinger begått av et lands egne borgere ikke fører til nevneverdige reaksjoner fra myndighetenes side, kan det heller ikke reageres med utvisning mot en EØS-borger. Dette er fastlått av EF-domstolen.[23]

I EU-direktiv 64/221 artikkel 3 nr. 2 er det videre bestemt at tidligere ilagt straff i seg selv ikke er tilstrekkelig for å anse utlendingen som en slik alvorlig trussel. EF-domstolen har tolket dette dit hen at tidligere begåtte kriminelle handlinger eller forstyrrelse av offentlig orden bare kan tillegges vekt ved vurderingen dersom de omstendigheter som lå til grunn for at forbrytelsen eller ordensforstyrrelsen ble begått, gir god grunn til å anta at utlendingens personlige forhold er slik at de representerer en trussel mot offentlig orden eller sikkerhet. Domstolen har dermed åpnet for at en tidligere straffedom i visse tilfeller kan være tiltrekkelig grunnlag for å vurdere den enkelte som en trussel, slik at det kan treffes vedtak om utvisning.[24]

Utlendingsloven § 58 tredje ledd gir også adgang til utvisning av utlending som er omfattet

---

18. Tidligere gjaldt det i tillegg en særskilt bestemmelse om strengere krav til strafferamme for utvisning av nordisk borger i utlendingsloven § 29 annet ledd, men denne hadde i realiteten ingen selvstendig betydning, og ble fjernet ved lovendringen 02.07.2004.
19. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 77
20. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 78
21. Ot.prp. nr. 72 (1991-92) s. 101
22. UDI har gitt retningslinjer for praktiseringen av utlendingsloven § 58 i rundskriv 02-107 OPA.
23. Sak C-115 Adiou og 116/81 Cournaille. Se også uttalelse fra EU-kommisjonen fra 1999 basert på EF-domstolens rettspraksis: “[A] State cannot discriminate between its own nationals and other citizens of the Union where it concerns conduct which is deemed to be a threat to public policy or pbulic security. If such conduct on the part of its own nationals is not subject to serious repressive measures, it cannot be a cause for expulsion of other citizens of the Union.” (Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the special measures concerning the movement and residence of citizens of the Union which are justified on grounds of public policy, public security or public health (COM/99/0372).)
24. EU-domstolen: Sak 30-77 Regina mot Pierre Bouchereau. Sak C-348/96 Areios Pagos mot Donatella Calfa

av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen når vedkommende har overtrådt terrorbestemmelsene i straffeloven §§ 147a eller 147b. Bestemmelsen utvider ikke adgangen til å utvise en utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, men må tolkes som en presisering av et tilfelle som vil være dekket av gjeldende direktiv.

Utlendingsloven § 30 annet ledd har særskilte regler som begrenser adgangen til å utvise utlending som fyller kravene til bosettingstillatelse. Det stilles ikke krav om innvilget bosettingstillatelse. Det er tilstrekkelig at vedkommende fyller vilkårene.

Utlending som fyller vilkårene for bosettingstillatelse kan for det første utvises dersom hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig, jf. loven § 30 annet ledd bokstav a. For det annet kan det treffes vedtak om utvisning på grunn av sonet eller ilagt straff eller ilagt særreaksjon, jf. § 30 annet ledd bokstav b. Det er et vilkår at lovbruddet kan føre til straff i to år eller mer. For at soning/domfellelse utenlands skal kunne danne grunnlag for utvisning, må det treffes vedtak innen fem år, mens fristen er ett år dersom utlendingen sonet eller ble domfelt i Norge. For det tredje kan det treffes vedtak om utvisning etter § 30 annet ledd bokstav c ved overtredelse av terrorbestemmelsene i straffeloven §§ 147a og § 147b, jf. nærmere kapittel 12.3.1.1. Det vises for øvrig til kapittel 10.1.7.

Også utlending som har arbeids- eller oppholdstillatelse er gitt et utvidet vern mot utvisning, jf. utlendingsloven § 29 tredje ledd. For at en utlending med arbeids- eller oppholdstillatelse skal kunne utvises på grunn av et straffbart forhold, må forholdet enten kunne føre til fengselsstraff i mer enn ett år, eller gjelde overtredelse av

- straffeloven § 228 første ledd (legemsfornærmelse),
- straffeloven § 237 (uaktsom legemsbeskadigelse),
- straffeloven § 342 første ledd bokstav b og c (brudd på oppholds- og besøksforbud),
- straffeloven § 352a (bæring av farlig redskap på offentlig sted),
- straffeloven § 384 (deltakelse i slagsmål som medfører død eller betydelig skade),
- straffeloven § 385 (bruk av farlig redskap under slagsmål).

Strafferammen i de nevnte bestemmelser er seks måneder fengsel. Tidligere var det et absolutt vilkår at det straffbare forhold hadde en strafferamme på fengsel i mer enn ett år, men dette ble endret ved lov 02.07.2004 nr. 67. Formålet med lovendringen var for det første i større grad å beskytte dem som er utsatt for vold og trakassering fra utlendingers side i Norge. For det annet ble det ansett å være behov for en utvidet utvisningsadgang ved vold og truende adferd som er rettet mot andre enn nære familiemedlemmer, og for det tredje mente man at en senking av strafferammen vil kunne ha en preventiv effekt.[25]

12.3.1.4 Forholdsmessighetsvurderingen

Det kan ikke fattes vedtak om utvisning dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene, jf. utlendingsloven §§ 29 annet ledd, 30 tredje ledd og 58 femte ledd. (For borgere av EØS- og EFTA-land, jf. § 58 femte ledd, følger dette også av EF-retten og EØS-retten.) Utvisning av tredjelandsborgere[26] på grunn av hensynet til rikets sikkerhet kan imidlertid etter ordlyden foretas uavhengig av om det fremstår som et uforholdsmessig tiltak, jf. §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd. Det fremgår av forarbeidene at det ikke var meningen å utelukke en forholdsmessighetsvurdering i disse tilfellene, men man ønsket å stille utlendingsmyndighetene "noe friere" i denne type saker.[27] (Opprinnelig var det heller ikke et krav om at utvisning for brudd på utlendingsloven eller oversittelse av utreisefrist ikke måtte være et uforholdsmessig tiltak, jf. § 29 første ledd bokstav a, men dette ble endret ved lov 30.04.1999 nr. 22.)[28]

Hvorvidt utvisning er et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen eller de nærmeste familiemedlemmene, typisk ektefelle og barn, beror på en sammensatt vurdering. "Forholdets alvor" vil omfatte både straffebudets strafferamme og den idømte straff. Ved vurderingen av "utlendingens tilknytning til riket" legges det blant annet vekt på hvor lenge utlendingen har oppholdt seg i landet, om og eventuelt hvor mange eller hvor nære slektninger som er bosatt i Norge, graden av integrering, hvorvidt vedkommende ankom Norge i ung alder, og tilknytningen til hjemlandet. Andre forhold som tillegges vekt, vil blant annet være muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet og utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand. Ved vurderingen av om tiltaket er uforholdsmessig må myndighetene ta hensyn til Norges internasjonale forpliktelser, jf. kapittel 12.3.1.5.

---

25. Ot.prp. nr. 51 (2003-2004), Innst. O. nr. 93 (2003-2004)
26. Dvs. utlendinger som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen.
27. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 230 første spalte
28. Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99)

Forholdsmessighetsvurderingen kan prøves fullt ut av domstolene, jf. Rt. 1998 s. 1795. I det følgende vil forholdsmessighetsvurderingen bli illustrert ved gjengivelse av enkelte sentrale høyesterettsdommer.

Rt. 1998 s. 1795 gjaldt utvisning av en person som kom til Norge som 13-åring i 1976. Utvisning ble vedtatt på bakgrunn av en fengselsdom på 1 år og 2 måneder for narkotikaovertredelser og andre forhold. Høyesterett vurderte forholdsmessigheten av utvisningsvedtaket slik:

> "Da A kom til Norge, var han 13 år. På det tidspunkt den straffedom som ligger til grunn for utvisningsvedtaket, ble avsagt, hadde han bodd i Norge i 17 år. Selv om A har hatt lang botid i Norge, fremstår det - på bakgrunn av det forholdsvis alvorlige narkotikalovbrudd som ligger til grunn for utvisningen - etter min mening ikke som noe uforholdsmessig tiltak å utvise ham fra landet. A er gift og har ektefelle og tre barn i Pakistan. Han har også foreldre og seks søsken der. Den familietilknytning han har til Norge, består i at hans onkel og tante som har fungert som fosterforeldre for ham siden han kom til Norge, bor her, men etter det som er opplyst, er den kontakt han har med disse, forholdsvis beskjeden. A har hele tiden mens han har bodd i Norge, beholdt kontakten med familien i Pakistan. Han snakker punjabi, som er hans morsmål, og noe urdu, og er kjent med pakistanske samfunnsforhold. Fra før A kom til Norge, har han femårig folkeskole fra Pakistan. Han har i løpet av de senere år vært på flere forholdsvis langvarige besøk i Pakistan. I løpet av 1990-tallet har han oppholdt seg i Pakistan i til sammen ett år. Selv om A har lang botid i Norge, har han den vesentligste familietilknytning i Pakistan. På bakgrunn av det forholdsvis alvorlige forhold han er dømt for, må det etter min mening være berettiget å utvise ham fra Norge."

Dommen viser at den utvistes tilknytning til Norge vil bli vurdert opp mot eventuell tilknytning vedkommende måtte ha til hjemlandet. I dette tilfellet var tilknytningen til hjemlandet særlig sterk, selv om han hadde kommet til landet i ung alder og hadde lang botid her. Utvisningen var derfor ikke et uforholdsmessig tiltak. Dommen illustrerer også at man vurderer tilknytningen konkret. Har utlendingen ankommet riket i voksen alder, vil dette kunne tale mot at utvisning er et uforholdsmessig tiltak. Det ble blant annet uttalt i Rt. 1996 s. 551:

> "Tilknytningen vil i alminnelighet være svakere for en utlending som har fått bosettingstillatelse her i landet i voksen alder enn for en utlending som kom til landet mens han var barn og har bodd her siden. I praksis vil man selvsagt møte alle former for overgangstilfelle her. For en utlending som har fått bosettingstillatelse i Norge i voksen alder, kan hans personlige tilknytning til landet normalt ikke komme i betraktning med noen særlig styrke når han har begått alvorlige forbrytelser."

I Rt. 2000 s. 591 var en person utvist på grunn av en dom om ubetinget fengsel i to år for blant annet utuktig omgang med datter og med samboerens to barn fra et tidligere ekteskap. Vedkommende hadde bodd i riket siden 1985. Flertallet på tre dommere mente at utvisning ikke var et uforholdsmessig tiltak, selv om familien ville bli splittet og utsatt for en betydelig belastning. I forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen uttalte flertallet:

> "Videre gjør lovhistorien og reelle hensyn det etter min mening naturlig å tolke § 30 tredje ledd slik at det ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til før det kan bli tale om å anse en utvisning som et « uforholdsmessig tiltak » i lovens forstand. I forlengelsen av dette sistnevnte synspunkt vil jeg understreke at det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger."

Ved vurderingen av den utvistes tilknytning til riket ble det i liten grad lagt vekt på hvordan den ville ramme ham selv. Dette ble begrunnet med at han kom til landet i voksen alder.

Når det gjaldt resten av familiens tilknytning til den utviste, uttalte flertallet:

> "Som uttalt i Justisdepartementets begrunnelse for utvisningsvedtaket, må det legges til grunn at det er mulig for familien å leve samlet i Polen, men at hustruen av ulike grunner ikke ønsker dette, og at utvisningen vil innebære at A atskilles fra den familie han nå bor sammen med. Kontakten vil derfor i de nærmeste år, inntil A i tilfelle kan få innreisetillatelse til Norge, begrense seg til eventuelle besøk i Polen."

Flertallet konkluderte slik:

> "Selv om det er nære familiemedlemmer som er krenket ved de straffbare handlinger, må jeg legge til grunn at en utvisning vil innebære en betydelig belastning for ektefellen og de to barna. Men veiet opp mot de alvorlige forbrytelser som A er domfelt for, og som skal tilleg-

ges en særlig betydning etter utlendingsloven § 30 tredje ledd, finner jeg ikke at utvisningen representerer et uforholdsmessig tiltak."

Dommen illustrerer at det ved alvorlig kriminalitet må kunne påvises uvanlig store belastninger for den utviste selv eller hans familie før utvisning kan karakteriseres som et uforholdsmessig tiltak. Ved alvorlig kriminalitet vil dette kunne medføre at familien blir splittet.

Det er ikke helt uvanlig at situasjonen til en utlending som er utvist (og eventuell familie) endrer seg frem til iverksettelsen av et utvisningsvedtak, for eksempel i tilfeller hvor utlendingen soner en lang fengselsstraff eller hvor det er vanskelig å få effektuert vedtaket. Det kan reises spørsmål om hvilken betydning opparbeidet, eller forsterket, tilknytning skal få. I tilfeller hvor vedtaket ikke er iverksatt innen ett år fra det ble truffet, skal forholdsmessigheten vurderes på nytt før iverksettelse, jf. utlendingsforskriften § 126 første ledd.

I forhold til et inngått ekteskap vil det kunne anføres at hvis ektefellene på tidspunktet for inngåelsen av ekteskapet visste at den ene part var utvist eller ville kunne bli utvist, vil det redusere ekteskapets betydning for forholdsmessighetsvurderingen. I retts- og forvaltningspraksis er det lagt til grunn at tilknytning opparbeidet etter at utlendingen var kjent med at han eller hun kunne bli utvist, ikke kan tillegges særlig vekt. I et slikt tilfelle har utlendingen og ektefellen ikke hatt en berettiget forventning om å leve sammen i riket. Hvis den utviste også har fått barn i det nye forholdet, kan imidlertid forholdsmessighetsvurderingen falle annerledes ut, først og fremst av hensyn til barnet, men også dette spørsmål må bero på en konkret vurdering av alle relevante hensyn. Som illustrasjon på vurderingen av etterfølgende omstendigheter kan nevnes Borgarting lagmannsretts dom inntatt i RG 2002 s. 969. Saksøkeren, som var fra Iran, ble utvist i 1998 etter å ha sonet en dom for grovt ran. Han søkte imidlertid asyl og ble værende i landet mens søknaden var til behandling. Han giftet seg med en norsk statsborger av iransk opprinnelse i 2000. Retten uttalte blant annet:

"Et særlig spørsmål ved forholdsmessighetsvurderingen - både i relasjon til botid og andre momenter - er hvorvidt domstolene kan legge vekt på faktiske forhold som er inntruffet etter utvisningsvedtaket [ ]. Ofte vil slike etterfølgende forhold dreie seg om omstendigheter som er til gunst for utlendingen, enten det gjelder den automatisk økte botid eller mer individuelle forhold, for eksempel familieetablering i ettertid. Det kan imidlertid også dreie seg om forhold som er til ugunst for utlendingen, for eksempel ny kriminalitet. [ ] Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta endelig stilling til om faktum etter vedtakstidspunktet har relevans i utvisningssaker. Lagmannsretten er enig med staten i at etterfølgende forhold til gunst for utlendingen, som i den foreliggende sak, under enhver omstendighet bare kan tillegges begrenset vekt. [ ] [Saksøkerens] botid etter januar 1998 og hans familieetablering gjennom ekteskapsinngåelsen sommeren 2000 kan således bare tillegges begrenset - om noen - vekt. Selv om man må legge til grunn at ektefellen ikke blir med til Iran, kan hensynet til henne og det kommende barnet følgelig ikke være utslagsgivende."

12.3.1.5 Internasjonale forpliktelser

Som nevnt i punktet over følger det av EF-retten og EØS-retten at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering - forholdsmessighetsvurdering - ved vedtak rettet mot borgere av andre medlemsland. EF-domstolens og EFTA-domstolens rettspraksis vil i denne sammenheng være retningsgivende ved tolkningen av utlendingsloven.

Reglene i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) har stått sentralt ved vurderingen av utvisningssaker. EMK artikkel 3, som forbyr tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling, er gjennom Den europeiske menneskerettsdomstols praksis gitt ekstraterritoriell virkning ved at det er forbudt å returnere utlending til noe land hvor vedkommende risikerer behandling i strid med bestemmelsen.[29] Artikkel 3 fungerer derfor også som et vern mot utvisning. Det vises til kapittel 6.4.2.2 for en nærmere omtale av bestemmelsen.

Videre er EMK artikkel 8 om vern av retten til familieliv og privatliv viktig i utvisningssaker.[30] Bestemmelsen kan etter omstendighetene begrense myndighetenes adgang til å utvise utlendinger eller på annen måte sende dem ut av landet. Artikkel 8 lyder i norsk oversettelse:

1. "Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og

29. Se blant annet Soering mot UK (appl. no. 14038/88).
30. Se blant annet Moustaquim mot Belgia (omtalt nedenfor), Nasri mot Frankrike, Bouchelkia mot Frankrike, El Boujaidi mot Frankrike, Boujlifa mot Frankrike, Beldjoudi mot Frankrike og Amrollahi mot Danmark. Se også henvisningene til norske høyesterettsdommer senere i dette avsnittet.

er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter."

Et vedtak om utvisning som innebærer inngrep i familieliv eller privatliv er bare tillatt dersom vilkårene i artikkel 8 nr. 2 er oppfylt. Utvisningen må være i samsvar med loven og må fremme et av de nærmere angitte formål. Videre må utvisningen være nødvendig i et demokratisk samfunn. Det nærmere innholdet i EMK artikkel 8 kan ikke fastlegges én gang for alle. Bestemmelsen er gjenstand for en dynamisk fortolkning.

Menneskerettsdomstolens praksis har stor betydning for norske domstoler og forvaltningsorgan ved vurderingen av om utvisning er et uforholdsmessig tiltak. Vurderingen av om utvisning er "nødvendig" etter artikkel 8 nr. 2 faller i høy grad sammen med den forholdsmessighetsvurderingen som foretas etter utvisningsbestemmelsene i utlendingsloven.

I Rt. 1996 s. 551 la Høyesterett til grunn at alternativet "forebygge uorden og kriminalitet" i artikkel 8 nr. 2 omfatter forebyggelse av uorden og kriminalitet i sin alminnelighet, dvs. allmennpreventive hensyn. Det er altså ikke nødvendig å påvise individuell gjentakelsesfare for at utvisning skal kunne finne sted.

Den problemstilling som i særlig grad har blitt drøftet i norsk rettspraksis, og for så vidt også i saker for menneskerettsdomstolen, er hvorvidt utvisningsvedtaket har vært nødvendig i et demokratisk samfunn. I Rt. 1996 s. 551 uttalte Høyesterett blant annet:

"Anvendelsen av art 8 (2) reiser to hovedspørsmål. Det ene er spørsmålet om utvisningsvedtakene - og dermed utlendingsloven som hjemler dem - bygger på kriterier som er forenlige med artikkel 8 (2) - altså om de fremmer legitime formål. Det andre er spørsmålet om det er nødvendig å utvise de ankende parter for å fremme de aktuelle formål så langt disse er legitime. [ ]

Når det gjelder spørsmålet om den enkelte utvisning er "nødvendig" for å fremme de formål EMK art 8 (2) angir, nevner jeg først at MRD har utviklet en rettssetning om at konvensjonsstatene for så vidt har en skjønnsmargin, en "margin of appreciation", i forhold til konvensjonen og konvensjonsorganene, se generelt om dette E Einarsen/ T Trier: Den europæiske menneskeretsdomstols prøvelseskompetance - doktrinen om margin of appreciation, i TfR 1991 570 flg. Som det er fremhevet der (side 586), gjelder skjønnsmarginen også når det gjelder menneskerettigheter av personlig karakter, selv om den da synes å være mindre enn i en del andre saker. Det er en særskilt skjønnsmargin for lovgiveren og en for de rettsanvendende myndigheter. Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art 8 (2). Dette må gjelde til tross for at de hensyn rettssetningen bygger på, i og for seg ikke gjør seg gjeldende på samme måten for norske domstoler.

I ordet "nødvendig" ligger etter konvensjonsorganenes praksis ikke mer enn at det må foreligge et vesentlig samfunnsmessig behov ("a pressing social need") og at utvisning er egnet til å fremme dette behov. Jeg forstår ellers konvensjonsorganenes praksis slik at de ved anvendelsen av nødvendighetskriteriet i art 8 (2) i utvisningssaker ser etter om konvensjonsstaten har foretatt en balansert avveining av de hensyn som i det enkelte tilfelle taler for utvisning og hensynet til utlendingens og hans families rett til privatliv og familieliv etter art 8 (1). Avgjørende er om utvisningen på det grunnlag den har, står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv."

Menneskerettsdomstolens sak *Moustaquim mot Belgia*[31] gjaldt en marokkansk mann som kom til Belgia som toåring i 1965 sammen med sin mor. Han begikk mange straffbare forhold mens han var under den kriminelle lavalder, og fortsatte med denne aktiviteten senere. I 1982 ble han dømt til 26 måneders fengsel for 22 forhold, og ble på denne bakgrunn besluttet utvist. Han reiste sak og påberopte seg EMK artikkel 8. Moustaquims foreldre og syv søsken bodde i Belgia, og han hadde beholdt kontakten med dem til tross for flere fengslinger av kortere varighet i tillegg til den idømte straffen på 26 måneder.

Ved vurderingen av om utvisningsvedtaket kunne anses å være nødvendig i et demokratisk samfunn, fremhevet menneskerettsdomstolen at den siste domfellelsen fant sted mer enn tre år før vedtaket ble fattet. Domstolen viste også til at hele Moustaquims nære familie hadde bodd i Belgia lenge, og at han selv var under to år gammel da han kom til landet. Han hadde deretter bodd i Belgia i om lag 20 år, delvis sammen med sin familie. Domstolen konkluderte slik:

"Having regard to these various circumstances, it appears that, as far as respect for the appli-

31. Appl. no. 12313/86

cant's family life is concerned, a proper balance was not achieved between the interests involved, and that the means employed was therefore disproportionate to the legitimate aim pursued. Accordingly, there was a violation of Article 8."

Saken i Rt. 1995 s. 72 gjaldt en pakistansk borger som var dømt til fengsel i tre år for blant annet voldtekt av sin 16 år gamle datter. Han hadde bodd i Norge i mer enn 20 år og hadde ektefelle og seks barn her. Saken i Rt. 1996 s. 561 gjaldt en 32 år gammel pakistansk borger som var dømt til fengsel i fem år og seks måneder for narkotikalovbrudd. Han kom til Norge som tolvåring, og hadde ektefelle og fem barn i riket. I begge sakene ble vedtaket om utvisning stadfestet av Høyesterett.

Flere av sakene som har vært til behandling i Høyesterett har blitt klaget inn for menneskerettsdomstolen med anførsler knyttet til EMK artikkel 8. Dette gjelder blant annet saken i Rt. 1995 s. 72 og tre av sakene som ble behandlet i 1996.[32] Klagesakene har blitt avvist som åpenbart grunnløse, jf. EMK artikkel 35 nr. 3.

EMK protokoll 4 artikkel 4 forbyr kollektiv utvisning av utlendinger. Bestemmelsen innebærer at det må foretas en individuell vurdering av hver enkelt sak. I praksis er "kollektiv" utvisning tolket som ethvert tiltak som innebærer at utlendinger som en gruppe må forlate riket. Utvisningen vil ikke være kollektiv så lenge avgjørelsen er truffet på grunnlag av en rimelig og objektiv vurdering av den konkrete sak til hver enkelt utlending i gruppen.[33]

EMK protokoll 7 artikkel 1 inneholder prosessuelle rettigheter i forbindelse med utvisning. Bestemmelsen omfatter utlendinger med lovlig opphold. Disse kan bare utvises i henhold til en avgjørelse truffet i medhold av lov. Utlendingen skal ha rett til å bli hørt og rett til å fremlegge de grunner som taler mot utvisning. Vedkommende har også rett til å få sin sak prøvet på ny, men ikke nødvendigvis av et annet organ enn vedtaksorganet. Man har heller ikke krav på at klagen gis oppsettende virkning. Rettighetene etter EMK protokoll 7 artikkel 1 kan fravikes dersom det er nødvendig for å ivareta den offentlige orden eller vedtaket er begrunnet med hensynet til nasjonal sikkerhet, jf. artikkel 1 nr. 2. EMK protokoll 7 artikkel 1 er gjennomført i norsk lovgivning, og utlendingen gis bedre rettigheter enn hva som følger av konvensjonen.

Barnekonvensjonen har betydning ved anvendelsen av utlendingslovens utvisningsbestemmelser. Som nevnt i kapittel 4.10.3, har barnekonvensjonen vært inkorporert i norsk utlendingsrett siden utlendingsloven § 4 trådte i kraft i 1991, og har i tillegg fått status som norsk lov ved tilføyelsen i menneskerettsloven § 2 nr. 4 i 2003. Konvensjonens bestemmelser vil kunne få betydning på ulike måter i utvisningssaker som berører barn. I en sak hvor ektefellen til en utvist ikke ønsker å forlate landet sammen med den utviste, vil vedtaket om utvisning få konsekvenser for barnas samvær med en av foreldrene. I saker hvor ektefellen til den utviste velger å forlate landet, vil som oftest også barnet måtte reise. I prinsippet er det heller ikke noe i veien for å utvise en utlending som er mindreårig. Men i alle disse tilfellene skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved vurderingen av om utvisning er et forholdsmessig tiltak, jf. artikkel 3. I den grad andre bestemmelser i konvensjonen er relevante, må også disse tas i betraktning. Ingen av bestemmelsene i barnekonvensjonen er imidlertid i seg selv til hinder for at det treffes vedtak om utvisning. Tvert imot forutsetter artikkel 9 nr. 4 at statene kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at et barn blir atskilt fra sin far eller mor.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter har regler om utvisning i artikkel 13. Bestemmelsen gir ikke rettigheter som går videre enn EMK, men samsvarer i høy grad med reglene der.

12.3.1.6 Innreiseforbudets varighet mv.

Innreiseforbudet som følger med et vedtak om utvisning kan være tidsbegrenset eller varig, jf. utlendingsloven § 29 fjerde ledd annet punktum. Utlendingsforskriften § 122 annet ledd annet punktum slår fast at innreiseforbudet som hovedregel skal gjøres varig. Hvis det gjøres tidsbegrenset, skal det som hovedregel settes til minst to år, jf. utlendingsloven § 29 fjerde ledd annet punktum. Ved vurderingen skal det legges vekt på blant annet utlendingens personlige og familiemessige forhold, jf. utlendingsforskriften § 122 tredje ledd. I tillegg vurderes også forholdets alvor og tilknytningen til riket for øvrig.

For utviste utlendinger med barn i Norge foreligger det særskilte retningslinjer. Da skal det i utgangspunktet ikke utvises med varig innreiseforbud. Dette gjelder likevel ikke for dem som er straffedømt for alvorlige forbrytelser. Slike forbrytelser omfatter blant annet grove narkotikaovertredelser, grove voldsforbrytelser, voldshandlinger overfor barnet eller barnets mor, incest eller gjen-

32. Rt. 1996 s. 561, Rt. 1996 s. 568 og Rt. 1996 s. 1510
33. Erik Møse: Menneskerettigheter (Oslo 2002) s. 530

tatte domfellelser. I praksis vil saker med idømt straff på ubetinget fengsel i tre år eller mer tilhøre denne kategorien.

Hvorvidt innreiseforbudet er gjort tidsbegrenset eller varig, kan få betydning ved vurderingen av om utvisning er et uforholdsmessig tiltak.

Utlending med tidsbegrenset innreiseforbud kan reise inn igjen i riket når tidsbegrensningen er utløpt. Både varig og tidsbegrenset innreiseforbud kan omgjøres etter søknad. Overtredelse av innreiseforbudet er straffbart, jf. utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a og straffeloven § 342 første ledd bokstav a.

Enten innreiseforbudet er tidsbegrenset eller varig, kan utlendingen etter søknad gis tillatelse til innreise mens innreiseforbudet fortsatt gjelder. Utlendingsforskriften § 124 fastsetter at hvor det er vedtatt et innreiseforbud for minst to år, kan søknad om adgang til riket før to år er gått bare innvilges når det foreligger sterke rimelighetsgrunner, og som regel bare for kortvarig besøk. Dette må forstås slik at vilkårene for innreise er lempeligere når det er gått to år og den utviste ønsker å reise inn i riket. Hvorvidt søknad om innreise skal innvilges, vil alltid bero på en konkret vurdering hvor vedkommendes begrunnelse og behov for innreise må veies opp mot grunnlaget for utvisningen.

12.3.2 Nøkkeltall

I tabell 12.3 gis en oversikt over antallet utvisninger og grunnlaget for utvisningsvedtakene for årene 1997-2003.

Tabell 12.3 Utvisninger og grunnlaget for utvisning i 1997-2003[a]

Grunnlag	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Brudd på utl.l.	93	101	114	213	125	426	570
Brudd på str.l.	245	354	604	444	236	457	566
Annet	4	2	0	61	65	31	5
Totalt	342	457	718	718	426	914	1141

[a] Kilde: UDI, Tall og fakta 2003. Asylsøkere er ikke inkludert i statistikken.

12.3.3 Utvalgets vurderinger

12.3.3.1 Bør utvisning klassifiseres som straff?

Etter sin karakter har utvisning visse likhetstrekk med en straffereaksjon som for eksempel rettighetstap. Straff innebærer at staten fratar lovbryteren et gode, slik som en persons frihet ved anvendelse av fengselsstraff og forvaring, eller deler av en persons formue og rettigheter ved anvendelse av bøter og rettighetstap.[34] For den som er bosatt i riket innebærer utvisning i virkeligheten ikke bare tap av oppholds- eller bosettingstillatelse, men i sin konsekvens også tap av sivile, politiske, sosiale, kulturelle og økonomiske rettigheter som utlendingen ellers ville ha hatt i medhold av norsk lov. Reelt sett vil graden av rettighetstapet avhenge av hvor sterk tilknytning vedkommende har fått her og den situasjon utlendingen vil møte etter utvisningen, normalt i det landet som vedkommende er statsborger av.

Også begrunnelsen for utvisning ligger nært opp til straff, som i norsk rett har vært definert som "et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertredelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde".[35] Formålet med straff er å motvirke nye straffbare handlinger ved å virke avskrekkende på lovbryteren (individualprevensjon) og andre (allmennprevensjon). Høyesterett har som nevnt lagt til grunn at utvisning kan begrunnes i rent allmennpreventive hensyn.[36] Utvisning har likevel ikke blitt betraktet som straff i norsk rett, men som et administrativt rettighetstap.

Menneskerettsdomstolen fastslo i saken *Maaouia mot Frankrike*[37] at utvisning ikke er å anse som straff i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1. Maaouia var født i Tunisia, og ankom Frankrike i 1980 i en alder av 22 år. I desember 1988 ble han dømt til fengsel i seks år for et grovt ran begått i 1985. Han ble løslatt i april 1990, og i august 1991 ble det truffet vedtak om tvungen utreise. I november 1992 ble han dømt til ett års fengsel for ikke å ha etterkommet utreisevedtaket. Han ble samtidig utvist fra Frankrike for en periode på 10 år. Dommen ble opprettholdt av overordnede domstoler, senest av *Cour de Cassacion* i juni 1994.

Samme år søkte Maaouia om å få omgjort vedtaket om utvisning. Begjæringen ble først sluttbehandlet i 1998, med det resultat at utvisningsordren ble endelig annullert av en domstol. Det ble derfor aldri gjennomført noen utvisning. Maaouia klaget likevel til menneskerettsdomstolen over brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, fordi han mente at det hadde gått urimelig lang tid fra han fremmet

34. Se for eksempel Mæland: Innføring i alminnelig strafferett (1999) s. 35.

35. Denne definisjonen sluttet Høyesterett seg til i Rt. 1977/1207.

36. Jf. Rt. 1998 s. 1795, Rt. 1996 s. 551, Rt. 1996 s. 568 og Rt. 1996 s. 1510

37. Appl. no 39652/98

omgjøringsbegjæringen i 1994 til utvisningsvedtaket ble annullert i 1998. Frankrike anførte at EMK artikkel 6 ikke var anvendelig på de rettsprosessene som var relatert til utvisningen.

Menneskerettsdomstolen fant med 15 mot 2 stemmer at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke var anvendelig. Etter domstolens oppfatning viste vedtakelsen av protokoll 7 artikkel 1, som garanterer utlendinger et minimum av rettssikkerhet ved utvisning (jf. kapittel 12.3.1.5), at medlemsstatene hadde forutsatt at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke var anvendelig i slike saker. I motsatt fall ville bestemmelsen i protokollen ha vært overflødig. Til støtte for dette synet ble det vist til forarbeidene og uttalelser i forbindelse med at protokollen ble vedtatt.

I norsk rett kan man gå lenger i å klassifisere reaksjoner som straff enn det som følger av EMK. Det er således ingenting i veien for å behandle utvisning som straff i intern lovgivning. Å behandle utvisning som straff, kunne særlig være aktuelt i tilfeller hvor vedtaket om utvisning begrunnes i straff ilagt i Norge. Ved flere grunnlag vil en klassifisering av utvisning som straff derimot gi en lite hensiktsmessig behandlingsform, som for eksempel ved utvisning begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet eller ved mistanke om terrorisme. Det vil ikke være noen god løsning hvis utvisning behandles som straff dersom grunnlaget er ilagt straff, men ellers ikke. Som det vil fremgå nedenfor mener utvalget at administrativ behandling med full etterfølgende domstolskontroll under enhver omstendighet er å foretrekke, og at en slik løsning best ivaretar de rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende. Utvalget mener derfor at de beste grunner taler for å videreføre dagens ordning hvor utvisning ikke klassifiseres som straff.

12.3.3.2 Hvem bør ta avgjørelser om utvisning?

Uavhengig av om utvisning bedømmes som straff, har utvalget vurdert om domstolene bør treffe avgjørelser om utvisning. Dette kan særlig være aktuelt i saker der utvisning grunnes på domfellelse for straffbare handlinger i riket. Dette kan begrunnes med at domstolsbehandling i utgangspunktet anses som en betryggende behandling ut fra viktige rettssikkerhetshensyn. Videre vil domstolene få opplyst forholdene best i tilknytning til den straffbare handling som eventuelt danner grunnlaget for utvisning. For utlendingen vil det også være en fordel å få samlet fastsettelse av konsekvensene av den straffbare handling i én prosess. Ved en slik ordning kunne man også ved straffutmålingen ta hensyn til om vedkommende ble utvist, slik at en som ble utvist ble innrømmet en passende strafferabatt. Dette er situasjonen i Sverige.

Flere forhold taler imidlertid mot å behandle spørsmålet om utvisning i straffesaken. Ved vurderingen av om det skal treffes vedtak om utvisning, vil forholdene i hjemlandet ha betydning, herunder hvorvidt vedkommende kan risikere alvorlige overgrep ved retur, jf. kapittel 6.4 om *non refoulement*. Verken aktor, forsvarer eller domstolene vil være fortrolige med dette tema. Bevisførselen i tilknytning til forfølgelsesrisikoen kan være omfattende og komplisert. I mange tilfeller vil det være nødvendig å verifisere opplysninger i hjemlandet, både knyttet til eventuelle anførsler om forfølgelsesrisiko og andre forhold. Dette er ofte tidkrevende, og vil dessuten kreve erfaring og et apparat som det ikke anses hensiktsmessig å etablere i tilknytning til straffesaksbehandling. Det kan komplisere og forsinke straffesaken.

Forvaltningen har på sin side erfaring og kompetanse med hensyn til å vurdere forhold i andre land, og er også godt vant med å vurdere andre relevante hensyn. Verifisering av opplysninger i utlendingers hjemland er et kjent tema for utlendingsforvaltningen, som allerede har bygget opp et nødvendig apparat og kontaktnett. Videre antas at førstehånds administrativ behandling best vil sikre likebehandling i utvisningssaker. Det er også et vesentlig moment for utvalget at forvaltningens vedtak er gjenstand for full etterfølgende domstolsprøvelse av forholdsmessighetsvurderingen etter både EMK artikkel 8 og utlendingsloven §§ 29 og 30, tilsvarende lovutkastet § 81. Dette sikrer ivaretakelse av nødvendige rettssikkerhetsmessige hensyn. Dagens ordning er dessuten godt innarbeidet, og fungerer etter utvalgets oppfatning bra.

Straffesaken vil i mange tilfeller bli avgjort lang tid før det er aktuelt å effektuere et vedtak om utvisning. Forholdene kan endre seg vesentlig i denne perioden. Dette gjelder både utlendingens tilknytning til riket, forholdene i hjemlandet og også andre forhold som kan få betydning for vurderingen av om utvisning bør foretas, for eksempel den domfeltes helsetilstand. I Sverige har man hatt flere tilfeller hvor utlendingen har fått strafferabatt i tilknytning til et vedtak om utvisning, men hvor vedkommende likevel ikke er blitt utvist på grunn av etterfølgende forhold, uten at straffen av den grunn kan endres. Tilsvarende har man tilfeller hvor man i forbindelse med straffesaken har funnet at det foreligger hindre mot retur, men hvor disse hindrene er bortfalt ved løslatelse uten at det da er mulig å ta utvisningssaken opp til ny vurde-

ring. Begge disse utslag av å organisere en samlet vurdering av straffesaken og utvisningssaken i domstolene er uheldige.

Utvalget har på bakgrunn av disse hensyn kommet til at den beste løsning er at vedtak om utvisning fattes som administrative avgjørelser av utlendingsmyndighetene, med mulighet for etterfølgende domstolskontroll.

12.3.3.3 Krav til strafferammen som grunnvilkår for utvisning på grunnlag av ilagt straff?

Utvalget foreslår i lovutkastet § 77 å videreføre de utvisningsgrunnlag som i dag er angitt i utlendingsloven § 29 første ledd som grunnvilkår for utvisning.

Utvalget har vurdert hva som bør være grunnlaget for utvisningsvedtak som er basert på ilagt straff. Gjeldende ordning er at det er strafferammen i det aktuelle straffebud som er avgjørende. Utvalget har vurdert om andre grunnlag kan være mer hensiktsmessige. Ett alternativ kan være å knytte vurderingen opp mot den utmålte straff. Det er utmålt straff som gir uttrykk for straffverdigheten av den aktuelle handling. På den annen side er det ikke slik at alle forhold som tillegges vekt ved straffutmålingen har tilsvarende betydning ved vurderingen av om det skal fattes vedtak om utvisning. For eksempel kan den omstendighet at det har tatt lang tid å få straffesaken behandlet, eller at utlendingen har hatt en vanskelig oppvekst, medføre lavere straff uten at dette nødvendigvis bør tillegges vekt i utvisningssaken. Det er videre viktig å fremheve at strafferammen i det aktuelle straffebud bare er første ledd i vurderingen av om vilkårene for utvisning er til stede. Neste ledd i vurderingen er å avgjøre om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak. I denne vurdering vil de momenter ved straffeutmålingen som er relevante i forhold til utvisningsspørsmålet, bli vurdert sammen med andre relevante kriterier, slik som tilknytning til Norge, tilknytning til hjemlandet osv. Kriteriet idømt straff som grunnlag for utvisning kan dessuten virke uheldig i forhold til bekjempelse av enkelte samfunnsproblem. Mindre alvorlige forhold, som for eksempel naskeri, kan utgjøre et alvorlig problem for samfunnet, særlig i mindre lokalsamfunn. I strafferettslig forstand er dette definert som en forseelse med en strafferamme på seks måneder, jf. straffeloven § 391a. Hvis man skulle operere med et krav om idømt fengselsstraff i for eksempel seks måneder eller mer for å kunne utvise, ville ilagt straff for naskeri sjelden kunne lede til utvisning, idet straffeutmålingen ofte vil være lav selv ved gjentakelse. Hvis slike handlinger begås av utlendinger med liten eller ingen tilknytning til Norge, blir det i praksis ofte reagert med utvisning med tidsbegrenset varighet. Erfaringer fra Øst-Finnmark viser at en slik praksis har hatt preventiv effekt. Man har der hatt flere tilfeller hvor kriminelle russere uten tilknytning til Norge er utvist etter gjentatte ganger å ha blitt straffet for naskeri. Slik opptreden skaper problemer også for russere i Norge som opptrer lovlydig. Slik utvisningspraksis kan vanskelig opprettholdes dersom man knytter vurderingen opp mot idømt straff, med mindre kravene til ilagt straff legges på et meget lavt nivå.

Et annet alternativ kan være å liste opp de aktuelle straffebud som kan medføre utvisning. Dette vil imidlertid føre til kasuistiske og uoversiktlige regler, hvor det også lett kan skje at straffebud som burde ha vært med, blir utelatt.

En innvending mot dagens ordning har vært at strafferammen i de forskjellige straffebud i enkelte tilfeller kan synes noe tilfeldig. Dessuten kan det være vanskelig å avgjøre hvor høye strafferammene skal være før man kan reagere med utvisning. Ett alternativ kan være ikke å stille krav med hensyn til strafferamme, og ha en regel om at utvisning kan skje ved overtredelse av straffebud som kan medføre frihetsstraff.

Selv om det også kan reises innvendinger mot den gjeldende ordning, mener utvalget at den fungerer tilfredsstillende. Utvalget foreslår derfor å videreføre dagens system, hvor utvisningsadgangen knyttes opp mot strafferammen i det straffebud utlendingen ilegges straff for.

12.3.3.4 Grunnvilkår for utvisning

Utvalget foreslår å videreføre de grunnvilkår for utvisning som fremgår av utlendingsloven § 29 første ledd. Det vises til redegjørelsen i kapittel 12.3.1.1.

Utvalget har vurdert om bestemmelsen i § 29 første ledd bokstav e (om utvisning på grunn av overtredelse av straffeloven §§ 147a og 147b) er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Uskyldspresumsjonen må anses som en spesifisering av kravet til rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1. Artikkel 6 nr. 2 kommer til anvendelse når det foreligger en straffesiktelse, men retten til en rettferdig rettergang etter artikkel 6 nr. 1 gjelder også i saker som gjelder avgjørelse av sivile rettigheter og plikter. Vernet i EMK artikkel 6 gjelder imidlertid ikke ved utvisningsvedtak, jf. kapittel 12.3.3.1. Utvisning anses verken som straff eller som noe som berører sivile rettigheter

og plikter.[38] En konstatering av at en straffebestemmelse er overtrådt vil ikke endre på dette, så lenge man ikke konstaterer at det foreligger straffansvar. Som nevnt i kapittel 12.3.1.1 er det heller ikke nødvendig å konstatere straffansvar for at utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav e og 30 annet ledd bokstav c skal komme til anvendelse. Formuleringen av gjeldende utvisningsbestemmelser som henviser til straffelovens bestemmelser om terrorisme, krenker derfor ikke EMK artikkel 6 nr. 2 og uskyldspresumsjonen vedrørende den utviste.

Formuleringen "begått en slik forbrytelse" i siste del av utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav e og 30 annet ledd bokstav c relaterer seg til tredjepersoners straffeskyld. Formuleringen vil derfor ikke krenke den utvistes uskyldspresumsjon. Lovens formulering vil i seg selv heller ikke krenke EMK artikkel 6 nr. 2 i relasjon til tredjepersoners rettigheter, ettersom det ikke er nødvendig å konstatere straffskyld.

Utvalget finner likevel grunn til å presisere at forvaltningen må ta hensyn til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 ved utforming av vedtak om utvisning i medhold av utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav e og 30 annet ledd bokstav c, jf lovutkastet §§ 77 bokstav e og 79 første ledd bokstav c, slik at krenkelse av artikkel 6 unngås.

Selv om utvalget foreslår å videreføre gjeldende lov § 29 første ledd om grunnvilkårene for utvisning, foreslås også enkelte regeltekniske endringer. Utvalget går videre inn for at begrepet "rikets sikkerhet" i § 29 første ledd bokstav d erstattes med "grunnleggende nasjonale interesser". Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 13.5.4.1, samt til lovutkastet § 77.

Selv om grunnvilkårene for utvisning er oppfylt skal det med utvalgets forslag fortsatt foretas en forholdsmessighetsvurdering, jf. kapittel 12.3.3.8 nedenfor.

12.3.3.5 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som har midlertidig oppholdstillatelse

Som nevnt i kapittel 12.3.1.3 kan utlendinger som har arbeids- eller oppholdstillatelse bare utvises på grunnlag av et straffbart forhold dersom forholdet har en strafferamme på mer enn ett år, eller dersom det dreier seg om brudd på nærmere angitte straffebestemmelser. Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå endringer i gjeldende krav til strafferamme for utvisning av denne kategori utlendinger, dvs. personer som med utvalgets forslag vil gis en "midlertidig oppholdstillatelse". Det vises til lovutkastet § 78.

12.3.3.6 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som har permanent oppholdstillatelse

Mens det i dag stilles strengere krav til strafferammen når utlendingen fyller vilkårene for bosettingstillatelse, foreslår utvalget at utlendingen faktisk må ha fått innvilget permanent oppholdstillatelse før vedkommende kan påberope utvisningsvernet. Etter utvalgets mening er det uheldig at det utvidete utvisningsvernet kan påberopes av en person som ennå ikke har fått innvilget permanent oppholdstillatelse, men som har begått en straffbar handling etter at vilkårene for slik tillatelse var oppfylt.

Hensynet til at personer med permanent oppholdstillatelse regelmessig vil ha en sterkere tilknytning til riket enn personer som ikke har permanent oppholdstillatelse, kunne strengt tatt ivaretas gjennom forholdsmessighetsvurderingen. Utvalget mener likevel at det bør signaliseres i lovteksten at personer som har permanent oppholdstillatelse har et utvidet vern mot utvisning.

Utvalget foreslår ingen endringer av de krav til strafferamme for utvisning som følger av utlendingsloven §§ 29 første ledd og 30 annet ledd bokstav b, jf. lovutkastet §§ 77 og 79.

12.3.3.7 Begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Bestemmelsene om utvisning av utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen er i dag regulert i en særskilt utvisningsbestemmelse i utlendingsloven § 58. Bestemmelsen gjengir EØS-rettens krav til hvilken ramme EØS-landene må holde seg innenfor (offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen), men fastsetter ingen mer konkrete vilkår for utvisning. Etter utvalgets vurdering er dette uheldig. En slik mangel på mer tydelige kriterier for når utvisning kan skje, er ikke fullt tilfredsstillende ut fra hensynet til rettssikkerhet.

Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at det i en ny lov fremgår at heller ikke en utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen skal kunne utvises uten at de alminnelige vilkår for utvisning er oppfylt. Det bør også fremgå tydelig at det gjelder de samme skjerpede vilkår for å kunne utvise en utlending med oppholdstillatelse

38. Maaouia mot Frankrike (appl. no. 39652/98)

som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen som i tilfeller hvor en tredjelandsborger er innvilget en tilsvarende tillatelse.

Utvalget anser det videre rimelig at de samme skjerpede krav til vilkårene for utvisning som gjelder i forhold til utlendinger som har fått innvilget permanent oppholdstillatelse, bør gjelde i forhold til utlendinger som har hatt midlertidig oppholdstillatelse i tre år i kraft av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Mindretallet, jf. drøftelsen i kapittel 10.2.2, går inn for at skjerpet krav til vilkårene for utvisning inntrer etter fem års opphold.

Når det gjelder de øvrige begrensninger som følger av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, har utvalget blant annet merket seg at EFTAs overvåkingsorgan, ESA, har rettet kritikk mot deler av de norske utvisningsreglene for utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Kritikken retter seg for det første mot § 58 annet ledd annet punktum og bruken av uttrykket "som hovedregel", som åpner for at utvisning kan skje også i tilfeller der det ikke er grunn til å tro at vedkommende vil foreta nye kriminelle handlinger. Denne kritikken skjer på grunnlag av EU-direktiv 64/221 og relevante domsavgjørelser fra EF-domstolen.

Utvalget vil bemerke at selv om man prinsipielt er enig i at utvisning av EØS-borgere bare kan skje når det er nødvendig for å unngå fremtidige trusler mot sikkerhet eller offentlig orden, dvs. av nødvendige preventive hensyn, kan det i praksis være vanskelig for myndighetene å bevise at den det gjelder vil begå nye kriminelle handlinger i fremtiden. Som nevnt i kapittel 12.3.2.6 går EF-domstolens praksis her ut på at det må foreligge en aktuell individuell trussel mot samfunnets orden og sikkerhet for at utlendingen skal kunne utvises. I dette ligger at det må foretas en individuell vurdering, hvor blant annet faren for gjentakelse vil være et sentralt moment. Etter utvalgets vurdering gir gjeldende lov § 58 annet ledd første punktum dekkende uttrykk for EF-domstolens praksis og praktiseringen av direktiv 64/221. Bestemmelsen forutsetter at det foretas en konkret, individuell vurdering av saken og den trusselen utlendingen utgjør. Etter utvalgets oppfatning er § 58 annet ledd annet punktum derfor overflødig.

Utlendingsloven § 58 fjerde ledd gir adgang til utvisning av utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og som ikke fyller vilkårene for opphold etter loven §§ 51 til 53. Denne adgangen har vært kritisert av ESA under henvisning til at adgangen til å utvise er begrenset til de grunner som er angitt i direktiv 64/221.

Utvalget vil bemerke at man finner § 58 fjerde ledd problematisk. Det følger av EØS-avtalen artikkel 28 nr. 3 og 33 at innskrenkninger i retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende bare kan gjøres av hensyn til offentlig orden, sikkerhet og folkehelse. Hensynet til offentlig orden og sikkerhet er ivaretatt gjennom § 58 første ledd. Da er det etter utvalgets oppfatning ikke i overensstemmelse med EØS-avtalen i tillegg å skulle utvise EØS-borgere alene fordi de ikke, eller ikke lenger, oppfyller kravene for å kvalifisere som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende. De har da en selvstendig plikt til å forlate riket, og brudd på denne plikten bør kunne sanksjoneres, men ikke ved å frata dem retten til å komme tilbake til Norge som arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende.

På denne bakgrunn vil utvalget ikke foreslå å videreføre gjeldende lov § 58 fjerde ledd.

12.3.3.8 Forholdsmessighetsvurderingen

En konstatering av om grunnvilkårene for utvisning er oppfylt er bare første trinn i vurderingen av om en utlending skal utvises. Neste trinn er å avgjøre om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen eller de nærmeste familiemedlemmene. I hver enkelt sak må det foretas en avveining av alle relevante hensyn med utgangspunkt i forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket. Ved denne vurderingen må myndighetene ta hensyn til Norges internasjonale forpliktelser. Her vil særlig EMK artikkel 8, slik bestemmelsen utvikles gjennom Menneskerettsdomstolens praksis, ha betydning. Også barnekonvensjonen kan ha betydning. Utvalget foreslår at det understrekes i selve lovbestemmelsen at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn. Med henvisning til kapittel 4.10.3 og 12.3.1.5, bemerkes det likevel at verken barnekonvensjonen eller en slik bestemmelse som utvalget foreslår vil være til hinder for at andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan få avgjørende betydning. Det ligger i sakens natur at utlendingsmyndighetene normalt vil måtte legge til grunn at hensynet til barnets beste taler mot at en av foreldrene utvises. Både gjeldende lovbestemmelser og de bestemmelsene utvalget foreslår forutsetter imidlertid at det fortsatt, innenfor rammen av våre folkerettslige forpliktelser, skal kunne fattes vedtak om utvisning i alvorlige tilfeller selv om dette kan innebære at familier blir splittet.

Når det gjelder innholdet i forholdsmessighetsvurderingen for øvrig, vises det til kapittel 12.3.1.4. I forhold til utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen vil rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolen stå sentralt.

I utlendingsloven er kravet om forholdsmessighet ikke gjort gjeldende i forhold til tilfeller hvor det fattes vedtak om utvisning på grunn av hensynet til rikets sikkerhet, jf. §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd. Som nevnt i kapittel 12.3.1.4 fremgår det imidlertid av lovens forarbeider at man ikke med dette mente å utelukke en forholdsmessighetsvurdering i disse tilfellene. Grunnen til at man ikke ville oppstille en plikt til å vurdere tiltakets forholdsmessighet, var at man ville stille myndighetene "noe friere".[39]

Etter utvalgets vurdering er det ingen grunn til at det ikke skal gjelde en plikt til å vurdere forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak også i de tilfeller hvor utvisningen har sitt grunnlag i hensynet til rikets sikkerhet, eller grunnleggende nasjonale interesser som utvalget foreslår som nytt begrep (jf. kapittel 13.5.6.1). Det ligger i sakens natur at et utvisningsvedtak må innebære et svært alvorlig inngrep dersom det skal kunne anses uforholdsmessig i forhold til å ivareta hensynet til grunnleggende nasjonale interesser. I denne sammenheng er det grunn til å påpeke at det uansett vil gjelde enkelte absolutte skranker mot utvisning, jf. kapittel 12.3.1.5 og 12.3.3.9. Utvalget foreslår derfor at plikten til å vurdere om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak også skal gjelde når grunnlaget for vedtaket er hensynet til å ivareta grunnleggende nasjonale interesser.

12.3.3.9 Absolutte hindre mot utvisning

Utvalget foreslår ingen endringer i de absolutte hindre mot utvisning som i dag gjelder, jf. kapittel 12.3.1.5. Det kan heller ikke i fremtiden gjelde noen adgang til å utvise personer som er vernet mot utsendelse i henhold til Norges internasjonale forpliktelser, eller som er født i riket og senere uavbrutt har hatt fast bopel her.

Utvalget er i mandatet bedt om å vurdere om det skal gis et absolutt vern mot utvisning for utlending som har særlig lang botid i landet eller har kommet til landet i ung alder.

Etter utlendingsloven § 30 første ledd kan en utlending ikke utvises hvis han eller hun er født i riket og senere uavbrutt har hatt bopel her. Utvalget foreslår at denne regelen videreføres. Et annet spørsmål er om utlendinger som er kommet til Norge i ung alder, eller som har særlig lang botid, skal gis et absolutt vern mot utvisning også i tilfeller der vedkommende ikke er født i Norge og har bodd her siden.

Slike personer vil som regel opparbeide en sterk tilknytning til Norge, og vil ofte ha en sterkere tilknytning til Norge enn til sitt hjemland. Det kan også anføres at Norge er nærmere enn utlendingens hjemland til å ta ansvaret for utlendinger med lang botid i Norge, kanskje særlig dem som er kommet hit i ung alder. På den annen side er botid alene ikke avgjørende for hvilken tilknytning utlendingen har til riket. Andre forhold, som ekteskap, barn, annen familietilknytning og integrasjon i det norske samfunns- og arbeidsliv, er momenter av betydning. Utlendingers tilknytning til hjemlandet vil også variere etter lang botid i Norge, også i de tilfeller utlendingen kom hit i ung alder. Alle disse forhold tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Lang botid i Norge vil alltid være et vesentlig moment, og det vil få særlig betydning dersom utlendingen har ankommet Norge i ung alder. Men etter utvalgets oppfatning bør ikke disse forhold være avgjørende i seg selv. Absolutte regler gir ingen fleksibilitet. Det kan oppstå situasjoner hvor det for mange vil virke støtende at en utlending som har begått en alvorlig straffbar handling, ikke skal kunne utvises på grunn av lang botid i Norge. Det er miljøer i Norge hvor tilknytningen til hjemlandet fremdeles er sterk og vedlikeholdes ved hyppige og til dels langvarige reiser, og hvor deltakelsen i, og tilknytningen til, det norske samfunn er forholdsvis svak. Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1998 s. 1795, omtalt i kapittel 12.3.1.4, illustrerer dette. Den utviste kom til landet som 13-åring, og han hadde bodd i Norge i 17 år da han ble straffedømt for de forhold som lå til grunn for utvisningsvedtaket. Han hadde imidlertid ektefelle og barn i hjemlandet samt annen familie. Han hadde også oppholdt seg i hjemlandet i lengre perioder. I Norge hadde den utviste bare en onkel og tante som han hadde begrenset kontakt med. Han var dømt til 14 måneders fengsel for flere lovbrudd, blant annet for et alvorlig narkotikalovbrudd. Utvalget mener at et absolutt vern mot utvisning i et slikt tilfelle vil kunne fremstå som uheldig og lite i samsvar med den alminnelige rettsoppfatning. Utvalget vil videre fremheve at muligheten for å kunne bli utvist kan ha en preventiv effekt. Etter utvalgets oppfatning blir hensynet til lang botid og ankomst Norge i ung alder tilstrekkelig ivaretatt i forholdsmessighetsvurderingen. Lang botid og ankomst i ung alder bør derfor ikke i seg selv gi et absolutt vern mot utvisning.

Utvalget har vurdert om utlendinger som begår straffbare handlinger før de fyller 18 år bør ha et absolutt vern mot utvisning. Dette vil i praksis dreie seg om straffbare handlinger begått mellom 15 og 18 år. Lang botid og det forhold at straffbare

39. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 230 første spalte

handlinger er begått i ung alder, vil uansett måtte tillegges vesentlig vekt ved forholdsmessighetsvurderingen. Utvisning vil i praksis forekomme sjelden.

Etter utvalgets oppfatning blir også de særlige hensyn som her gjør seg gjeldende tilstrekkelig ivaretatt ved forholdsmessighetsvurderingen sammen med andre relevante hensyn.

Et absolutt vern mot utvisning kan, i enkelte tilfeller, virke støtende dersom utlendingen har begått en alvorlig straffbar handling. Utvalget vil videre påpeke at kriminelle handlinger begått av ungdom er et problem. Såkalte barneranere kan nevnes som eksempel. Flere av disse begår sine første straffbare handlinger mens de er under den kriminelle lavalder, slik at handlingene ikke kan danne grunnlag for utvisning. Mange fortsetter imidlertid sin kriminelle virksomhet etter fylte 15 år, og det har ofte vist seg at straffereaksjoner i praksis ikke har noen preventiv effekt. En underliggende trussel om at kriminalitet kan lede til utvisning selv om lovbruddet fant sted før man fylte 18 år, vil kunne virke preventivt. Utvalget mener etter dette at heller ikke utlendinger som begår straffbare handlinger i ung alder bør gis et absolutt vern mot utvisning.

12.3.3.10 Særlig om innreiseforbudets varighet

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regler om at innreiseforbudet gjøres varig eller tidsbegrenset, jf. beskrivelsen i kapittel 12.3.1.6.

Ved en lovendring i 1999 ble adgangen til å gi tidsbegrenset innreiseforbud endret fra minimum to år til "som hovedregel" to år, jf. utlendingsloven § 29 fjerde ledd.[40] Det betyr at man kan ilegge et innreiseforbud av kortere varighet. Utvalget mener at innreiseforbud for en kortere periode enn to år medfører en utvanning av skillet mellom bortvisning og utvisning. Utvalget foreslår derfor å gjeninnføre den tidligere ordning, slik at et innreiseforbud ikke kan gis med kortere varighet enn to år, jf. lovutkastet § 82. Utvisning er, og skal være, en alvorlig reaksjon. Hvis myndighetene mener det ikke bør reageres med utvisning på minimum to år, bør utvisning unnlates.

Utlendingsloven § 58 sjette ledd fastsetter at utvisning som hovedregel ikke skal gjøres for kortere tidsrom enn to år. ESA kritiserer på denne bakgrunn norske myndigheter for å være for lite fleksible.

Utvalget mener at kritikken ikke er berettiget. Dagens bestemmelse åpner for at man kan begrense innreiseforbudet til for eksempel ett år og utvalget mener derfor at fleksibiliteten er ivaretatt. Utvalget vil imidlertid harmonisere innreiseforbudets varighet med de alminnelige utvisningsreglene, og foreslår derfor at innreiseforbudet skal være minst to år. Det vises til begrunnelsen over. Utvalget mener at hensynet til fleksibilitet, selv etter denne endringen, er ivaretatt ved at det skal foretas en konkret vurdering av hvor langt innreiseforbudet skal være utover disse to årene.

Utvalget vil bemerke at utvisning av EØS-borger er et unntak fra den alminnelige rett til fri bevegelighet av personer, og som nevnt i kapittel 12.3.1.3 (se også 12.3.3.7) kan utvisning først finne sted når en slik utlending utgjør en trussel mot grunnleggende samfunnshensyn, jf. utlendingsloven § 58 annet ledd og lovutkastet § 80. Når et vedtak om utvisning er begrunnet med at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende samfunnshensyn, er det ikke urimelig at innreiseforbudets lengde settes til minst to år. Utvalget vil i denne sammenheng også vise til at utvisning ikke skal besluttes dersom det vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen eller de nærmeste familiemedlemmene. Forholdsmessighetsvurderingen må her ta hensyn til rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen.

I denne sammenheng skal det også bemerkes at EØS-borger som har blitt utvist i samsvar med reglene i direktiv 64/221 uansett har rett til å begjære omgjøring eller søke om særskilt innreise. Det vil da være opp til den som begjærer omgjøring å argumentere for at det har skjedd vesentlige endringer i de omstendighetene som førte til utvisning. I et slikt tilfelle må det foretas en ny risikovurdering.[41]

Utvalget foreslår å videreføre ordningen med at det kan gis adgang til innreise for besøk under særskilte omstendigheter selv om innreiseforbudet ikke oppheves. Utvalget vil også foreslå en samordning av bestemmelsene som gjelder utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og tredjelandsborgere. Det vises til lovutkastet § 77 flg. med motiver.

12.3.3.11 Gjennomføring av utsendelsesdirektiv

Kommunal- og regionaldepartementet har i brev av 14.03.2003 overlatt til utvalget å vurdere direktiv 2001/40/EF om gjensidig anerkjennelse av avgjørelser om utsendelse av tredjelandsborgere, og i hvilken grad og på hvilken måte direktivet bør gjennomføres i en ny utlendingslov.

40. Ot. prp. nr. 17 (1998-99) s. 59

41. EU-domstolen, sak 117-81 Belgia mot Rezguia Adoui

Direktivet utgjør en videreutvikling av Schengenregelverket. I henhold til samarbeidsavtalen med EU om Norges tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengenregelverket som Norge inngikk 18.05.1999, er Norge forpliktet til å implementere EU-rettsakter som innebærer en videreutvikling av Schengenreglene.[42]

Direktivet skal motvirke at en tredjelandsborger som er bortvist eller utvist fra en medlemsstat, skal kunne unndra seg effektuering ved å forflytte seg fra en medlemsstat til en annen. Målet er å muliggjøre anerkjennelse og fullbyrdelse av en avgjørelse om utsendelse som er truffet av en kompetent administrativ myndighet i et Schengenland (beslutningsmedlemsstaten) vedrørende en tredjelandsborger som befinner seg på et annet Schengenlands område (håndhevingsmedlemsstaten). Direktivet medfører at tredjelandsborgere som er omfattet av en avgjørelse om utsendelse truffet av et Schengenland, ikke vil bli sendt tilbake til dette landet for så å bli sendt ut fra Schengenområdet derfra. I stedet kan håndhevingsmedlemsstaten sende ut den det gjelder direkte.

Direktivet er delvis implementert i norsk rett gjennom utlendingsloven § 29 første ledd bokstav f. Det vises i denne sammenheng til Ot. prp. nr. 49 (2002-03) og Innst. O. nr. 97 (2002-2003).

Departementet har imidlertid overlatt til utvalget å vurdere en utvisningsadgang vedrørende direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav a annet alternativ, som gjelder anerkjennelse av andre Schengenlands avgjørelser om utsendelse som bygger på at "det foreligger alvorlige grunner til å anta at tredjelandsborgeren har begått alvorlige straffbare handlinger, eller det foreligger konkrete indisier for at vedkommende har til hensikt å begå slike handlinger på en medlemsstats territorium." En endring av utvisningsreglene vil medføre at man kan utvise en utlending som er utsendt av annet Schengenland på dette grunnlaget.

Departementet mener at norske myndigheter ikke er forpliktet til å gjennomføre en utvisningsadgang på dette grunnlaget, og begrunner sitt standpunkt med henvisning til formuleringen "[e]n beslutning om utsendelse truffet i henhold til dette punkt gjør det mulig å tilbakekalle en oppholdstillatelse dersom dette er tillatt i henhold til nasjonal lovgivning i staten som har utstedt tillatelsen", jf. artikkel 3 bokstav a siste punktum. Denne bestemmelsen sier ikke at det skal være mulig å tilbakekalle oppholdstillatelsen i intern rett, men at det skal være mulig å gjøre det hvis intern rett tillater det. Den sier heller ikke at praksis skal være at man tilbakekaller oppholdstillatelsen i slike tilfeller. Dette er overlatt til det enkelte land å avgjøre. Departementet tolker teksten slik at den gir statene en valgfrihet i forhold til om man er forpliktet til å gjennomføre direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav a annet alternativ. I og med at det er så nær sammenheng mellom en utvisning og bortfall av oppholdstillatelsen, mener departementet at Norge ikke er forpliktet til å gjennomføre utvisningsregler for å ivareta denne delen av direktivet.

Svenske myndigheter har ikke ansett at de har en slik valgfrihet med hensyn til implementeringen av utsendelsesdirektivet. I svensk rett er direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav a annet alternativ gjennomført ved å gi en ny avvisningshjemmel i utlänningslagen kapittel 4 § 1 nr. 6, og ved å ha en mulighet for å kalle tilbake en oppholdstillatelse i medhold av utlänningslagen kapittel 2 § 10a. Bestemmelsene samsvarer med ordlyden i direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav a annet alternativ. Hvis utlendingen fortsetter å oppholde seg i riket uten oppholdstillatelse, kan det gi grunnlag for utvisning, jf. utlänningslagen kapittel 4 § 3.

Utvalget vil bemerke at direktivet er uklart og byr på tolkningsproblemer. Dette illustreres blant annet av at norske og svenske myndigheter tolker direktivet forskjellig. Det er likevel nokså klart at artikkel 3 bokstav a annet alternativ forutsetter at den stat som har utstedt oppholdstillatelsen til utlendingen - og det kan altså blant annet tenkes å være den stat som er blitt anmodet om å iverksette utsendelsesvedtaket - ikke har noen plikt til å tilbakekalle en oppholdstillatelse. Iverksettelse av et utsendelsesvedtak vil jo nettopp innebære at utlendingen tvinges til å forlate det land som vedkommende ellers har rett til å oppholde seg i. Den utlendingen som en annen Schengenstat anmoder Norge om å iverksette et utsendelsesvedtak mot, kan imidlertid oppholde seg her uten å ha noen oppholdstillatelse. Vedkommende kan for eksempel være her på besøk som turist. Utvalget kan ikke se at direktivet da åpner for at man kan nekte å etterkomme en anmodning om utsendelse.

Direktivet pålegger imidlertid ikke statene å iverksette en annen stats utsendelsesvedtak gjennom bruk av utvisningsinstituttet. Det er tilstrekkelig å bortvise vedkommende. Tatt i betraktning de rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende når grunnlaget for utsendelsesvedtaket begrenser seg til "alvorlige grunner til å anta", foreslår utvalget derfor å gjennomføre direktivet på dette punkt som en hjemmel for bortvisning av utlendinger som befinner seg i Norge uten å ha oppholdstillatelse her, og som det rettes en utsendelsesbegjæ-

42. Se St.prp. nr. 50 (1998-99)

ring mot fra en annen Schengenstat i medhold av direktivet artikkel 3 bokstav a annet alternativ.

Utvalget peker i denne forbindelse på at gjeldende lov § 27 første ledd bokstav e, jf. lovutkastet § 17 første ledd bokstav g, allerede gir anledning til å bortvise utlending uten oppholdstillatelse når "andre omstendigheter [enn ilagt straff] gir særlig grunn til å frykte at utlendingen her i riket eller i annet nordisk land vil begå en straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder". En gjennomføring av direktivet vil her i realiteten innebære at man anerkjenner og fullbyrder andre Schengenlands vedtak basert på en noenlunde tilsvarende farevurdering i forhold til hele Schengenområdet. Det vil også kunne være aktuelt å bortvise vedkommende i medhold av utlendingsloven § 27 første ledd bokstav j, jf. lovutkastet § 17 første ledd bokstav k, når det anses nødvendig av hensyn til Norges eller annet Schengenlands nasjonale sikkerhet, offentlige orden eller internasjonale forbindelser.

I forhold til utlendinger som har oppholdstillatelse i Norge, mener utvalget at utsendelse bare bør finne sted i tilfeller der utlendingsloven for øvrig gir adgang til det. I forhold til direktivet artikkel 3 bokstav a annet alternativ vil dette i praksis dreie seg om tilfeller hvor hensynet til rikets sikkerhet tilsier det.

Kapittel 13
Saksbehandling, organisering av utlendingsmyndigheten m.m.

13.1 Forvaltningsmessige begreper og prinsipper (herunder ansvar for saksopplysning mv.)

13.1.1 Innledning

Utlendingsloven § 32 presiserer at forvaltningsloven gjelder når ikke annet følger av loven.

Utgangspunket i forvaltningsretten er at den som søker en rettighet må sannsynliggjøre at vilkårene for å bli tilkjent den aktuelle retten, er oppfylt. Samtidig følger det av forvaltningsloven § 17 at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Hvilke beviskrav som gjelder og den nærmere fordeling av bevisbyrden, vil variere fra sakstype til sakstype. Innenfor utlendingsfeltet vil det for eksempel være forskjell både med hensyn til bevisbyrdebetraktninger og med hensyn til beviskrav alt ettersom saken gjelder flyktningbeskyttelse eller oppholdstillatelse som arbeidstaker.

13.1.2 Særlig om veiledningsplikten i utlendingssaker

Forvaltningsloven inneholder generelle regler om forvaltningens veiledningsplikt i § 11. Veiledningsplikten gjelder for alle typer utlendingssaker, noe som også er understreket i utlendingsloven § 34. Utlendingsloven § 34 inneholder videre særskilte regler om veiledning i saker om bortvisning, utvisning, tilbakekall av gitt tillatelse og når utlendingen søker om asyl. Politiet er pålagt å veilede utlendingen om retten til fullmektig, rettshjelp, til å sette seg i kontakt med sitt lands representasjon, en representant for FNs Høykommissær for flyktninger og en norsk flyktningorganisasjon. Når det gjelder retten til å sette seg i kontakt med hjemlandets representasjon er det understreket i forarbeidene at dette ikke medfører noen rett for utlendingen til å ha for eksempel ambassadepersonale til disposisjon under behandlingen av en sak om bortvisning. Det kan være at ambassaden ikke har kapasitet til dette. Det ble også påpekt i forarbeidene at norsk utlendingslovgivning ikke kan pålegge utenlandske myndigheter og personale slike plikter.[1]

I praksis foregår veiledningen om rettigheter og plikter i asylsaker ved at søkeren rutinemessig blir informert om dette både i forbindelse med registrering hos politiet og i forbindelse med asylintervjuet i Utlendingsdirektoratet. Det anmerkes i registreringsskjemaet at vedkommende har blitt informert. Ved utvisning og tilbakekall av tillatelser blir utlendingen som regel informert om sine rettigheter gjennom forhåndsvarselet.

Hvis veiledningsplikten ikke blir overholdt, kan det føre til at vedtaket må kjennes ugyldig dersom mangelen på veiledning kan ha påvirket sakens utfall.

13.1.3 Partsbegrepet og rettslig klageinteresse

Hvem som er "part" i en forvaltningssak er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e som den " person som en avgjørelse retter seg mot eller ellers direkte gjelder."

En part har blant annet rett til underretning og begrunnelse for vedtaket, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 27, og kan også la seg bistå av fullmektig under sakens behandling. Sakens opplysninger kan dessuten uten hinder av taushetsplikten utleveres til den som er part i saken, jf. forvaltningsloven § 13b første ledd nr. 1.

I utlendingssaker er det en etablert praksis at det kun er søkeren som regnes som part. Det betyr at for eksempel referansepersonen i en søknad om familieinnvandring i praksis ikke blir ansett som part. Selv om avgjørelsen vil kunne få virkning for referansepersonen, og vedkommende således kan sies å ha interesse i saken, betyr ikke dette at avgjørelsen retter seg mot ham eller henne, eller direkte gjelder vedkommende.

Det samme utgangspunktet gjelder i saker som ikke beror på en søknad, for eksempel en utvisningssak. Her vil vedtaket rette seg mot den som vurderes utvist og ikke mot eventuelle familiemedlemmer i riket.

1. NOU 1983:47 s. 262

Klagerett tilkommer parten og andre med "rettslig klageinteresse", jf. forvaltningsloven § 28. Uttrykket "rettslig klageinteresse" må ses i sammenheng med begrepet "rettslig interesse" i tvistemålsloven § 54. Praksis omkring denne bestemmelsen er omfattende og har betydning for tolkningen av begrepet i forvaltningsloven § 28. På samme måte som man har operert med et snevert partsbegrep, har man på utlendingsfeltet lagt til grunn en restriktiv forståelse av hvem som kan opptre som klager.

I utlendingssaker som ikke beror på en søknad, for eksempel en sak om utvisning, er praksis at bare parten kan klage på vedtaket. Praksis er forankret i en avgjørelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1995 s. 139. Kjæremålsutvalget uttalte blant annet:

> "Saken gjelder et utvisningsvedtak. Dette er av så personlig art at utvalget finner at bare den som er utvist, bør kunne angripe det. Dersom andre berørte skal kunne angripe det, kan dette i prinsippet også innebære at vedtaket kan bli angrepet mot den utvistes vilje. Kjæremålsutvalget tar ikke stilling til om det kan tenkes unntak fra at bare den utviste selv kan gå til sak, f eks hvor den utviste under helt spesielle omstendigheter har vanskelig for å ivareta sine interesser. Dette er ikke situasjonen her."

Som det fremgår åpnet Høyesterett for at det kan tenkes tilfeller hvor rettslig interesse foreligger også hos andre enn den utviste, uten at det var grunn til å drøfte dette nærmere i den foreliggende sak.

Praksis er også restriktiv i saker som beror på en søknad. Verken referansepersonen i en sak om familieinnvandring eller arbeidsgiver i en sak om arbeidstillatelse har i praksis blitt ansett å ha selvstendig klagerett. I tillegg til den nevnte avgjørelsen i Rt. 1995 s. 139, har en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 23.09.1997[2] blitt anført til støtte for dette.

En utlending kan imidlertid velge å la seg representere ved fullmektig, jf. forvaltningsloven § 12. I de tilfeller hvor for eksempel ektefellene i en sak om familieetablering eller familiegjenforening ønsker at den som er bosatt i Norge skal håndtere klagespørsmålet mv., ordnes dette derfor i praksis ved at søkeren utsteder en fullmakt til referansepersonen til å opptre som dennes fullmektig.

13.1.4 Habilitet

Foruten forvaltningslovens regler om habilitet har utlendingsloven særskilte habilitetsregler i § 35. Disse medfører at tjenestemann som har handlet i sak om straffeforfølgning mot vedkommende utlending, verken kan tilrettelegge grunnlaget for, eller fatte avgjørelse i, senere sak om bortvisning, arbeidstillatelse, oppholdstillatelse, bosettingstillatelse eller utvisning. Unntatt er straffesaker som gjelder overtredelse av reglene i utlendingsloven. Utlendingsloven § 35 kommer til anvendelse uansett hva som ble resultatet i den tidligere sak om straffeforfølgning.[3]

Fremmedlovutvalget begrunnet forslaget om bestemmelsen slik:

> "Selv om det dreier seg om juridisk sett to forskjellige saker, er realiteten at samme tjenestemann behandler både spørsmålet om straffesanksjon og fremmedrettslig reaksjon. Avgjørelsen vil ikke så lett fremtre som upartisk når den treffes av den samme person som har opptrådt i straffesaken og der allerede har tatt standpunkt mot utlendingen. Det er også en reell risiko for at resonnementet i straffesaken vil "smitte over" på behandlingen av fremmedsaken. At utlendingen etter tjenestemannens oppfatning bør kunne straffes, vil kunne prege saksbehandlingen i fremmedsaken, for eksempel slik at forholdets grovhet overvurderes, eller slik at konklusjonen lett blir at utvisning bør skje. Men noen logisk sammenheng mellom de to reaksjoner er det ikke. Det kan godt tenkes at en straffet utlending bør få bli i landet når straffen er sonet".[4]

Deretter fremhevet Fremmedlovutvalget behovet for at utvisningsspørsmålet blir betryggende avgjort og at dette er synlig for omverdenen. Det ble også påpekt at politiet har to forskjellige funksjoner, en forvaltningsrettslig og en strafferettslig, og at det er viktig å unngå sammenblanding av disse.

Fremmedlovutvalget presiserte at bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 tredje ledd om at direkte underordnet tjenestemann er inhabil dersom overordnet tjenestemann er det, ikke skulle ha anvendelse.[5]

Departementet sluttet seg til utvalgets forslag og sa seg enig i at det er viktig å markere skillet mellom politiets oppgaver i strafferettslig sammenheng og de oppgaver politiet har innenfor utlendingskontrollen.[6]

2. Sak 96/11323 F

3. NOU 1983:47 s. 341
4. NOU 1983:47 s. 263
5. NOU 1983:47 s. 264-265
6. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 143.

13.1.5 Begrunnelse av vedtak

Forvaltningsloven inneholder generelle regler om begrunnelse av vedtak i enkeltsaker i §§ 23 til 25 som får anvendelse i utlendingssaker. Hovedregelen i forvaltningsloven § 24 første ledd er at enkeltvedtak skal begrunnes. Hva som er et enkeltvedtak fremgår av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b: "vedtak som gjelder rettigheter og plikter for vedkommende part". Såkalte prosessledende avgjørelser regnes ikke som enkeltvedtak. En prosessledende avgjørelse i utlendingsretten vil typisk være avslag på begjæring om utsatt iverksettelse av avslag på søknad om asyl. Det følger uttrykkelig av utlendingsloven § 40 tredje ledd at forvaltningsloven kapittel V om blant annet begrunnelse ikke gjelder for slike avgjørelser, noe som ville vært resultatet også etter alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Begrunnelsen skal inneholde en henvisning til reglene vedtaket bygger på og skal, i den utstrekning det er nødvendig for at parten skal forstå vedtaket, gjengi innholdet av reglene eller den problemstilling vedtaket bygger på, jf. forvaltningsloven § 25 første ledd. De faktiske forholdene som vedtaket bygger på skal også inngå i begrunnelsen for vedtaket, jf. forvaltningsloven § 25 andre ledd. Forvaltningsorganet bør klargjøre hvilke faktiske opplysninger man har lagt til grunn for vedtaket og hvilke opplysninger man ikke har funnet grunn til å vektlegge i særlig grad. De hovedhensyn som har vært avgjørende for utøvelsen av skjønnet bør nevnes, jf. forvaltningsloven § 25 tredje ledd.

Forvaltningsloven § 24 tredje ledd bestemmer at begrunnelse kan unnlates i den utstrekning det ikke kan gis uten å avsløre opplysninger som parten etter § 19 ikke har krav på å bli kjent med.

13.1.6 Ugyldighet og tilbakekall av gitte tillatelser

Utlendingsloven har egne regler om tilbakekall av tillatelser i §§ 13, 18 og 56, som gjelder henholdsvis tilbakekall av oppholds-, arbeids- og bosettingstillatelse, tilbakekall av asyl tilbakekall av tillatelse for personer omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Utlendingsloven § 13 fastsetter at vedtaket kan tilbakekalles hvis utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger av vesentlig betydning for vedtaket, at han eller hun har fortiet forhold av vesentlig betydning, eller dersom det følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Forvaltningsloven § 35 inneholder regler om omgjøring av vedtak blant annet der vedtaket av forskjellige årsaker må anses ugyldig, jf. bokstav c, og dette vil altså også kunne føre til at vedtaket blir tilbakekalt etter utlendingsloven. Hvis vedtaket er ugyldig kan det bli tilbakekalt uten hensyn til om det er forvaltningen eller den private part som kan bebreides for de feil som har medført ugyldighet. Begrepet "ugyldighet" omfatter også forhold som fører til at vedtaket må anses som en "nullitet" slik at det helt fra først av er virkningsløst og ikke trenger annullering. Andre feil medfører ikke slik automatisk ugyldighet, men må angripes og kjennes ugyldig av forvaltningsorganet eller domstolene.

Når det gjelder tilbakekall av asyl vises det til kapittel 6.6.

I utlendingsloven § 56 fremgår reglene om tilbakekall av tillatelser for EØS-borgere. Bestemmelsen viser i all hovedsak til de alminnelige tilbakekallsreglene, med de begrensninger at tilbakekall ikke utelukkende kan skje med den begrunnelse at utlendingen ikke lenger er yrkesaktiv, dersom dette skyldes midlertidig arbeidsudyktighet på grunn av sykdom eller ulykke, eller er uforskyldt arbeidsledig og dette bekreftes av arbeidsmarkedsmyndighetene.[7] Begrensningen må ses i sammenheng med reglene i utlendingsloven §§ 53 og 55 om adgang til fortsatt opphold ved arbeidsledighet og permanent arbeidsudyktighet.

Tilbakekall av visum er ikke nevnt i utlendingsloven § 13 og blir derfor vurdert utelukkende etter forvaltningsloven § 35 og de alminnelige forvaltningsrettslige reglene. Det vil særlig være i forbindelse med innreisekontrollen ved grensepassering at det blir avdekket at forutsetningene for et gitt visum ikke er til stede. Hvis visumet er gitt på grunnlag av vesentlig feilaktige opplysninger gitt av utlendingen selv, risikerer utlendingen at visumvedtaket anses som en nullitet og at han bortvises på grunnlag av manglende visum. Der hvor forutsetningene har endret seg etter at visum ble gitt og skyldes for eksempel at herboende referanseperson har gitt beskjed om at han ikke lenger ønsker besøk, vil visumet eventuelt måtte tilbakekalles.

En særlig form for tilbakekall eller bortfall av tillatelse er utlendingsloven § 12 fjerde ledd om at bosettingstillatelse - i utvalgets forslag kalt permanent oppholdstillatelse - bortfaller når innehaveren av tillatelsen har hatt bopel, eller faktisk opphold, utenfor riket sammenhengende i mer enn to år. Tidligere skjedde bortfallet automatisk, men en lovendring i 1999 medførte at det må fattes vedtak om bortfall. Man kan for øvrig søke om å adgang til å oppholde seg utenfor riket i mer enn to år uten at bosettingstillatelsen skal falle bort.

7. Regelen følger av direktiv 68/360/EØF og 73/148/EØF

Det er Utlendingsdirektoratet som er vedtaksmyndighet i saker om tilbakekall av oppholds- og arbeidstillatelser, bosettingstillatelser og innvilget asyl, jf. utlendingsloven § 13 siste punktum og § 18 annet ledd.

Hvis det er aktuelt med tilbakekall av tillatelsen, er det et krav at vedkommende blir forhåndsvarslet. Dette følger av forvaltningsloven § 16, og er dessuten sagt eksplisitt i utlendingsforskriften § 50 annet ledd. Hva forhåndsvarselet skal inneholde fremgår av forvaltningsloven § 16 annet ledd, og er nærmere presisert i utlendingsforskriften § 50 tredje ledd. I hovedsak må varselet inneholde begrunnelsen for hvorfor det vurderes tilbakekall, samt en mulighet for vedkommende til å uttale seg.

13.1.7 Taushetsplikt

13.1.7.1 Generelt om taushetsplikt

Utlendingsloven har ingen egen bestemmelse om taushetsplikt. Det er derfor den generelle hovedregelen i forvaltningsloven § 13 som gjelder. Bestemmelsen fastsetter at offentlig tjenestemann plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det vedkommende får vite om noens personlige forhold i forbindelse med arbeid eller tjeneste, eller opplysninger vedrørende drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

Nærmere bestemmelser om taushetsplikt finnes i lover, forskrifter og instrukser. Det mest aktuelle i utlendingssaker er regler om taushetsplikt som har til formål å verne om private forhold. I asylsaker vil det være viktig ut fra hensynet til å beskytte søkeren. Det kan imidlertid også dreie seg om taushetsplikt av hensyn til offentlige interesser, for eksempel opplysninger av betydning for rikets sikkerhet.

Unntak fra taushetsplikt kan i hovedsak deles i tre kategorier. For det første kan det gis unntak der private interesser likevel anses ivaretatt. For det andre finnes unntak fra taushetsplikten der det behøves for behandling av saken. Videre gis det i en viss utstrekning unntak fra taushetsplikten i tilknytning til behandling av andre saker og arbeidsoppgaver, eller for å beskytte andre offentlige interesser.

13.1.7.2 Utveksling av informasjon med utenlandske myndigheter

Utlendingsloven § 34a har regler om utlevering av opplysninger i forbindelse med Schengensamarbeidet og samarbeidet i henhold til Dublinforordningen. I den utstrekning Norge er forpliktet til det, kan opplysninger oversendes til myndigheter i land som deltar i dette uten hinder av reglene om taushetsplikt. Tidligere var adgang til oversendelse begrenset til saker om visum, asyl eller oppholdstillatelse. Etter en lovendring i 2003, som det er redegjort for i Ot.prp. nr. 49 (2002-2003), kan slik oversendelse også gjøres i saker om bortvisning og utvisning. Dette har sammenheng med direktiv 2001/40/EF om gjensidig anerkjennelse av avgjørelser om utsendelse av tredjelandsborgere. For at dette skal kunne fungere må det også være regler om oversendelse av opplysninger i slike saker, noe som blant annet er regulert i direktivet artikkel 6.

13.1.8 Utvalgets vurderinger

13.1.8.1 Søkerens rett til å bli forelagt saksopplysninger

I henhold til forvaltningsloven § 18 har en part adgang til å gjøre seg kjent med sakens opplysninger, og i henhold til § 17 skal forvaltningsorganet på eget initiativ fremlegge nye opplysninger i saken for parten før saken avgjøres. Nærmere regler og unntak følger både av de nevnte bestemmelsene og av øvrige bestemmelser i forvaltningsloven kapittel IV.

I mange saker vil den som søker en tillatelse etter utlendingsloven befinne seg i utlandet, jf. kapittel 5.5. Fremmedlovutvalget drøftet i sin innstilling om forvaltningsloven § 17 også skulle gjelde i slike tilfeller.[8] Det ble blant annet pekt på at den som befinner seg i utlandet ofte vil mangle forutsetninger for å kommentere innhentede opplysninger om for eksempel arbeidstilbud i Norge. Videre ble det pekt på at bestemmelsen fordrer en del merarbeid som vil kunne forlenge saksbehandlingstiden. Fremmedlovutvlaget valgte likevel å legge avgjørende vekt på hensynet til å sikre at resultatet bygger å et riktig grunnlag og foreslo at § 17 skulle gjelde fullt ut i utlendingssaker. Departementet sluttet seg til dette i proposisjonen.[9]

På grunn av den store økningen i saksmengden siden Fremmedlovutvalget avga sin innstilling, har utvalget kommet til en annen vurdering av spørsmålet om anvendelsen av forvaltningsloven § 17.

Utvalget vil i denne sammenheng peke på at det i den svenske utlendingsloven er gjort unntak fra søkerens rett til å bli forelagt saksopplysninger i

8. NOU 1983:47 s. 250-251
9. Jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87), s. 135-136

visse typer saker så lenge vedkommende befinner seg i utlandet.[10]

Begrunnelsen for den svenske bestemmelsen er i hovedsak følgende:

- Det er praktiske vanskeligheter knyttet til å fremlegge saksopplysninger for en søker i utlandet som ville medføre betydelig forsinkelse før saken kan avgjøres.
- I mange saker er utredninger som legges til grunn for avgjørelsen omfattende og gjelder bosteds- og arbeidsmarkedsspørsmål som søkeren har små forutsetninger for å kommentere.
- Selv om det gjøres unntak fra plikten til å fremlegge opplysninger for søkeren, innebærer ikke dette noe forbud mot at opplysninger likevel fremlegges når for eksempel personlige forhold står sentralt.

Utvalget vil ut fra samme begrunnelse som er gitt av svenske myndigheter, foreslå en begrensning i forvaltningens plikt til å forelegge saksopplysninger for søkeren på eget initiativ, jf. forvaltningsloven § 17. Unntaket bør gjelde i saker om:

- visum,
- familieetablering,
- arbeidsinnvandring, og
- oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent opphold.

Det vises til lovutkastet § 91.

I sak om familiegjenforening vil et avslag på opphold i en del tilfeller kunne representere et så inngripende tiltak at det ikke bør gjøres unntak på samme måte som i forhold til de sakskategorier som er nevnt over. Det følger imidlertid av forvaltningsloven § 17 at det uansett kan være grunnlag for unntak etter en konkret vurdering.

På samme måte som Fremmedlovutvalget la til grunn når det gjaldt praksis under fremmedloven, legger utvalget til grunn at det i praksis allerede er begrenset i hvilken utstrekning forvaltningsloven § 17 etterleves når søkeren befinner seg i utlandet. Utvalgets forslag vil derfor ikke rent faktisk innebære noen større svekkelse av søkerens posisjon.

Utvalget vil for øvrig bemerke at søkeren vil bli gjort kjent med relevante saksopplysninger gjennom vedtaket i saken, og vedkommende vil ha mulighet til å fremsette sitt syn i en eventuell klage dersom vedkommende mener at feil faktum er lagt til grunn.

Utvalget presiserer at det ikke vil være noe til hinder for at forvaltningsorganet formidler opplysninger til søkeren i sammenhenger hvor dette er særskilt ønskelig, og det gjøres ingen innskrenkning i søkerens rett til partsinnsyn i henhold til forvaltningsloven § 18. En søker vil altså alltid selv kunne kreve innsyn i saksdokumentene.

13.1.8.2 Partsbegrepet

I et brev av 22.07.2004 til Kommunal- og regionaldepartementet har Lovavdelingen foretatt en ny vurdering av partsbegrepet og spørsmålet om en herboende ektefelle og familiemedlemmer har rettslig klageinteresse over et avslag på søknad om opphold etter bestemmelsen om familieinnvandring i utlendingsloven § 9. Lovavdelingen uttaler blant annet:

> "6. Spørsmålet om også herboende har partsstilling i saker om familiegjenforening etter utlendingsloven § 9, fremstår [ ] som tvilsomt. Ordlyden i partsdefinisjonen i [forvaltningsloven] § 2 første ledd bokstav e, sett i lys av formålet med reglene om familiegjenforening og familiens rolle, trekker i retning av å anse dem som parter. I motsatt retning trekker den ganske faste tradisjon i saker av personlig art, kjæremålsutvalgets kjennelse av 1995 og den praksis som utlendingsmyndighetene hittil har ført.
>
> Lovavdelingen er på denne bakgrunn blitt stående ved å tilrå at dersom Kommunal- og regionaldepartementet ønsker generelt å gi herboende partsstilling i saker om familiegjenforening, bør dette gjennomføres ved forskrift i medhold av forvaltningsloven § 5 første ledd første punktum. Gjennom en slik regulering kan det også tas stilling til hvem av de herboende - eventuelt alle - som skal ha partsstilling i tilfelle det er flere herboende familiemedlemmer.
>
> Vi ser likevel ikke bort fra at det kan forekomme enkelte saker hvor familiemedlemmet i utlandet etter å ha sendt søknad, vil ha så store praktiske vansker med å ivareta sine partsrettigheter at EMK artikkel 13 jf. artikkel 8 jf. menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 kan tilsi at de herboende må ha partsstilling eller anses som fullmektig for søkeren.
>
> 7. De argumenter som trekker i retning av partsstilling, taler desto sterkere for at herboende må anses for å ha rettslig klageinteresse ved avslag på søknad om familiegjenforening. Lovavdelingen anbefaler at dette blir lagt til grunn og finner ikke å holde fast ved den oppfatning som vi ga uttrykk for i vårt notat 23. september 1997. Vi tar ikke med dette stilling til om samtlige nærmeste familiemedlemmer som

10. Utlänningslagen kapittel 11 § 2: "Bestämmelserna i 17 § förvaltningslagen [ ] om rätt för en part att få del av uppgifter tillämpas i ärenden om visering, tidsbegränsat uppehållstillstånd, arbetstillstånd och återkallelse av permanent uppehållstillstånd endast när utlänningen är bosatt eller annars vistas i Sverige."

er herboende, vil ha rettslig klageinteresse, eller om dette er begrenset f.eks. til herboende ektefelle eller eldste barn."

Utvalget har ikke gjennomført noen grundig utredning av spørsmål som gjelder partsbegrepet og klageinteressen i utlendingssaker, og legger derfor lovavdelingens vurderinger til grunn. Det er dermed ikke aktuelt å foreslå noen særskilt lovregulering i utlendingsloven, men det vises til at partsspørsmålet eventuelt kan reguleres gjennom forskrift til forvaltningsloven. Når det gjelder spørsmålet om hvem som skal anses å ha rettslig klageinteresse, må dette avgjøres gjennom vurderinger i praksis.

13.1.8.3 Særlig om habilitet i utlendingssaker

Som nevnt ovenfor inneholder utlendingsloven en særskilt habilitetsbestemmelse som går videre enn forvaltningslovens regler. Utlendingsloven § 35 innebærer at tjenestemann som har handlet i sak om straffeforfølgning mot vedkommende utlending, verken kan tilrettelegge grunnlaget for, eller fatte avgjørelse i senere sak om bortvisning, arbeidstillatelse, oppholdstillatelse, bosettingstillatelse eller utvisning. Utvalget er av den oppfatning at det ikke er særlige forhold ved en utlendingssak som tilsier en slik egen habilitetsbestemmelse. Bestemmelsen i § 35 er en særbestemmelse som man ikke finner andre steder i lovgivningen, og utvalget anser ikke at bestemmelsen er nødvendig ut fra dagens virkelighet. Bestemmelsen er heller ikke i overensstemmelse med ordningen etter andre lover, som for eksempel ordningen ved vedtak etter våpenloven § 35. I spørsmålet om inndragning av våpen vil forvaltningslovens regler om habilitet få anvendelse, og spørsmålet vil dermed bli vurdert konkret i det enkelte tilfelle. Det samme var tidligere tilfelle for førerkortbeslag før denne type avgjørelser ble lagt til domstolen. Begrunnelsen for denne overføringen var ikke problemer i forhold til habilitetsspørsmålet, men at inndragning av førerkortet ble ansett som straff og derfor krever domstolsbehandling. Utvalget vil videre bemerke at det i de tilfellene som reguleres av utlendingsloven § 35, foreligger en forutgående straffesaksbehandling. I slike saker står hensynet til rettssikkerheten sentralt, og man har en garanti for at tiltalte har fått en forsvarlig behandling. Beviskravene er strengere i straffesaken enn i forvaltningssaken, og det må under enhver omstendighet legges til grunn at den tjenestemann som behandler utlendingssaken må legge til grunn det faktum som anses bevist ved en rettskraftig avgjørelse av straffesaken. Utvalget har også noe vanskelig for å forstå det prinsipielle grunnlaget for å sondre mellom straffesaker for brudd på utlendingsloven og andre straffesaker, slik det gjøres i gjeldende lov.

Utvalget foreslår derfor å fjerne den særlige habilitetsbestemmelsen i utlendingsloven § 35 og la de alminnelige reglene om habilitet etter forvaltningsloven få anvendelse. Dette betyr at en offentlig tjenestemann i normale tilfeller ikke er å anse som inhabil i utlendingssaker selv om han har handlet i sak om straffeforfølgning mot vedkommende. Habilitetsvurderingen må, her som i andre forvaltningssaker, foretas etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

13.1.8.4 Begrunnelsesplikt i utlendingssaker

I rapporten fra Universitetet i Oslo om gråsonen mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag (UiO-rapporten)[11], samt i et eget brev fra forfatteren til utvalget, har det blitt fremsatt tvil om Utlendingsdirektoratets og Utlendingsnemndas vedtak i asylsaker er i samsvar med kravene til begrunnelse i forvaltningsloven. Det blir anført at avgjørelsene ikke i tilstrekkelig grad tydeliggjør hvilke vurderinger som er foretatt

Utlendingssaker vil ofte gjelde saker av alvorlig art, for eksempel ved en søknad om asyl, og avgjørelsen vil kunne ha stor betydning for den det gjelder. Dessuten er vedtakene rettet mot utlendinger som er ukjent med norsk rettsystem og regler, noe som ytterligere understreker viktigheten av gode og klare begrunnelser. Det må imidlertid foretas en rimelig praktisering av saksbehandlingsreglene, tilpasset en praktisk virkelighet som kan bære preg av store saksmengder og krav til effektivitet. Utlendingsforvaltningens utfordring blir å finne en balanse mellom hva som på den ene side er "godt nok" i den enkelte sak hensett til dens art og kompleksitet, og hva som på den annen side ikke kan aksepteres av hensyn til partens mulighet for å ivareta sitt tarv. Det er rimelig at det legges vekt på om det er tale om et avslagsvedtak eller et vedtak om å innvilge en tillatelse. Det bør også stilles mildere krav til begrunnelsen når det dreier seg om åpenbart grunnløse søknader/klager, mens mer tvilsomme og komplekse saker ofte vil måtte begrunnes mer inngående. Utvalget har for øvrig merket seg at det i UiO-rapporten er vist til at Utlendingsnemndas vedtak i annet enn de kurante sakene "generelt er av en tilstrekkelig kvalitet til at de bør offentliggjøres slik at de kan nyttiggjøres av

11. Rapporten er nærmere presentert og omtalt i kapittel 6.8.

praktiserende og vitenskapsmenn i og utenfor Norge."[12]

I UiO-rapporten argumenteres det med at standardkonsepter (standardiserte begrunnelser) ikke bør benyttes fordi det da ikke blir foretatt en individuell vurdering, noe som igjen fører til flere avslag. Utvalget mener at det kan benyttes standardkonsepter og/eller standardiserte begrunnelser, såfremt de benyttes med tilstrekkelig varsomhet, tilpasset forholdene i den enkelte sak, og ellers tilfredsstiller forvaltningslovens krav. Utvalget vil her bemerke at rask og effektiv saksbehandling ikke bare er noe myndighetene har interesse av, men også er en viktig del av rettssikkerheten for søkerne.

Utvalget har vurdert om det bør gis særlige regler om begrunnelse i den nye utlendingsloven, som kan presisere eller gå ut over myndighetenes forpliktelser etter forvaltningsloven. Pedagogiske hensyn kan tale for at reglene om begrunnelsesplikt - som både er viktige for den enkelte part og har stor praktisk betydning for myndighetene - bør moderniseres og gjøres mer presise, om ikke i forvaltningsloven så kanskje i særlovgivningen. På den annen side har eksterne aktører ikke ment at det er forvaltningsloven det er noe i veien med når man har kritisert utlendingsmyndighetenes begrunnelser, men snarere forvaltningens tolking og anvendelse av loven. Det er derfor tvilsomt om en særskilt regel om begrunnelse i utlendingsloven vil føre til en "bedre" praktisering av begrunnelsesplikten. Utvalget har på denne bakgrunn ikke funnet grunn til å fremme forslag om å gi spesielle regler om begrunnelse i lovutkastet.

Forvaltningsloven § 24 tredje ledd gir anledning til å unnta fra begrunnelsesplikten i tilfeller hvor en begrunnelse ville avsløre opplysninger som parten etter forvaltningsloven § 19 ikke har krav på å bli kjent med. Saker som inneholder opplysninger om rikets sikkerhet er ett eksempel. Dessuten har man i enkelte saker om familieinnvandring opplevd situasjoner hvor herboende referanseperson kontakter utlendingsmyndighetene og sier at vedkommende har blitt tvunget til å inngå ekteskap, og at vedkommende vil forhindre at ektefellen kommer til riket. Forvaltningen vil da avslå ektefellens søknad om opphold. Utlendingsdirektoratet har i slike tilfeller unnlatt å begrunne avslaget for å hindre at ektefellen og herboendes familie får vite at herboende har gitt opplysninger om at det dreier seg om et tvangsekteskap. Direktoratets praksis har hjemmel i forvaltningsloven § 24 tredje ledd, jf. § 19 annet ledd bokstav b. Etter denne bestemmelsen kan begrunnelse unnlates i den utstrekning retten til å gjøre seg kjent med opplysningene, ikke er av vesentlig betydning for en part, og opplysningene gjelder forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre.

Utvalget mener at forvaltningslovens bestemmelser gir de nødvendige unntak fra begrunnelsesplikten både i forhold til saker som gjelder tvangsekteskap og i andre saker.

13.1.8.5 Tilbakekall av tillatelser

Tillatelsessystemet innebærer at bestemte vilkår må være oppfylt både for å kunne innvilge og for å kunne fornye en tillatelse. Hvis disse vilkårene ikke er oppfylt, vil tillatelsen i utgangspunktet ikke bli fornyet. I andre tilfeller vil tillatelsen være tidsbegrenset og faller bort når tillatelsestiden utløper. I disse tilfellene vil det være mindre behov for regler om tilbakekall. Det samme vil være tilfelle hvor utlendingen utvises. Vedtaket om utvisning medfører at tillatelsen bortfaller, og det er ikke behov for å fatte et særskilt vedtak om tilbakekall. Ved utvisning av en person med asylstatus, hvor tilbakekall av asylstatusen er nødvendig for at man skal kunne utvise, må det imidlertid tas uttrykkelig stilling til om vilkårene for anerkjennelse som flyktning fortsatt er til stede. Dette kan praktisk skje som et separat vedtak.

I praksis kan det i mange tilfeller være enklere å vurdere grunnlaget for tillatelsen ved en søknad om fornyelse, eller å la tillatelsen løpe tiden ut, enn å sette i gang en prosess om tilbakekall hvis man mener at vilkårene eller forutsetningene for tillatelsen ikke lenger er til stede. Dette vil særlig være saksbehandlingsmessig besparende, men medfører også at myndighetene slipper å måtte anføre og bevise en ugyldighets- eller tilbakekallsgrunn. Dette vil imidlertid måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Det vil blant annet være av betydning hvor lenge det er til tillatelsen skal fornyes, men også grunnlaget for at tillatelsen ikke lenger anses gyldig.

Utvalget viser til den beskrivelse som er gitt av gjeldende regler i avsnitt 13.1.6, og går inn for å videreføre innholdet i disse bestemmelsene, jf. lovutkastet §§ 29 og 74. Utvalget foreslår også en særskilt bestemmelse for tilbakekall av visum, jf. utkastet § 13. Når det gjelder tilbakekall av oppholdstillatelse som er innvilget til en flyktning, vises det til lovutkastet § 46 og drøftelsen i kapittel 6.9.

12. Rapporten s. 211

13.1.8.6 Taushetsplikt og utveksling av opplysninger

I utgangspunktet vil utlendingsforvaltningen følge de samme bestemmelser om taushetsplikt som forvaltningen for øvrig. De spørsmål som primært reiser seg, om en opplysning i utgangspunktet er undergitt taushetsplikt, og i så fall om det er unntak som kan danne grunnlag for opplysningsplikt eller opplysningsrett. Taushetsplikten innebærer også noen begrensninger i forhold til hvilke opplysninger som kan gis videre til andre forvaltningsorgan. Overfor politiet oppstår særlige problemer ettersom utlendingsforvaltningen er organisert slik at politiet utgjør den utøvende delen av denne forvaltning. Det blir da spørsmål om i hvilken grad politiet kan benytte opplysninger innhentet i forvaltningsmessig utlendingskontroll i forbindelse med etterforskning og andre polisiære oppgaver. Politiet har en lang rekke oppgaver som forvaltningsorgan. I utgangspunktet bør man forsøke å sondre mellom politiets forvaltningsmessige oppgaver og den polisiære og straffeprosessuelle virksomhet. Det må likevel være klart at de opplysninger politiet får tilgang til i utlendingssak, må kunne overlates til øvrige deler av politiet eller benyttes til andre politimessige gjøremål i samme grad som utlendingsmyndighetene vil kunne gi fra seg opplysningene til politiet.

Det er særlig i forhold til politiet som etterforskningsorgan det kan oppstå problem. I forbindelse med en straffesak kan for eksempel politiet ønske opplysninger fra utlendingsregisteret som Utlendingsdirektoratet forvalter. Det kan være opplysninger om identitet, tidligere opphold i andre land eller andre opplysninger om søkerens bakgrunn som han har gitt i asylintervju. Enkelte særregler er gitt på utlendingsfeltet. Blant annet har det i forbindelse med utlendingsforvaltningens foto- og fingeravtrykksregister vært særskilt fastsatte begrensninger i politiets tilgang til registeret i etterforskningsøyemed. Dette er endret ved lovendring av 4. juli 2003, hvor utlendingsloven § 37 sjette ledd ble endret slik at politiet kan få anledning til å benytte utlendingsregisteret i forbindelse med etterforskning av en eller flere handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder.

Utlendingsdirektoratet har i eget rundskriv[13] tatt utgangspunkt i skillet mellom politiets ulike oppgaver. Rundskrivet gjelder utlevering av opplysninger fra de såkalte "0-dokumentene" i en asylsak til Politiets sikkerhetstjeneste (PST). Dette er de sentrale personopplysningene som opptas ved registrering, samt egenerklæring og asylintervju. Av rundskrivet går det frem at Justisdepartementet som retningslinje har uttalt at det er formålet med innsynet som skal avgjøre om opplysningene kan utleveres. Det sies deretter at "om PST opptrer som forvaltningsorgan med det føremål å føre kontroll innanfor sitt saksområde med "tilreisende og fastboende utlendinger", og spørsmålet om innsyn relaterer seg direkte til gjennomføring av utlendingslova, slik dette er nemnt i utlendingslova § 2, kan dokumenta utleverast. Dette følgjer av forvaltningslova § 13b nr. 5. I dei tilfella spørsmålet om innsyn kjem av etterforsking, og PST såleis opptrer som påtalemakt, skal dokumenta ikkje lånast ut, jf. forvaltningslova § 13." Rundskrivet gjelder forholdet til PST som på grunn av sitt særlige ansvar for samfunnssikkerhet må ha større adgang til opplysninger fra utlendingsforvaltningen enn politiet generelt. I forhold til etterforskning antas det imidlertid at vurderingen blir tilsvarende.

Det kan fra tid til annen oppstå et behov for utlendingsforvaltningen å be om opplysninger fra andre forvaltningsorgan i forbindelse med behandlingen av en utlendingssak. Det kan for eksempel være at man ønsker opplysninger om vedkommende oppebærer sosiale ytelser, noe som kan vise at vedkommende ikke oppfyller et eventuelt vilkår om oppfylt underhold. Forvaltningslovens alminnelige regler om taushetsplikt, men også eventuelle særlige regler for det enkelte forvaltningsorgan, får anvendelse og kan i enkelte tilfeller medføre at utlendingsforvaltningen ikke får utlevert opplysninger som kan ha betydning i utlendingssaken. Opplysninger om at vedkommende oppebærer sosiale ytelser, vil blant annet ved søknad om arbeidstillatelse for personer som omfattes av EØS-avtalen kunne være med på å avsløre at vedkommende ikke har et reelt arbeidsforhold. Dessuten vil opplysninger fra sosialmyndighetene om at referansepersonen i en sak som gjelder familieinnvandring oppebærer sosiale ytelser, kunne være med på å avsløre at utlendingen ikke har et reelt arbeidsforhold, og at underholdskravet derfor ikke er oppfylt. Sosialmyndighetenes taushetsplikt vil i de fleste tilfellene være til hinder for at man kan få slike opplysninger. Sosialtjenesteloven § 3-2, hvor sosialtjenesten oppfordres til å samarbeide med andre forvaltningsorganer, tolkes slik at den ikke i seg selv gir grunnlag for å utveksle taushetsbelagte opplysninger.[14] I den utstrekning utlendingsforvaltningen trenger personlige opp-

13. Rundskriv 02-102

14. Se blant annet tverrdepartemental rapport: EU-utvidelsen, arbeidstakere og velferdsordninger, KRD 2003 s. 9 punkt 2.2.7.

lysninger om vedkommende fra sosialmyndighetene, bør de som regel innhentes med samtykke av søkeren. Det kan imidlertid forekomme tilfeller når det av en eller annen grunn ikke er mulig å innhente slikt samtykke. Resultatet kan da bli at det ikke går å få frem opplysninger som er nødvendige for å prøve vilkårene for tillatelsen. For å unngå slike konsekvenser kan det være hensiktsmessig å frita sosialmyndighetene fra taushetsplikt om vedkommendes personlige opplysninger, når opplysningene begjæres av utlendingsmyndighetene til bruk i sak etter loven. Tilsvarende kan det være nødvendig at utlendingsmyndighetene har tilgang til opplysninger fra barnevernet. Det antas at behovet ikke er stort, men det vil kunne være viktige opplysninger i enkelte saker.

Utvalget har foreslått i lovutkastet § 94 at offentlig myndighet etter anmodning fra utlendingsmyndighetene skal ha plikt til å gi opplysninger om utlendingers personlige forhold til bruk i sak etter loven uten hinder av taushetsplikt etter sosialtjenesteloven § 8-8 eller lov om barneverntjenester § 6-7.

Det er imidlertid ikke meningen at det rutinemessig skal kreves slike opplysninger, men at det må knyttes opp mot konkrete forhold i den enkelte sak. Det kan også hevdes at siden dette er utveksling av opplysninger mellom to offentlige organ, må de kunne ses i sammenheng slik at opplysninger ett organ besitter, ikke skal kunne nektes utlevert med den følge at et annet offentlig organ ikke får utøvd sin oppgave i tilstrekkelig grad. Svensk lovgivning har dessuten en slik bestemmelse.[15]

I enkelte tilfeller har politiet opplysningsplikt overfor utlendingsforvaltningen. Påtaleinstruksen § 5-13 pålegger politiet å gi utlendingsmyndighetene melding om etterforskning mot en utlending. Dette er opplysninger som i utgangspunktet omfattes av politiets taushetsplikt, og opplysningsplikten må derfor ses som et unntak fra denne.

Utvalget foreslår ingen generell lovregulering av politiets opplysningsplikt overfor utlendingsforvaltningen. Det vises ellers til kapittel 8.5.4.6 og 11.2.6 om politiets adgang til å formidle vandelsopplysninger til utlendingsmyndighetene om referansepersonen i sak som gjelder familieetablering eller visum.

Utlendingsloven inneholder som nevnt i § 34a regler om utlevering av opplysninger til andre lands myndigheter i forbindelse med vår deltakelse i Schengensamarbeidet og Dublinsamarbeidet. Utvalget anser disse reglene for å følge av våre forpliktelser i forhold til Schengensamarbeidet og Dublinsamarbeidet, og foreslår derfor å videreføre disse.

13.2 Utlendingsmyndighetene og kompetansebestemmelser

13.2.1 Organiseringen i dag

Utøvelse av myndighet etter utlendingsloven er fastsatt i loven § 5.

Stortinget godkjenner hovedprinsippene om reguleringen av innvandringen. Hovedprinsippene blir så nedfelt i utlendingsforskriften. Godkjenningen i Stortinget skjer i hovedsak gjennom behandling av stortingsmeldinger og St.prp. nr. 1, der prinsipper og vesentlige politikkendringer presenteres. I enkelte tilfeller har også konkrete tekstforslag til forskriftsendringer blitt forelagt Stortinget.

Kongen er tillagt myndighet i loven til å gi forskrifter, jf. § 5 annet ledd. I loven er det presisert en rekke steder at Kongen kan gi utfyllende forskrifter. Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, utlendingsforskriften, ble gitt ved Kronprinsregentens resolusjon av 21. desember 1990. I resolusjon av samme dag nr. 1017 ble loven satt i kraft fra 1. januar 1991.

I noen tilfeller krever loven en beslutning av *Kongen i statsråd*. For det første gjelder dette beslutning om innføring og opphevelse av regler om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon, jf. utlendingsloven § 8a. Dessuten skal direktøren, nemndledere og nemndmedlemmer i Utlendingsnemnda oppnevnes av Kongen i statsråd, jf. § 38a annet og tredje ledd.

Forvaltningsansvaret lå hos Justisdepartementet frem til det ble overført til Kommunal- og regionaldepartementet gjennom kgl.res. av 15. desember 2000 nr. 1263.

Departementet er tillagt myndighet flere steder i loven, jf. §§ 22-24 og 38-38b. Utlendingsnemnda og Utlendingsdirektoratet er budsjettmessig underlagt Kommunal- og regionaldepartementet. For øvrig er forholdet mellom instansene regulert i utlendingsloven § 38. Departementet kan i henhold til bestemmelsen kun instruere Utlendingsnemnda og Utlendingsdirektoratet i saker som gjelder hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn, om avgjørelsen av enkeltsak som innbefatter slike hensyn, og om prioritering av saker. Departementet kan ut over dette verken

15. Jf. svensk lov kap. 11 § 6: "Sosialnämnden skall på begäran av regeringen, Utlänningsnämnden, Migrationsverket eller en polismyndighet lämna ut uppgifter om en utlännings personliga förhollanden, om uppgifterna behövs i ett ärende om uppehållstilstånd eller för verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning."

instruere om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet er henvist til lov- eller forskriftsendring dersom det ønsker å endre praksis i saksbehandlingen. Departementet har imidlertid foreslått å endre utlendingsloven § 38, jf. Stortingsmelding nr. 21 (2003-2004).[16]

Etter reformen i utlendingsforvaltningen i 2001 ble kompetansen til å avgjøre klagesaker over vedtak i Utlendingsdirektoratet flyttet fra Justisdepartementet til en nyopprettet klagenemnd, *Utlendingsnemnda*.[17] Loven regulerer forholdsvis utførlig både organisering av, og behandlingsformer i Utlendingsnemnda, jf. §§ 38a og 38b. Nemnda er et frittstående forvaltningsorgan med kompetanse til å avgjøre påklagede vedtak fattet i Utlendingsdirektoratet. Utlendingsnemnda ledes av en direktør, og pr. september 2004 er det i tillegg ansatt 15 nemndledere. Utlendingsnemnda har et saksforberedende sekretariat med en avgrenset kompetanse til å avgjøre saker etter delegasjon. Det er videre oppnevnt 150 nemndmedlemmer som skal delta i saksbehandlingen. Nemndmedlemmene er oppnevnt etter forslag fra Kommunal- og regionaldepartementet, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og humanitære organisasjoner. I behandlingen av den enkelte sak deltar én nemndleder og to nemndmedlemmer. Ett av nemndmedlemmene skal trekkes ut blant dem som er oppnevnt av de humanitære organisasjoner. I saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål kan nemndleder avgjøre saken alene, men nemnda kan også i slike saker delegere avgjørelsesmyndighet til sekretariatet. Når en sak er til behandling i nemndmøte kan klageren gis anledning til å møte personlig, eventuelt sammen med advokat. I asylsaker som behandles i nemndmøte skal slik adgang som hovedregel gis. Vedtak i nemndmøte treffes ved flertallsvedtak.

Utlendingsdirektoratet[18] fatter vedtak i første instans i de aller fleste sakstyper etter loven. Kompetansen er i enkelte sammenhenger delegert til politiet eller utenriksstasjon, se nedenfor. Direktoratet er klageinstans for vedtak fattet av politiet eller utenriksstasjon, jf. utlendingsloven § 38 tredje ledd.

Politiet har flere ulike oppgaver etter utlendingsloven.

Politiet har en rolle som forvaltningsmyndighet i utlendingssaker. Politiet utfører en del forvaltningsmessige gjøremål etter utlendingsloven, både som saksforberedende organ for Utlendingsdirektoratet og som selvstendig avgjørelsesmyndighet. Politiet er utlendingsforvaltningens førstelinjetjeneste i landet, og vil ofte være mottaker av søknader etter loven. Søknad om asyl skal fremsettes for politiet, jf. utlendingsforskriften § 54. Politiet registrerer asylsøkeren, tar foto og fingeravtrykk i identifiseringshensikt og utsteder registreringsbevis, før søknaden oversendes Utlendingsdirektoratet. Ved mottak av andre søknader om tillatelse etter loven skal politiet foreta enkelte undersøkelser i henhold til utlendingsforskriften § 12, før saken oversendes Utlendingsdirektoratet for avgjørelse. Vedtak om bortvisning eller utvisning i saker hvor vedtak etter loven skal fattes av Utlendingsdirektoratet, jf. § 31, skal forberedes av politiet. Politiet er også normalt saksforberedende organ for klage over avslag på søknad om tillatelse etter loven når utlendingen befinner seg i landet. For asylsaker er dette uttrykkelig fastslått i utlendingsforskriften § 56, og skyldes i første rekke at det er politiet som er ansvarlig for iverksettingen av vedtaket, se nedenfor. Dersom utlendingen ikke klager, kan vedtaket iverksettes når klagefristen er utløpt. Men også for avslag på søknad om andre tillatelser etter loven, er det normalt politiet som mottar klage på vedtaket. Saksdokumentene sendes normalt fra Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda (via Utlendingsdirektoratet) til politiet etter avgjørelse, og det er det lokale politiet som meddeler utlendingen resultatet av søknaden.

Politiet har også *selvstendig avgjørelsesmyndighet* i visse saker i medhold av loven. Etter loven § 6 åttende ledd kan politiet i forskrift gis myndighet til å avgjøre søknad om arbeidstillatelse og innvilge søknad om oppholdstillatelse. Etter utlendingsforskriften § 13 annet ledd er politiet gitt myndighet til å innvilge søknader i noen nærmere konkretiserte tilfeller, når det ikke er tvil om at vilkårene er oppfylt. Politiet kan gi foreløpig tillatelse etter reglene i utlendingsforskriften § 14. Dersom det innvilges en gruppearbeidstillatelse i henhold til loven § 10, er det politiet som gir den individuelle tillatelsen etter ankomst, jf. utlendingsforskriften § 28. Politiet har kompetanse til å foreta fornyelse av de fleste tillatelser når det ikke er tvil om at vilkårene er oppfylt. Dette går frem av loven § 11, jf. utlendingsforskriften § 41. Politiet har også med noen unntak kompetanse til å innvilge bosettingstillatelse når det ikke er tvil om at vilkårene er oppfylt, jf. utlendingsforskriften § 48. Politiet har videre samme myndighet til å utstede reisebevis og utlendingspass etter utlendingsforskriften § 75. Politiet har kompetanse til å bortvise en utlending ved innreisen etter loven § 27 første ledd bokstav a

16. Se nærmere omtale av stortingsmeldingen i kapittel 3.5.4.4.
17. www.une.no
18. www.udi.no

til bokstav i så lenge utlendingen ikke har påberopt seg et behov for beskyttelse etter § 15. Slik bortvisning skal foretas innen 7 dager etter innreise av politimesteren eller den politimesteren bemyndiger, jf. loven § 31. Bortvisning etter samme vilkår som § 27 kan også treffes etter 7 dager, jf. § 28. Vedtakskompetansen er da lagt til Utlendingsdirektoratet, men politimesteren, eller den politimesteren bemyndiger, kan treffe bortvisningsvedtak når det ikke er tvil om at vilkårene i loven § 27 første ledd bokstav a til d er oppfylt, jf. utlendingsforskriften § 118 sjuende ledd. Endelig er det politiet som har kompetanse til å gi tillatelse til å gå i land for utlending som forlater stilling om bord på skip eller luftfartøy, jf. loven § 26 første ledd. Reglene er nærmere presisert i utlendingsforskriften §§ 114 til 117a.

Politiet har videre *kontrolloppgaver* knyttet til loven. Dette gjelder inn- og utreise over ytre Schengengrense, jf. § 23, samt grensekontroll i henhold til Schengenkonvensjonens artikkel 2 nr. 2 ved indre Schengengrense. Reglene er nærmere presisert i utlendingsforskriften §§ 82 til 93. Politiet kan kreve at utlending skal vise legitimasjon og om nødvendig gi opplysninger for å bringe utlendingens identitet og lovligheten av oppholdet i landet på det rene, jf. utlendingsloven § 44. Politiet kan foreta beslag av reisedokument, billetter og annet, foreta undersøkelse av person, bolig eller annet oppbevaringssted, pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter utlendingsloven § 37. Politiet kan også, dersom pålegg ikke overholdes eller anses åpenbart utilstrekkelig, pågripe og fengsle en utlending for å få brakt identiteten på det rene, jf. loven § 37 sjette ledd. Kompetanse og fremgangsmåte er beskrevet i §§ 37a til 37c.

Det er som hovedregel politiet som *iverksetter vedtak* fattet av Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda. Ved innvilgelse av en tillatelse fra utlending som oppholder seg i landet, er det politiet der søkeren bor som meddeler utlendingen om vedtaket, og anmerker tillatelsen i utlendingens reisedokument, jf. utlendingsforskriften § 12 femte ledd. Utlending som blir innvilget en tillatelse og som oppholder seg i utlandet, får anmerket tillatelsen på samme måte etter innreise. Dersom en utlending som oppholder seg i landet får avslag på en søknad om tillatelse etter loven og blir pålagt å forlate landet, skal politiet sørge for iverksetting av vedtaket.

Både i forbindelse med saksbehandling og for å iverksette vedtak har politiet anledning til å benytte tvangsmidler der det er grunnlag for dette i henhold til utlendingsloven.

Endelig vil politiet kunne foreta strafferettslig forfølging av brudd på utlendingsloven. Dette skjer i politiets rolle som etterforskningsorgan under påtalemyndighets ansvar

Flere steder i utlendingsloven er *påtalemyndigheten* tillagt myndighet. Det er påtalemyndigheten som beslutter beslag i identifiseringshensikt etter loven § 37a, og hvis det er fare ved opphold, undersøkelse av person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted for å fastslå identiteten, etter § 37 tredje ledd, jf. § 37b. Pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted og pågripelse, jf. § 37 sjette ledd besluttes også av påtalemyndigheten, jf. § 37 c. Ved iverksetting av vedtak er det videre påtalemyndigheten som beslutter meldeplikt, innlevering av pass eller annet legitimasjonspapir eller bestemt oppholdssted etter loven § 41 tredje ledd. For å sikre iverksetting kan påtalemyndigheten også beslutte pågripelse og fengsling etter § 41 femte ledd.

Det følger av straffeprosessloven § 55 første ledd nr. 3 hvem som har påtalemyndighet i politiet. Det er "politimestrene, visepolitimestrene, sjefen for Politiets sikkerhetstjeneste, politiinspektørene, politiadvokatene, politiadjutantene og politifullmektigene for så vidt de har juridisk embetseksamen og gjør tjeneste i embete eller stilling som er tillagt påtalemyndighet." Når begrepet "påtalemyndighet" anvendes i utlendingsloven slik som angitt ovenfor, er dette egnet til å kunne misforstås. Bruk av utlendingslovens tvangsmidler er ikke utøvelse av påtalemyndighet. I forarbeidene til loven fremgår det klart at hensikten har vært å begrense kompetansen til å beslutte bruk av disse midler til personell i politiet som har påtalemyndighet. Det er med andre ord kun påtalemyndigheten i politiet det siktes til. Statsadvokatene og riksadvokaten har ingen rolle i utlendingsforvaltningen. Det er Politidirektoratet som er overordnet myndighet og klageinstans hva gjelder politiets bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven.[19]

Spørsmålet om allmenne hensyn krever at tiltale skal tas ut etter straffebestemmelsen i loven § 47, tilligger påtalemyndigheten i ordinær forstand.

Utenriksstasjonene er også tillagt oppgaver etter loven og i medhold av loven. For det første er utenriksstasjonene *saksforberedende organ* for Utlendingsdirektoratet i saker der den som søker en tillatelse etter loven befinner seg i utlandet. Som det fremgår i kapittel 5.5 skal første gangs arbeids- og oppholdstillatelse som hovedregel være gitt før

19. Se nærmere Runa Bunæs, Kristin Ottesen Kvigne og Bjørn Vandvik (red.): Utlendingsrett (Oslo, 2004) s. 496.

innreise. Med hjemmel i utlendingsloven § 6 fjerde ledd er det fastsatt i utlendingsforskriften § 11 at søknad som fremsettes fra utlandet skal fremmes gjennom norsk utenriksstasjon i det landet søkeren er borger av, eller gjennom norsk utenriksstasjon i det landet søkeren har hatt arbeids- eller oppholdstillatelse de siste seks måneder. Utenriksstasjonen skal påse at søknaden er nøyaktig fylt ut, og innhente opplysninger om søkeren som antas nødvendige for at søknaden skal bli så godt opplyst som mulig, jf. utlendingsforskriften § 12. Når vedtak er fattet orienteres utenriksstasjonen om utfallet og har oppgaven med å meddele utlendingen om utfallet. Dersom søknaden innvilges, utsteder utenriksstasjonen en innreisetillatelse dersom utlendingen er visumpliktig, og gir uansett beskjed om meldeplikten for politiet etter loven § 14. Ved melding for politiet på oppholdsstedet anmerker politiet tillatelsen i utlendingens reisedokument, jf. utlendingsforskriften § 12. Dersom søknaden er avslått av Utlendingsdirektoratet er utenriksstasjonen saksforberedende organ for en eventuell klage.

Utenriksstasjonene kan også gis *selvstendig avgjørelsesmyndighet* i enkelte saker som gjelder arbeids- og oppholdstillatelse. Etter utlendingsloven § 6 åttende ledd kan Kongen ved forskrift "gi norsk utenriksstasjon myndighet til å innvilge søknad om arbeidstillatelse." I henhold til utlendingsforskriften § 13 kan Utenriksdepartementet med Utlendingsdirektoratets godkjenning gi myndighet til norsk utenriksstasjon til å innvilge søknad om arbeid fra utlending som er fagutdannet eller har spesielle kvalifikasjoner, jf. utlendingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a, eller fra utlending som søker om tillatelse til "arbeidsferie og omfattes av avtale om arbeidsferie inngått mellom Norge og Australia", jf. utlendingsforskriften § 4a annet ledd bokstav e. Myndighet til å innvilge disse to typene arbeidstillatelser er gitt til henholdsvis åtte og én utenriksstasjon.

Utenriksstasjonene er også gitt myndighet til å avgjøre søknader om besøksvisum og lufthavntransittvisum etter loven § 25 sjette ledd. Hvilke utenriksstasjoner som har slik avgjørelsesmyndighet bestemmes av Utenriksdepartementet, jf. utlendingsforskriften § 110.

Også *andre offentlige myndigheter* er tillagt oppgaver etter loven eller i medhold av loven, jf. § 5 tredje ledd. I loven nevnes kun *Utenriksdepartementet* som etter § 38a skal foreslå nemndmedlemmer som oppnevnes av Kongen i statsråd.

I utlendingsforskriften er en rekke offentlige myndigheter tillagt oppgaver. Det nevnes her kun at Utenriksdepartementet har avgjørelsesmyndighet etter utlendingsforskriften §§ 163 og 164.[20] For øvrig skal andre offentlige myndigheter stort sett konsulteres der det gis nærmere retningslinjer. Utlendingsforskriften involverer Utenriksdepartementet, Justisdepartementet, Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Utdannings- og forskningsdepartementet, Nærings- og handelsdepartementet, Finansdepartementet og Arbeidsdirektoratet i slike retningslinjer.

I henhold til lovens § 25 sjette ledd kan myndighet til å innvilge søknad om besøksvisum og lufthavntransittvisum legges til *utenriksstasjon tilhørende et annet land* som deltar i Schengensamarbeidet. I praksis gjøres dette ved at det undertegnes en representasjonsavtale med det representerende Schengenland. Norge har i alt representasjonsavtaler med 7 Schengenland, som representerer Norge i til sammen 47 land. Norsk utenriksstasjon representerer andre Schengenland (kun nordiske land) i 20 land.

13.2.2 Utvalgets vurderinger

Som det fremgår i kapittel 2.1.7 har utvalget ikke gått inn for å videreføre det prinsippet som i dag er nedfelt i utlendingsloven § 5 første ledd om at Stortinget godkjenner hovedprinsippene for reguleringen av innvandringen.

I utvalgets mandat punkt 17 heter det at utvalget skal legge til grunn de organer som behandler utlendingssaker i dag, og at utvalget ikke skal vurdere ansvarsdelingen mellom departementet på den ene siden og øvrige organer når det gjelder kompetansen i enkeltsaker.

Utvalget viser til at Kommunal- og regionaldepartementet har lagt frem en stortingsmelding med forslag til betydelige endringer i dagens styringsforhold, jf. loven § 38.

Med noen få unntak berører ikke utvalgets forslag ansvarsdelingen mellom organene på utlendingsfeltet[21], og lovteksten er forsøkt utformet slik at eventuelle endringer som departementet har varslet at man vil foreslå i gjeldende lov § 38 ikke får betydning for øvrige deler i utvalgets forslag.

Når det gjelder organiseringen av Utlendingsnemnda vises det til avsnitt 13.8.

---

20. Regler om visum til utlendinger tilknyttet blant annet utenlandske representasjoner i landet, mellomstatlige organisasjoner mv. og om at en diplomatisk eller konsulær tjenestemann er persona non grata.
21. Det er foreslått en viss utvidelse av politiets adgang til å fatte vedtak om bortvisning, samt endringer i den interne kompetansefordelingen i politiet, jf. kapittel 12.2.3.6. Det er i tillegg foreslått en adgang for tollmyndigheten til å bistå politiet med utlendingskontroll, jf. kapittel 11.4.3.

Som beskrevet i punkt 13.2.1 foran vil det kunne oppstå særlige kompetansespørsmål i forhold til politiets rolle. Politiet vil på utlendingsfeltet bekle rollen som ordinær forvaltningsmyndighet, kontrollmyndighet og etterforskningsmyndighet. Det er av forskjellige årsaker nødvendig å skille mellom disse rollene. For det første vil det være nødvendig for å avgjøre hvilken overordnet myndighet som er ansvarlig. Ved utøvelse av forvaltningsmyndighet vil politiet som regel være underlagt og ansvarlig overfor utlendingsmyndighetene i betydningen Utlendingsdirektoratet og Kommunal- og regionaldepartementet. Unntak gjelder ved polisiær virksomhet i form av kontrollmyndighet eller ved bruk av tvangsmidler. I disse tilfeller opererer politiet som et maktorgan og styres i linje av Politidirektoratet og Justisdepartementet. Når politiet foretar etterforskning, vil de være underordnet og ansvarlig overfor overordnet påtalemyndighet, nemlig statsadvokaten og Riksadvokaten.

En annen årsak til å skjelne mellom disse rollene er at politiet vil være underlagt forskjellig regelverk, avhengig av hvilken myndighet de utøver. Ved utøvelsen av forvaltningsmyndighet og polisiær virksomhet vil forvaltningsloven og politiloven gjelde. Dessuten vil spesiallovgivning, i dette tilfellet utlendingsloven, også gjelde ved utøvelsen av forvaltningsmyndighet. Når det gjennomføres etterforskning, vil politiet måtte følge reglene i straffeprosessloven. De forskjellige regelverkene gir dessuten anvisning på forskjellige metoder som kan benyttes for å oppnå formålet. Dette har sammenheng med at formålet med virksomhetene er forskjellig. Etterforskning har som formål å finne ut om det er begått en straffbar handling, mens formålet i utlendingsloven § 2 blant annet er å "gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk". Som regel vil det være uten problemer å avgjøre hvorvidt man bedriver etterforskning eller forvaltningsvirksomhet. Det kan imidlertid være at de forskjellige oppgavene blir utøvet parallelt. Et eksempel kan være at man vurderer å bøtelegge et transportørselskap for overtredelse av utlendingsforskriften § 93 ved at de ikke har overholdt plikten til å kontrollere om de reisende har gyldig reisedokument og visum, samtidig som det vurderes om de skal være ansvarlige for utgiftene i forbindelse med uttransport av utlendingen etter reglene om transportøransvar i utlendingsloven § 46 tredje ledd. Et annet eksempel kan være at det vurderes å reise sak om utvisning for ulovlig opphold, samtidig som man vurderer å bøtelegge vedkommende for det ulovlige oppholdet. Ved en slik parallell saksgang er det klart at kravene som stilles i de forskjellige regelverk, hver for seg må være tilfredsstilt. Liknende problemstillinger vil man også kunne støte på i grensedragningen mellom etterforskning og polisiær kontrollmyndighet.

En ytterligere forskjell mellom utøvelsen av de forskjellige myndighetene kommer til syne ved spørsmålet om hva som er rett klageorgan. Som nevnt ovenfor vil politiet være underlagt forskjellige organ avhengig av hvilken myndighet de utøver. Hvis politiet ved utøvelse av forvaltningsmyndighet fatter et vedtak i medhold av utlendingsloven, vil det være Utlendingsdirektoratet som er klageorgan. Hvis det imidlertid foreligger en klage på politiets utøvelse av den polisiære virksomheten, er Politidirektoratet klageinstans. Et eksempel vil være hvis en utlending føler seg urettmessig kontrollert av politiet på gaten i Oslo, og klager på politiets opptreden. Hvis man derimot ønsker å klage på etterforskning utført av politiet, må klagen rettes til overordnet påtalemyndighet.

Når politiet beslutter bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven opptrer politiet som nevnt ikke som "påtalemyndighet" underordnet statsadvokaten og riksadvokaten, men styres i linje av Politidirektoratet og Justisdepartementet. Etter utvalgets vurdering kan det ikke være aktuelt å organisere kompetansespørsmålet på noen annen måte. Den myndighet som utøves, gjelder ikke håndtering av et straffbart forhold, og det er derfor ikke naturlig at det er statsadvokaten og riksadvokaten som er overordnet myndighet. Det er heller ikke noe aktuelt alternativ å la Utlendingsdirektoratet opptre som overordnet organ i forhold til spørsmål som gjelder anvendelse av tvangsmidler. Politidirektoratet er det organ som er best egnet til å opptre som klageorgan og ansvarlig overordnet organ i forhold til bruk av tvangsmidler på utlendingsfeltet.

For å tydeliggjøre hvilke kompetanseforhold som gjelder i de tilfeller hvor politiet utøver polisiær virksomhet i form av kontrollmyndighet eller beslutter bruk av tvangsmidler på utlendingsfeltet, foreslår utvalget at myndighet etter loven i disse sammenhenger legges til "politimesteren eller den han bemyndiger". Den som kan bemyndiges må etter utvalgets mening være jurist i politiet, men ikke nødvendigvis jurist med påtalekompetanse.

13.3 Informasjonsinnhenting

13.3.1 Generelt om informasjonsinnhenting, bevissikring og metodebruk i utlendingssak

Utlendingsmyndighetene får informasjon om søkeren og vedkommendes sak både gjennom selve søknaden og blant annet gjennom intervju av søkeren selv og eventuelle referansepersoner i riket. Når denne informasjonen skal undersøkes nærmere foretas i en del tilfeller undersøkelser i utlendingens hjemland. Når det gjelder de konkrete formene for informasjonsinnhenting i asylsaker vises det til kapittel 6.11.2.4.

Etter forvaltningsloven § 17, jf. utlendingsloven § 32, har en person som er å anse som part i en sak rett til å uttale seg om opplysninger som er innkommet om parten selv, og om andre opplysninger av vesentlig betydning for saken.

Etter barnekonvensjonen artikkel 12 er statene forpliktet til å la barn fritt få gi uttrykk for sine synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, forutsatt at barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet. Det fremgår av utlendingsforskriften § 54 femte og sjette ledd at det skal foretas asylintervju av alle enslige mindreårige asylsøkere, og at det som hovedregel skal avholdes en samtale med medfølgende barn i asylsaker. Barn kan påberope seg reglene i forvaltningsloven. Flere av reglene i loven retter seg direkte mot barn, jf. blant annet §§ 16 og 17 om uttalerett og § 18 om retten til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.

Et praktisk problem når det gjelder innhenting av informasjon er at mange søkere oppgir uriktig navn, eller det er manglende presentasjon av troverdige dokumenter på identitet. For eksempel var det mindre enn 20 prosent av dem som søkte asyl i 2002 som presenterte reisedokumenter. I forbindelse med grensenære kontroller har det imidlertid vist seg at ca. 60 prosent av de kontrollerte har hatt reisedokumenter med seg. Dette tyder på at mange av dem som søker om asyl i Norge faktisk har reisedokumenter med seg når de kommer til Norge, men unnlater å fremvise dette når de melder seg hos politiet og søker asyl.

Like viktig som krav om fremleggelse av reisedokument og riktig navn, er oppgivelse av riktig alder på den som søker om en tillatelse og den riktige relasjonen vedkommende har til en eventuell referanseperson i riket. Dette har særlig vært et problem i forhold til mindreårige asylsøkere, og mindreårige barn som søker om familiegjenforening med foreldre. I saker som gjelder familieinnvandring tilbyr Utlendingsdirektoratet i enkelte tilfeller DNA-testing for å fastslå slektskapsforhold, og man har dessuten i en viss utstrekning tilbudt alderstesting hvor man har vært i tvil om søkerens oppgitte alder. Dette er nye metoder for informasjonsinnhenting som man har begynt å benytte de senere årene.

Utlendingsloven § 44 pålegger utlendingen legitimasjons-, møte- og opplysningsplikt, og innebærer at utlendingen må vise legitimasjon og om nødvendig gi opplysninger for å bringe identiteten og lovligheten av oppholdet i riket på det rene. I forbindelse med forberedelse av sak etter loven kan den utlending saken gjelder, etter bestemmelsens annet ledd pålegges å møte personlig og gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket.

13.3.2 Rettslig avhør

I utgangspunktet er det forvaltningen ved Utlendingsdirektoratet, Utlendingsnemnda og politiet som opptar forklaringer fra utlendingen. Reglene om rettslig avhør er ment å supplere dette for å få full klarhet i saker hvor det er nødvendig, og gjør ikke noen endring i dette utgangspunktet.[22]

Reglene om rettslig avhør står i utlendingsloven § 36 og kan benyttes hvis opplysningene ikke kan fremlegges tilfredsstillende på annen måte. Begrunnelsen for bestemmelsen var å styrke rettssikkerheten i utlendingsforvaltningen. Det ble fremhevet at å finne frem til de reelle forholdene i en sak kan være spesielt vanskelig i utlendingssaker, blant annet på grunn av språk- og kulturforskjeller, og at det således var behov for en regel om rettslige avhør for å sikre bevis i utlendingsloven.[23] Fremgangsmåten følger reglene i tvistemålsloven kapittel 20 om bevisopptak utenfor rettssak. Retten til å begjære rettslig avhør tilkommer både utlendingen selv og utlendingsmyndighetene, men det er retten som avgjør om det er nødvendig. Kravet om at det må være nødvendig for å få fremlagt opplysningene er ment å hindre at rettslig avhør brukes til å trenere saksbehandlingen. Av samme grunn kan heller ikke rettslig avhør begjæres når det pågår sak om bortvisning mot utlendingen. Dette omfatter også asylsaker hvor bortvisning er aktuelt.[24] Det følger videre av utlendingsloven § 36 annet ledd at retten til rettslig avhør kun gjelder personer som befinner seg i riket. Departementet

22. NOU 1983:47 s. 265
23. Ibid.
24. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 153

mente at fordelene ved rettslig avhør i andre tilfeller ikke forsvarer de omkostningene det ville medføre.

13.3.3 Identifisering

13.3.3.1 Utlendingens plikt til å medvirke til å avklare sin identitet

Utlendingsloven § 37 fastslår at utlendingen har plikt til å bidra til avklaring av egen identitet. Bestemmelsen innebærer at utlending som ved ankomst til riket er i besittelse av reisedokument eller andre dokumenter som viser hvem vedkommende er, har plikt til å legge frem dokumentene. Dersom utlendingen ikke er i besittelse av slike dokumenter ved ankomst, må de innhentes dersom det er mulig. Frem til myndighetene mener identiteten er avklart, har utlendingen plikt til å medvirke til avklaringen.[25] I tillegg kommer også utlendingsloven § 44 som pålegger en utlending møte- og opplysningsplikt vedrørende identiteten, når dette blir begjært av utlendingsmyndighetene.

Formålet med medvirkningsplikten er å få dokumentert den identiteten utlendingen skal registreres med i Norge, og gjelder selv om myndighetene ikke tviler på den oppgitte identiteten. Myndighetene kan også senere pålegge utlendingen slik plikt dersom det er grunn til å anta at den registrerte identiteten ikke er den riktige.

Medvirkningsplikten strekker seg ikke så langt at den kommer i konflikt med behovet for beskyttelse. Asylsøkere pålegges ikke å kontakte hjemlandets myndigheter.[26] I utlendingsforskriften § 128 er det nærmere bestemt hva man kan pålegge utlendingen i identifiseringshensikt.

Ved grensekontrollen kan det foretas elektronisk sjekk av fingeravtrykk opp mot registre. Dette skjer ved scanning og sanntidsøk, og er i seg selv ikke et opptak som lagres. Formålet er å kunne sjekke den passerendes fingeravtrykk mot registre over personer som i utgangspunktet skal nektes innreise til Schengenområdet. Rutinemessig bruk av slike undersøkelser avdekker noen tilfeller av uriktig identitet, herunder personer som opererer med flere identiteter.

Den tekniske utvikling åpner stadig for nye kontrollmetoder som gir sikrere og mer entydig identifisering. Fingeravtrykk kan brukes for sikker identifisering av visumsøkere for å motvirke falske visum. Flere land, også innen Schengensystemet har begynt å benytte iris-screening som identifiseringsmetode i grensekontrollen. Det er nærliggende å tenke seg at slike metoder også vil innføres i Norge. Nærmere bestemmelser om bruk av slike metoder bør vurderes gitt i forskrift.

Myndighetene kan anvende forskjellige typer av tvangsmidler dersom utlendingen ikke medvirker til avklaring av egen identitet, jf. nedenfor.

13.3.3.2 DNA-testing

Det praktiseres i dag en frivillig ordning med mulighet for DNA-analyse i de tilfeller hvor utlendingsforvaltningen ikke fester lit til opplysninger fra partene om familietilknytning, men hvor slik familietilknytning eventuelt kan verifiseres gjennom DNA-analyse. Ordningen er ikke regulert i lov eller forskrift.

Et prøveprosjekt med DNA-testing ble første gang igangsatt av Justisdepartementet høsten 1999 i forhold til somaliske borgere som hadde fremmet søknad om familiegjenforening. Totalt fikk 873 personer i 212 saker tilbud om DNA-analyse i løpet av prosjektet.

Prøveprosjektet ble evaluert vinteren 2000/2001. Gjennomgang av sakene avdekket at det i flere tilfeller (i 24 prosent av de 80 ferdiganalyserte sakene) var oppgitt uriktige biologiske relasjoner. Det var oppgitt uriktige opplysninger både om mor/barn-relasjoner (18 prosent av de avkreftede relasjonene) og far/barn-relasjoner (59 prosent av de avkreftede relasjonene). I 24 prosent av sakene ble både mor/barn og far/barn-relasjonen avkreftet, dvs. at ingen av de oppgitte foreldrene var riktige. I tillegg var det et høyt antall personer som fikk tilbud om DNA-analyse som ikke møtte opp til testing. (I 53,3 prosent av de 212 sakene var det én eller flere som ikke møtte til testing).

På bakgrunn av erfaringene fra prøveprosjektet ble det besluttet å innføre tilbud om DNA-testing som en mer permanent ordning.

Det ble imidlertid raskt klart at det ikke var hensiktsmessig å avgrense tilbudet til borgere av enkelte land. Direktoratet besluttet derfor i 2003 at søkere fra alle land skulle få tilbud om DNA-testing. Tilbudet er likevel begrenset til å gjelde søkere som har fremsatt søknad gjennom en norsk ambassade som er operativ for DNA-testing. Stadig nye ambassader gjøres imidlertid operative for slik testing, og fra sommeren 2003 baseres DNA-analysene på spyttester.

Prosedyrene etter at en ferdiganalyse foreligger, er at resultatet sendes direkte til utlendingsmyndighetene. Dersom analysen ikke kan bekrefte de oppgitte relasjoner, blir resultatet forelagt søkeren eller referansen, eventuelt begge parter. Utlendingsmyndighetene vurderer om det er

25. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 61
26. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 63

avdekket sensitive opplysninger som var ukjent for en av partene før resultatet sendes videre. Eksempelvis vil en analyse som avdekker at mannen ikke er far til alle barna i første omgang kun bli sendt til barnas mor, slik at hun får mulighet for å gi en forklaring. Barnet vil kunne få en tillatelse uten at mannen blir informert dersom mor gir en forklaring som sannsynliggjør at hun har foreldreansvar alene, eller dersom barnets biologiske far samtykker til opphold i Norge dersom han har del i foreldreansvaret.

I 2002 og i første kvartal av 2003 ble det henvist 2086 personer (knyttet til 345 familier) til DNA-testing. Totalt var det 59 personer som ikke møtte opp til testing. DNA-testen utelukket den oppgitte relasjonen i 9 prosent av de sakene hvor det ble foretatt testing. Totalt 53 personer tilhørende 31 forskjellige familier hadde da i følge DNA-analysen oppgitt uriktig relasjon. I siste halvdel av 2003 fikk 318 personer tilbud om DNA-testing.

Kostnadene knyttet til selve DNA-testen dekkes av myndighetene, med unntak for utgifter som er nødvendige for søkerens reise til og opphold ved ambassaden i forbindelse med testen. I tilfeller hvor myndighetene ikke fremlegger noe tilbud om DNA-testing for søkeren, men hvor søkeren selv ønsker dette, må søkeren selv dekke utgiftene.

13.3.3.3 Alderstesting

I enkelte tilfeller vil det være avgjørende for utfallet av en sak hvorvidt søkeren eller den eventuelle referansepersonen er yngre enn 18 år (mindreårig). Dette vil blant annet kunne være tilfellet i saker som gjelder søknad om asyl, og i saker om familieinnvandring.

Utlendingsdirektoratet praktiserer i dag en ordning med mulighet for aldersundersøkelse i enkelte tilfeller hvor man finner at det foreligger tvil om hvorvidt den oppgitte alderen er riktig. Ordningen praktiseres både i forhold til asylsøkere som anfører at de er mindreårige, og i forhold til barn som søker om familiegjenforening. Ordningen er ikke regulert i lov eller forskrift. Beslutning om å tilby aldersundersøkelse, eller å la være å tilby aldersundersøkelse, er ikke et enkeltvedtak og kan ikke påklages.

For enslige mindreårige asylsøkere, er det utarbeidet skriftlige rutiner for gjennomføring og bruk av aldersundersøkelse. Utlendingsdirektoratet avgjør på bakgrunn av observasjoner fra politiet, mottaksansatte og egne observasjoner om det skal tilbys en aldersundersøkelse i den enkelte sak.

En aldersundersøkelse er frivillig i den forstand at undersøkelsen ikke blir gjennomført hvis søkeren ikke skriftlig bekrefter at han ønsker en slik undersøkelse. Samtykke til aldersundersøkelse i asylsaker innhentes normalt under asylintervjuet, og gjennomføringen av undersøkelsen foregår den påfølgende uken.

Det er to typer undersøkelser som i dag brukes for å kartlegge alder; røntgen av hånd og tannlegeundersøkelse. Ved den førstnevnte foretas det en røntgenundersøkelse av den ene hånden og håndleddet. Det gis så en konklusjon vedrørende personens alder fra to uavhengige leger. Legene vil komme frem til en samlet konklusjon. Tannlegeundersøkelsen omfatter en klinisk undersøkelse av tennene med speil og sonde. Det tas i tillegg et stort røntgenbilde av tennene, og det kan bli aktuelt med supplerende små tannrøntgenbilder. To uavhengige tannleger vil på bakgrunn av undersøkelsen vurdere søkers alder. Tannlegene vil komme frem til en samlet konklusjon.

Aldersundersøkelsen tjener ikke bare til å klarlegge hvilken alder som skal legges til grunn i vedtaket i asylsaken, men er også av betydning for om søkeren skal behandles som en enslig mindreårig i mottakssammenheng, jf. kapittel 6.11.7. Målsettingen er at aldersundersøkelsene skal være gjennomført, og resultatene skal foreligge, før søkeren flyttes ut av transittmottaket i Oslo.

I motsetning til DNA-analyser kan ikke aldersundersøkelser gi et entydig svar. En aldersundersøkelse vil imidlertid være en sterk indikator på om en søker har oppgitt riktig eller uriktig alder. Resultatene er ofte oppgitt i intervall, og det er ikke sjelden divergens mellom de forskjellige undersøkelsesresultatene. Sannsynlig alder fastsettes derfor etter en helhetsvurdering.

Som påpekt tilbyr direktoratet også alderstesting i enkelte saker som gjelder familieinnvandring hvor man betviler at den som søker om familiegjenforening som referansepersonens mindreårige barn, faktisk er under 18 år. Det er foreløpig ikke utarbeidet noen retningslinjer for alderstesting i denne typen saker. Prosedyren er at søkerne først møter ved ambassaden hvor det blir tatt bilde av dem, og hvor de blir bedt om å underskrive på samtykke. Så må søkerne selv møte ved et sykehus ambassaden har kontakt med og ta undersøkelsene. Når resultatet av undersøkelsene er ferdig, henter ambassaden disse og sender dem uåpnet til direktoratet.

I tillegg til røntgen av håndledd (og i noen tilfeller også av hofteledd) og tannlegeundersøkelse, foretas det en somatisk undersøkelse ved alderstesting i utlandet.

Erfaringer så langt når det gjelder aldersundersøkelser foretatt i Norge, er at det har vært liten

eller ingen motstand fra søkere i forhold til å underkaste seg aldersundersøkelse. Svært få unnlater å møte opp til gjennomføringen av undersøkelsen, og svært få av vergene har motforestillinger mot alderstesten.

Tall for 2003 viser at 916 asylsøkere oppga å være enslige mindreårige ved ankomst Norge. Om lag 500 av disse ble alderstestet, og ca. 80 prosent av dem ble vurdert til å være 18 år eller eldre.[27]

I de tilfeller hvor alderstesting blir foretatt i tilknytning til en sak om familieinnvandring, er ambassadens erfaring at nesten alle aksepterer å underkaste seg slik test. Det er likevel enkelte som ikke møter til undersøkelse, og som ikke kontakter ambassaden i ettertid.

I Sverige har Socialstyrelsen gitt allmenne råd om hvordan aldersundersøkelser skal gjennomføres (SOSFS 1993:11). Aldersundersøkelser skal kun iverksettes i de tilfeller hvor det er gode grunner til å tro at den oppgitte fødselsdatoen er feilaktig. Den barnemedisinske bedømmelsen utgjør den grunnleggende delen av den medisinske aldersundersøkelsen. Den omfatter i første rekke opplysninger om søkers sykehistorie, vurderinger av lengde og vekt, psykomotorisk og allmenn somatisk utvikling samt pubertetsutvikling. Skjelett- og tannundersøkelse kan supplere den medisinske undersøkelsen.

I Danmark er det Udlændingestyrelsen som avgjør hvorvidt det skal foretas aldersundersøkelse i forbindelse med søknad om familiegjenforening. Styrelsens beslutning tas på bakgrunn av en samlet vurdering av de oppgitte opplysninger om familieforhold, herunder en vurdering av om opplysningene stemmer overens og er sammenhengende, sammenholdt med søkerens utseende. I forbindelse med styrelsens avgjørelse om hvorvidt det skal foretas aldersundersøkelse, er opplysninger og merknader fra den danske diplomatiske eller konsulære representasjonen har tilføyd av stor betydning, da disse representantene har den direkte kontakten med søkeren. En aldersundersøkelse skal omfatte røntgenbilde av hånd, krageben, hofteledd og bekken, tannlegeundersøkelse som inkluderer røntgenundersøkelse, somatisk undersøkelse samt et foto av personen som alderstestes. Den eller de leger og tannleger som har foretatt undersøkelsene utarbeider en rapport med en konklusjon vedrørende søkers alder. Samtlige uttalelser og røntgenbilder sendes så til den danske diplomatiske eller konsulære representasjon eller avhentes av en ansatt ved representasjonen. Resultatene og røntgenbildene blir deretter sendt samlet til Udlændingestyrelsen som enten treffer avgjørelse i saken eller forelegger saken for Retslægerådet som så foretar den endelige aldersvurderingen.

13.3.3.4 Kontroll av identitetspapirer, billetter og andre reisedokumenter

Ved passering av yttergrense foretas det kontroll av utlendingens reisedokumenter og eventuelt andre dokumenter som kan dokumentere vedkommendes identitet. Det samme kan skje i forbindelse med utlendingskontroll foretatt i riket etter innreise. Utlending som søker asyl har plikt til å innlevere pass eller annet reisedokument til politiet, jf. utlendingsloven § 17 fjerde ledd. Utlendingsforskriften inneholder i § 128 detaljerte regler for når og hvilke dokumenter som kan kreves fremlagt for kontroll.

Utlendingsloven § 23 tredje ledd gir hjemmel til å samle inn pass og andre reisedokumenter fra utlendingen før innreise i riket. Begrunnelsen for dette er at man har sett en økning i tilfeller hvor de reisende kvitter seg med dokumentene før innreise, og at man ved å kreve dokumentene før innreise sikret seg disse. For å kunne fastslå utlendingens identitet er det også gitt hjemmel til i forskrift til å pålegge fører av skip eller luftfartøy å kontrollere at reisende har gyldig reisedokument. Dette er nærmere regulert i utlendingsforskriften § 93. Plikten knytter seg til føreren av fartøyet, men det vil i praksis ikke være kapteinen som foretar denne kontrollen. Formålet med bestemmelsen tilsier at det er selskapet som skal være ansvarlig for dette. Overtredelsen av denne plikten er straffesanksjonert, jf. utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a. Dette omtales nærmere i kapittel 14.

13.3.3.5 Beslag av identitetspapirer, billetter og andre reisedokumenter

Utlendingsloven § 37 annet ledd gir adgang til beslag av reisedokument, billetter og annet som kan bidra til å avklare identiteten. Tidligere var bestemmelsen begrenset til beslag av dokumenter, men den ble endret i 1999 til å omfatte alt som kan bidra til å avklare identiteten.[28] Tilsvarende rett til beslag har man hvis det er tvil om tidligere oppholdssted, når opplysningen om dette har betydning for retten til opphold i riket.

Beslutningen om beslag tas i utgangspunktet av påtalemyndigheten jf. utlendingsloven § 37a første ledd. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og forevises for utlendingen før iverkset-

27. UDI: Tall og fakta 2003.

28. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 64

telse. Dersom det er fare ved opphold, kan beslag tas av polititjenestemann, jf. utlendingsloven § 37a annet ledd. Dette kan være praktisk i flere situasjoner, for eksempel når en polititjenestemann ved undersøkelse finner dokumenter på en person som er registrert uten id-dokumenter. I et slikt tilfelle må beslaget straks meldes til påtalemyndigheten som deretter utferdiger beslutning etter § 37a første ledd hvis beslaget skal opprettholdes. Det beslaglagte kan beholdes av politiet så lenge det er nødvendig for arbeidet med å fastslå utlendingens identitet og tidligere oppholdssted.[29] Enhver som rammes av beslaget kan kreve spørsmålet om beslag brakt inn for retten til avgjørelse, jf. utlendingsloven § 37a tredje ledd.

13.3.3.6 Foto og fingeravtrykk av utlending

Utlendingsloven § 37 fjerde ledd bokstav a gir hjemmel til å ta fotografi og fingeravtrykk av utlending hvis vedkommende ikke kan dokumentere sin identitet, eller det er grunn til å anta at vedkommende oppgir falsk identitet. Bokstav b til d gir hjemmel for dette i andre tilfeller uten at det nødvendigvis er tvil om identitet, for eksempel ved søknad om asyl. I utlendingsforskriften § 129 er det nærmere regulert når det skal tas fotografi og fingeravtrykk. Ett av tilfellene er hvor utlendingen ikke kan dokumentere sin identitet, eller det er grunn til å anta at vedkommende oppgir falsk identitet, jf. utlendingsforskriften § 129 annet ledd bokstav a. Bevistemaet er hvorvidt det er "grunn til å anta" at utlendingen oppgir uriktig identitet, og må vurderes konkret. Fingeravtrykk tatt i medhold av utlendingsloven § 37 fjerde ledd registreres i utlendingsregisteret hvor Kripos har registreringsansvaret. Beslutning om at det skal tas fotografi eller fingeravtrykk treffes av polititjenestemann eller Utlendingsdirektoratet, jf. utlendingsloven § 37c første ledd.

Utlendingsloven § 37e regulerer når fingeravtrykk kan tas og registreres i Eurodac. Eurodac er et elektronisk fingeravtrykksregister over utlendinger som er registrert i EU- eller EØS-land, og gir mulighet til å sammenlikne fingeravtrykk i henhold til Dublinsamarbeidet. Formålet er å finne ut om en asylsøker tidligere har søkt asyl i et annet land som er tilknyttet Eurodac-registeret. Utlendingsloven § 37e fastsetter at fingeravtrykk kan tas av utlending som har fylt 14 år og som enten søker asyl (bokstav a), uten å bli bortvist blir anholdt i forbindelse med ulovlig passering av en ytre Schengengrense (bokstav b), eller oppholder seg ulovlig i riket (bokstav c). I tillegg til fingeravtrykkene kan opplysningene om datoen for den dag fingeravtrykkene ble tatt, sted og dato for fremleggelsen av asylsøknad og kjønn og opprinnelsesstat, registreres.

13.3.3.7 Undersøkelse av utlendingens person eller bolig

Utlendingsloven § 37 tredje ledd har regler om undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted. Vilkåret er at det foreligger skjellig grunn til mistanke om at vedkommende, i strid med pålegg om å avklare sin identitet, tilbakeholder eller skjuler opplysninger om denne, eller, i strid med pålegg etter § 44, tilbakeholder eller skjuler opplysninger om tidligere oppholdssted. Beviskravet er "skjellig grunn til mistanke", og innebærer at det må være sannsynlighetsovervekt for at utlendingen har gitt feilaktige eller mangelfulle opplysninger.

Utlendingsforskriften § 128 regulerer hva man kan pålegge utlendingen i identifiseringshensikt.

Det ble i Ot.prp. nr 17 (1998-99) diskutert om ikke adgangen til husundersøkelse for å avklare utlendingens identitet vil være i strid med Grunnloven § 102 som fastsetter at slike undersøkelser kun må finne sted i "kriminelle Tilfælde". Utlendingsloven § 37 tredje ledd ble da endret til også å omfatte adgang til undersøkelse av utlendingens bolig. Til gjengjeld ble mistankekravet hevet fra "grunn til å anta" til "skjellig grunn til mistanke". Når det gjelder husundersøkelse mente departementet at dersom en utlending opptrer i strid med § 37, så vil dette være straffbart etter § 47 første ledd og således omfattes av "kriminelle Tilfælde" i Grunnloven § 102. En slik undersøkelse kan foretas selv om formålet med den ikke er etterforsking i straffesak.[30] Justiskomiteen var enig med departementet.[31] Departementet mente videre at slike undersøkelser heller ikke kunne sies å stride mot den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til privatliv. Det ble vist til at det er et internasjonalt problem at en rekke utlendinger oppholder seg i andre land enn hjemlandet under falsk identitet. Blant disse kan det være terrorister og andre kriminelle, og man mente derfor at EMK artikkel 8 annet ledd ville gi adgang til slike undersøkelser og viste blant annet til hensynet til den nasjonale sikkerhet.[32]

29. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 237

30. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 64
31. Innst.O. nr. 42 (1998-99)
32. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 65

Adgangen til ransaking i strafferettslig sammenheng fremgår av straffeprosessloven kapittel 15. Vilkåret er at vedkommende med skjellig grunn kan mistenkes for å ha begått en handling som kan medføre frihetsstraff. Utlendingsloven § 47 har som laveste strafferamme 6 måneders fengsel, bot eller begge deler. Det betyr at de straffeprosessuelle reglene om ransaking normalt vil kunne få anvendelse ved overtredelse av utlendingsloven.

Såfremt man ikke har utlendingens skriftlige samtykke, kan undersøkelser bare foretas hvis det foreligger beslutning fra retten, jf. utlendingsloven § 37b. Hvis det er fare ved opphold, kan ransakelsesbeslutningen fattes av påtalemyndigheten, jf. § 37b annet punktum. Denne beslutningen må være skriftlig og ellers følge reglene som nevnt i utlendingsloven § 37a annet til femte punktum, jf. § 37b tredje punktum.

13.3.3.8 Meldeplikt, bestemt oppholdssted, pågripelse og fengsling av utlending i identifiseringshensikt

Dersom utlendingen nekter å oppgi identitet, eller det er skjellig grunn til mistanke om at han oppgir falsk identitet, kan vedkommende pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted, jf. utlendingsloven § 37 sjette ledd første punktum. Det er påtalemyndigheten i politiet som pålegger utlendingen dette, jf. utlendingsloven § 37c annet ledd. Utlendingen kan bringe saken inn for retten. Det er ikke lenger noen tidsbegrensning for dette pålegget i utlendingsloven. Straffeprosessloven §§ 170 a, 175 første ledd annet punktum, 184 og 187a gjelder tilsvarende så langt de passer, noe som blant annet innebærer at pålegg ikke kan ilegges hvis det ikke er tilstrekkelig grunn til det eller dersom det fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Det betyr videre at pålegget skal oppheves når grunnlaget er bortfalt.

Hvis reglene om meldeplikt og pålegg om bestemt oppholdssted ikke overholdes eller anses utilstrekkelig, kan utlendingen pågripes og fengsles, jf. utlendingsloven § 37 sjette ledd andre punktum. Fengslingsadgangen er gitt fordi man har sett et behov i forhold til personer som er lite samarbeidsvillige eller helt nekter å gi opplysninger for å avklare identiteten.[33] Det er et generelt prinsipp at dersom fengslingssurrogater er tilstrekkelig, vil det være uforholdsmessig å fengsle vedkommende, jf. straffeprosessloven § 170a som det henvises til i utlendingsloven § 37c tredje ledd. Med fengslingssurrogater menes andre mindre inngripende tvangsmidler som kan benyttes i stedet for fengsling. Reglene i straffeprosessloven gjelder kun så langt de passer, jf. utlendingsloven § 37c tredje ledd siste punktum.[34]

Den samlede fengslingstiden kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner, jf. utlendingsloven § 37 sjette ledd siste punktum. Fristen har blitt utvidet fra tidligere fordi verifisering av identitet i mange tilfeller er både ressurs- og tidkrevende, og en kort frist ville kunne medføre at personer ble sluppet fri uten at man kjente vedkommendes identitet. Bestemmelsen må ses i sammenheng med straffeprosessloven § 185 første ledd som bestemmer at fengslingen skal være så kort som mulig og ikke overstige fire uker, jf. § 37c tredje ledd siste punktum. Den kan imidlertid forlenges med inntil fire uker av gangen. Dersom særlige grunner tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, kan det settes en lengre frist. Men den totale tiden er som hovedregel begrenset til 12 uker. Særlige grunner til forlengelse utover dette kan foreligge hvor utlendingen bevisst motarbeider myndighetenes bestrebelser på å få brakt identiteten på det rene, eller vedkommende ikke overholder påbud om meldeplikt eller bestemt oppholdssted.[35]

Straffeprosessloven har regler om pågripelse og fengsling i kapittel 14. Straffeprosesslovens regler om pågripelse og fengsling kan få anvendelse i utlendingssaker, da vilkåret er at det er skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd. Utlendingsloven § 47 første ledd gir anledning til å ilegge fengsel i 6 måneder samt bot. Dessuten vil regelen i straffeprosessloven § 173 annet ledd, som gjør unntak fra kravet til strafferamme for utlending uten kjent fast bopel i riket, kunne være sentral i saker om fengsling av utlending etter straffeprosessloven.

Pågripelse av utlendingen besluttes av påtalemyndigheten, jf. utlendingsloven § 37c tredje ledd. Denne beslutningen skal om mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder. Hvis beslutningen er muntlig, skal den snarest mulig nedtegnes, jf. utlendingsloven § 37c tredje ledd som henviser til utlendingsloven § 37a første ledd annet til femte punktum. Hvis påtalemyndigheten ønsker å beholde den pågrepne, må den snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstille utlendingen for fengsling, jf. utlendingsloven § 37c

33. Ot.prp. nr. 83 (1991-92) s. 15

34. Ot.prp. nr. 83 (1991-92) s. 17.

35. Ot.prp. nr. 83 (1991-92) s. 17

tredje ledd annet punktum.[36] Hvis det er fare ved opphold, har en polititjenestemann kompetanse til å foreta pågripelse uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten, jf. utlendingsloven § 37c tredje ledd. Spørsmålet om opprettholdelse av pågripelsen må imidlertid snarest mulig i ettertid forelegges for påtalemyndigheten, jf. utlendingsloven § 37 c tredje ledd siste punktum som blant annet henviser til straffeprosessloven § 179.

Utlendingsloven § 37d gir hjemmel til anbringelse av utlending som er pågrepet i medhold av utlendingsloven § 37 sjette ledd i utlendingsinternat. Bestemmelsen innebærer at utlendinger som er pågrepet i forbindelse med avklaring av identitet eller som ledd i å sikre iverksettingen av vedtak, som hovedregel skal anbringes i utlendingsinternat. Dette internatet skal være en institusjon utenfor fengselsvesenets anstalter, og det er politiet som skal stå for driften. Ønsket har vært å adskille de aktuelle personene fra domfelte. Den nærmere redegjørelsen for institusjonens innhold og særpreg fremgår av Ot.prp. nr. 17 (1998-99). Det er fremdeles adgang til å anbringe fengslede etter utlendingsloven i alminnelige fengsler. En anbringelse av fengslede i det særskilte utlendingsinternat kan imidlertid få betydning for spørsmålet om hvorvidt fengslingen er et uforholdsmessig tiltak.

13.3.4 Utvalgets vurderinger

13.3.4.1 Forholdet mellom straffeprosessuelle og forvaltningsprosessuelle tvangsmidler

Straffeprosesslovens regler om tvangsmidler i del 4 vil kunne få anvendelse også i utlendingssaker, såfremt det besluttes iverksatt etterforskning av et straffbart forhold. I tillegg til dette har utlendingsloven egne bestemmelser om tvangsmidler i kapittel 6. Vilkårene for bruk av utlendingslovens tvangsmidler er imidlertid annerledes enn for straffesaker. Det er ikke noe krav om at det må foreligge et straffbart forhold. Bruk av tvangsmidlene medfører i utgangspunktet heller ikke at noen får status som siktet. Formålet med utlendingslovens tvangsmidler er at de skal være til hjelp i avgjørelsen om, eller gjennomføring av, vedtak i utlendingssak.

Siden det er forskjellige vilkår for bruken av tvangsmidlene i strafferettslig og utlendingsrettslig sammenheng, kan dette medføre at det i enkelte tilfeller vil være parallelle saker hvor begge regelsett benyttes. Et eksempel kan være at utlendingen nekter å oppgi identitet, samtidig som det er mistanke om at vedkommende medvirker i organisert menneskesmugling til riket. Et spørsmål som da oppstår er om man må velge hvilket regelsett man skal anvende og holde seg til det, eller om man kan veksle mellom for eksempel å begjære fengsling etter straffeprosesslovens regler og utlendingslovens regler. Når politiet foretar undersøkelser som både har straffeprosessuell og forvaltningsmessig relevans ("dobbelt formål"), er det alminnelig antatt at politiets virksomhet må være under påtalemessig styring og kontroll, underlagt statsadvokaten og riksadvokaten.

Nedenfor redegjøres det for adgangen til bruk av tvangsmidler i utlendingsrettslig sammenheng. Selv om det som nevnt kan være grunnlag for å anvende straffeprosesslovens regler også i utlendingssaker, vil det ikke bli særlig redegjort for disse. Enkelte steder vil det imidlertid bli henvist til straffeprosesslovens regler.

13.3.4.2 Generelt om fastlegging av identitet

Metodene for informasjonsinnhenting har blitt flere de senere år og omfatter nå også DNA-testing og alderstesting. Samtidig har intervjuene av asylsøkere blitt overført fra politiet til Utlendingsdirektoratet. Likevel står man fremdeles overfor store utfordringer, særlig når det gjelder å fastlegge søkernes identitet. Som nevnt er det et mindretall av asylsøkerne som fremlegger reisedokumenter eller annen tilfredsstillende dokumentasjon for identitet. Dette er problematisk i forhold til gjennomføringen av returer, men også betenkelig fordi man etter hvert risikerer at det er mange som oppholder seg i riket uten at myndighetene med sikkerhet kan fastslå deres identitet. Selv om vedkommende utlending medbringer dokumenter har det også i mange tilfeller vist seg at disse er falske. Det vil likevel være av betydning å få tak i disse dokumentene. For det første kan de brukes til å etterprøve opplysningene som er gitt om reiserute blant annet gjennom stemplene i passet, og for det andre gir de en ledetråd som kan tjene til å bekrefte eller avkrefte søkerens øvrige opplysninger. Utvalget mener at det er viktig å videreføre en lovfestet plikt for dem som søker om en tillatelse i Norge til å oppgi sin rette identitet, og bidra til avklaring av denne hvor det kan ha oppstått tvil eller er manglende dokumentasjon, jf. lovutkastet § 93.

36. I høringsbrev av 09.10.2003 har Kommunal- og regionaldepartementet foreslått å utvide fremstillingsfristen til tre dager. Forslaget er blant annet begrunnet med at fremstillingsfristen etter straffeprosessloven § 183 er vedtatt utvidet til tre dager.

13.3.4.3 Fyllestgjørende saksopplysning

Det følger av alminnelig forvaltningsrett og kravene til god forvaltningsskikk at forvaltningen må legge forholdene til rette for at alle som søker om en tillatelse skal få anledning til å fremlegge sin sak på fyllestgjørende måte.

Utvalget foreslår likevel at loven bør fastslå at saksbehandlingen skal legges til rette for søkere med spesielle behov, jf. lovutkastet § 90. Bestemmelsen vil for eksempel være aktuell i saker hvor kvinnelige asylsøkere anfører i egenerklæringen at de har vært utsatt for seksuelle overgrep. Her kan det være naturlig å tilby søkeren kvinnelig tolk.

Alle som søker om en tillatelse etter utlendingsloven har plikt til å gi korrekte opplysninger, og pliktbrudd kan straffes etter § 47 første ledd bokstav b. Det fremgår imidlertid ikke av loven at man forutsettes å opplyse saken så godt man kan. Gjør man ikke det vil det kunne få den konsekvens at søknaden blir avslått. Det kan likevel være en fordel av signal- og informasjonshensyn å la søkernes opplysningsplikt fremgå uttrykkelig av loven, særlig i asylsaker hvor problemene med manglende saksopplysning byr på spesielle utfordringer. Utvalget går derfor inn for å lovfeste en plikt for asylsøkere til å fremlegge nødvendig dokumentasjon, og til å medvirke til innhenting av opplysninger som er nødvendige for at myndighetene skal kunne komme frem til et korrekt materielt resultat, jf. lovutkastet § 104 fjerde ledd.

13.3.4.4 Rettslig avhør

Behovet for rettslig avhør i utlendingssaker er ikke stort og benyttes svært sjelden i praksis. Mulighetene for å fremlegge de nødvendige og relevante opplysningene er allerede meget gode. I asylsaker har søkeren selv mulighet til å fremlegge opplysningene både ved registrering, utfylling av egenerklæring og ved asylintervju. I tillegg kommer at vedkommende i klagebehandlingen vil ha fri rettshjelp, og ellers bistås av advokat eller en frivillig organisasjon som når som helst under sakens gang kan komme med supplerende opplysninger. Opprettelsen av Utlendingsnemnda har også medført en mulighet for utlendingen i visse tilfeller til å møte personlig for nemnda og avgi forklaring. Dessuten vil det i de sakene hvor det er aktuelt å foreta rettslig avhør ofte være involvert spørsmål av strafferettslig karakter. Da har man allerede en hjemmel for slikt avhør i straffeprosessloven. Utlendingsforvaltningen er dessuten i dag vant med å innhente informasjon gjennom intervjuer og har god kunnskap om, og trening i å takle kultur- og språkforskjeller. Verken begrunnelsen for bestemmelsen eller behovet er således like fremtredende i dag. Utvalget foreslår derfor å fjerne reglene om rettslig avhør i utlendingssaker.

13.3.4.5 DNA-testing

Utvalget anser at den frivillige ordningen med DNA-testing bør videreføres. Utvalget viser til de erfaringer man så langt har hatt med ordningen, jf. kapittel 13.3.3.2.

På grunn av at muligheten for DNA-testing er et tilbud og ikke noe den enkelte blir pålagt, krever ordningen strengt tatt ikke hjemmel i lov. Utvalget ser likevel at det kan være en fordel om ordningen får en klar forankring i en lovhjemmel. Selv om ingen pålegges å underkaste seg en DNA-test, vil det reelle forholdet i mange sammenhenger være at søknaden - på grunn av den tvil som har begrunnet tilbudet om DNA-test - vil bli avslått dersom testen ikke gjennomføres. Det vises for øvrig til at man i Finland har en særskilt hjemmel for DNA-testing, jf. den finske utlendingsloven § 65 første ledd.[37] En tilsvarende lovhjemmel er foreslått i SOU 2002:13.[38]

Utvalget foreslår at man også i norsk rett lovfester adgangen til å tilby DNA-test til partene i en sak om familiegjenforening. Det vises til lovutkastet § 97.

---

37. "Utlänningsverket kan ge sökanden och anknytningspersonen tillfälle att bevisa den biologiska släktskapen genom en DNA-analys som betalas med statens medel, om det inte är möjligt att på något annat sätt få en tillräcklig utredning om de på biologiskt släktskap baserade familjebanden och om det med hjälp av en DNA-analys är möjligt att få fram väsentliga bevis som gäller familjebanden."

38. "I ärenden om uppehållstillstånd enligt 2 kap. 4§ kan Utlänningsnämnden och Migrationsverket ge sökanden och anknytningspersonen tillfälle att få en DNA-analys utförd i syfte att visa det biologiska släktskap som åberopas i ansökan. Detta gäller endast om det inte är möjligt att på annat sätt få fram väsentliga bevis om släktskapet.
Tillfälle att visa åberopat släktskap kan under de i första stycket angivna förutsättningarna ges även barn och föräldrar i ärende om uppehållstillstånd enligt 2 kap. 5 § 3.
En DNA-analys får utföras endast om den som undersöks har upplysts om syftet med DNA-analysen och har gett sitt skriftliga samtycke. Endast det släktskapsförhållande som har åberopats i ansökan om uppehållstillstånd får undersökas. Kostnaden för provtagning, transport av prover och analys skall betalas av staten.
En sökande får tillerkännas ersättning av allmänna medel för egen sådan kostnad om han nekats tillfälle att få analys enligt första eller andra stycket utförd och analysen visar det åberopade släktskapet. Ersättning beslutas av den myndighet som skall pröva ansökan om uppehållstillstånd."

13.3.4.6 Alderstesting

Utvalget mener at erfaringene man så langt har hatt med alderstesting, skissert i kapittel 13.3.3.3, tilsier at ordningen bør videreføres. Utvalget anser likevel at bruken av alderstesting bør få en klar forankring i en lovhjemmel, på samme måte som ordningen med frivillig DNA-testing.

Etter utvalgets mening bør utlendingsmyndighetene ha adgang til å fastsette et påbud om alderstesting i tilfeller hvor de er i tvil om søkerens alder. Utvalget kan ikke se tungtveiende etiske eller personvernmessige grunner som taler mot en slik hjemmel. Utvalget foreslår følgelig å lovfeste en adgang til å pålegge alderstesting i forbindelse med behandlingen av en sak etter utlendingsloven. Som beskrevet i kapittel 13.3.3.3 vil det normalt være i saker som gjelder enslige mindreårige asylsøkere, og i saker som gjelder søknad om familiegjenforening fra referansepersonens barn, at alderstesting vil være aktuelt. Utvalget ser imidlertid ingen grunn til å begrense adgangen til alderstesting til konkrete typer av saker. Også i saker hvor man for eksempel er i tvil om en voksen asylsøkers oppgitte alder, bør det kunne pålegges alderstesting. Det vises til lovutkastet § 98.

Utvalget ser ikke behov for å foreslå en lovhjemmel for at alderstesting skal kunne finne sted med tvang. Det vises til at myndighetene normalt vil se bort fra søkerens anførsler om at vedkommende er mindreårig dersom han eller hun ikke samtykker til alderstesting.

13.3.4.7 Kopiering av dokumenter

Det kan i enkelte tilfeller være behov for å ta kopi av fremlagte dokumenter. Behovet har oppstått blant annet i forbindelse med innreisekontroll hvor man tror at vedkommende vil kunne melde seg annet sted etter innreise og søke asyl, eller utlendingen påtreffes i grensenær kontroll med dokumenter, men man tror at vedkommende vil søke asyl uten å fremvise id-dokumenter på et senere tidspunkt. Ved Schengen yttergrensekontroll i Norge vil praktisk talt 100 prosent av de reisende ha reisedokumenter. Om lag 60 prosent av asylsøkerne har reisedokumenter ved såkalte grensenære kontroller ved de nordiske grenser. Ved innlevering av søknad om asyl er det som tidligere nevnt bare et lite mindretall som fremviser slike dokumenter. Kopiering av reisedokumentene er da praktisk, og gjøres rutinemessig ved yttergrensekontroll eller annen kontroll der politiet finner grunn til å anta at vedkommende senere vil søke asyl.

Utvalget er av den oppfatning at det er hjemmel til slik kopiering i alminnelig forvaltningsrett. En utlendingssak er en forvaltningssak hvor det i utgangspunktet er nødvendig med tillatelse til innreise og opphold. I forbindelse med dette er fastlegging av utlendingens rette identitet av sentral betydning, og dokumenter som beviser dette må det kunne tas kopi av. I andre forvaltningssaker, for eksempel byggesaker, er det adgang til å ta kopi av sentrale dokumenter. Utvalget mener likevel at det vil være klargjørende, og en fordel ut fra informasjonshensyn, å lovregulere en adgang til kopiering av identitetsdokumenter. Denne adgangen vil gjelde generelt, og ikke begrenses til kopiering i identifiseringshensikt. Det vises til lovutkastet § 15 fjerde ledd.

Et annet spørsmål er om man skal kunne pålegge flyselskap å ta kopi av de reisendes reisedokument. En innvending kan være at man ved dette overlater for mye av innreisekontrollen til flyselskapene, og at det vil by på praktiske problemer i form av lengre ombordstigningsprosedyre ved at de blir tillagt ytterligere oppgaver. Utvalget mener imidlertid at situasjonen allerede i dag er slik at flyselskapene kan sies å drive en form for innreisekontroll ved at de blant annet er pålagt å sjekke de reisendes visum og reisedokument, jf. utlendingsforskriften § 93. Hvis de ikke overholder dette, vil de som nevnt i kapittel 14 kunne bli ilagt bøter. Utvalget mener dessuten at et slikt pålegg ikke vil medføre urimelige merkostnader, da kontrollen i praksis vil kunne gjennomføres raskt ved å ha en kopimaskin tilgjengelig ved ombordstigning. Det vises til lovutkastet § 15 fjerde ledd.

En foranledning til et pålegg om kopiering kan være at man opplever en betydelig tilstrømning av personer som ankommer uten reisedokument fra geografisk avgrensede områder. I praksis vil nok den faktiske situasjonen kunne bli at det for enkelte flygninger fra nærmere bestemte land, vil være et stående pålegg om å foreta slik kopiering.

13.3.4.8 Generelt om tvangsmidler

Utlendingslovens regler om tvangsmidler er inndelt etter hvorvidt formålet er identifisering eller iverksettelse av vedtak. Dette har ført til at reglene i stor grad henviser til hverandre og til en viss grad er gjentagende. Utvalget har derfor vurdert om en annen systematikk er hensiktsmessig. Et alternativ er at det gis bestemmelser om adgangen til bruk av tvangsmidler og hvilken instans som har kompetanse til dette på generell basis. Dessuten vil

det i lovbestemmelsen som gjelder det enkelte tvangsmiddel fremgå om bruken er begrenset til et bestemt formål. Dette vil kunne gi en bedre oversikt ved at tvangsmidlene blir samlet, og vil også bety at man slipper krysshenvisninger mellom de enkelte lovbestemmelsene.

Utvalget foreslår at reglene om tvangsmidler organiseres etter type tvangsmiddel og ikke etter hva som er formålet med bruken av det. Utvalget vil også fastslå som et generelt prinsipp i utlendingsloven at et tvangsmiddel ikke skal benyttes hvis det anses uforholdsmessig. Det betyr i praksis at et mindre inngripende tvangsmiddel skal benyttes hvis det anses tilstrekkelig til å oppnå formålet. Dette prinsippet gjelder for så vidt også i dag og er fastslått generelt i straffeprosessen gjennom straffeprosessloven § 170a, og for politiets utførelse av tjenesten i politiloven § 6 annet ledd. En slik bestemmelse vil likevel kunne være hensiktsmessig ut fra informasjonshensyn. Utvalget mener derfor at det er hensiktsmessig med en tilsvarende forholdsmessighetsregel når det gjelder tvangsmiddelbruk i utlendingsloven, som dermed tydeliggjør at prinsippet også gjelder for bruk av tvangsmidler i utlendingsrettslig sammenheng, jf. lovutkastet § 115.

13.3.4.9 Fremstillingsfristen i sak hvor utlending pågripes i medhold av utlendingsloven

Som nevnt i kapittel 13.3.3.8 har departementet foreslått å utvide fremstillingsfristen i saker hvor utlending pågripes i medhold av gjeldende lov § 37 sjette ledd, jf. § 37c tredje ledd annet punktum. I utvalgets utkast er fremstillingsfristen på én dag videreført. På bakgrunn av departementets arbeid med dette spørsmålet, har utvalget ikke funnet grunn til å foreta en særskilt drøftelse av problemstillingen.

13.3.4.10 Foto og fingeravtrykk av utlending

Utvalget foreslår å videreføre dagens regler om fotografering og opptak av fingeravtrykk av utlendinger. Ved søknad om asyl blir det rutinemessig tatt fingeravtrykk, mens dette ikke er tilfellet ved søknad om andre tillatelser etter loven.[39] Utvalget mener at det fremdeles skal være mulig å ta fingeravtrykk også ved søknad om andre tillatelser etter loven, men at det bør overlates til Kongen i forskrift å regulere dette nærmere. Det vises til lovutkastet § 108.

I de fleste tilfellene vil utlendingen samtykke i opptak av fingeravtrykk, men det er heller ikke uvanlig at det forekommer tilfeller i praksis hvor tvangsmessig opptak av fingeravtrykk er nødvendig. Det er i første rekke lagringen og den senere anvendelse av fingeravtrykk som innebærer at det å avtvinge noen fingeravtrykk har en inngripende karakter.

Både Justisdepartementet og Riksadvokaten har tidligere uttalt at det vil være klargjørende og hensiktsmessig å ha en særskilt hjemmel i utlendingsloven for å innhente fingeravtrykk med tvang.[40] Utvalget har foreslått en særskilt bestemmelse om at politiet skal kunne avgjøre at fingeravtrykk skal tas med tvang, jf. lovutkastet § 108 femte ledd. Bestemmelsen gir utlendingen rett til å bringe spørsmålet om rettmessigheten av tiltaket inn for retten.

Utlendingsforskriften § 130 bestemmer at fotografi tatt i utlendingssak skal oppbevares i den enkelte utlendingssak. I motsetning til hva som gjelder for fingeravtrykk, er det ikke hjemmel for å oppbevare fotografiene elektronisk. Dette gjør at det ikke kan søkes etter bildet uten å lete frem den konkrete saken. Det er også uhensiktsmessig ved at det fysiske fotografiet lett kan bli borte. Dessuten har den tekniske utviklingen medført at fotografier i større utstrekning tas digitalt, slik at en registrering i en database stort sett vil være uproblematisk. Utvalget mener på denne bakgrunn at det er hensiktsmessig å ha en hjemmel for å lagre fotografiene elektronisk på samme måte som for fingeravtrykk, jf. lovutkastet § 108 annet ledd.

13.4 Iverksetting av vedtak som innebærer at utlending har plikt til å forlate landet

13.4.1 Generelt om iverksetting

Et avslag på søknad om tillatelse etter utlendingsloven medfører en plikt for utlendingen til å forlate riket og dekke utgiftene for dette selv. Det samme gjelder når tillatelsen utløper og det ikke søkes om fornyelse eller ny tillatelse. Det kreves derfor ikke et eget vedtak om bort- eller utvisning for at vedkommende skal måtte forlate riket. Vedtak etter utlendingsloven iverksettes etter reglene i utlendingsloven §§ 39 til 41. Generelle regler om tidspunktet for iverksetting av vedtak fremgår av utlendingsloven § 39, mens det er spesielle regler om tidspunktet for iverksetting av vedtak i asylsa-

[39] Se blant annet gjeldende lov § 37e om registrering av fingeravtrykk i Eurodac og kapittel 13.3.3.6.

[40] Jf. Ot.prp. nr. 49 (2002-03)

ker og saker om vern mot forfølgelse i § 40, jf. avsnitt 13.4.2.

Utlendingsloven § 39 første ledd fastsetter at enkelte typer vedtak ikke kan iverksettes før vedtaket er blitt endelig. Dette gjelder:

- Avslag på søknad om fornyet arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse eller om bosettingstillatelse fremsatt innen fristen i § 11 tredje ledd
- Vedtak om tilbakekall etter § 13
- Vedtak om utvisning av utlenidng som har arbeidstillatelse, oppholdstillatelse eller bosettingstillatelse, eller nordisk borger som har hatt opphold i riket i mer enn tre måneder

I § 39 første ledd første punktum er det fastsatt at vedtak om bortvisning etter § 27 kan iverksettes straks. I annet ledd er det fastsatt at avslag på første gangs arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse, og avslag på søknad om fornyelse som nevnt i første ledd fremsatt etter fristen i § 11 tredje ledd, ikke kan iverksettes før utlendingen har fått mulighet til å fremsette klage, og tidligst 48 timer etter at meldingen om vedtaket er kommet frem til utlendingen.

For øvrig er det angitt i § 39 første ledd fjerde punktum at iverksetting kan utsettes etter forvaltningsloven § 42.

Fremgangsmåten ved iverksetting av vedtak er regulert i utlendingsloven § 41 og gjelder blant annet adgangen til å bruke tvangsmidler for å sikre effektueringen. Utgangspunktet ved iverksetting av vedtak er at politiet gir vedkommende en utreisefrist, jf. utlendingsloven § 41 første ledd. Det er praktisk at dette gjøres av politiet, da det er de som må følge opp i form av andre tiltak hvis utlendingen ikke overholder utreisefristen.

Et fungerende retursystem er avhengig av blant annet

- presis, tilgjengelig og tilstrekkelig informasjon til utlendingen under søknadsprosessen om at man har plikt til å forlate landet frivillig hvis man får avslag på søknaden om opphold
- samarbeidsvilje fra utlendinger som har fått avslag
- et system for frivillig retur (selvstendig eller assistert)
- tilstrekkelige ressurser til, og et effektivt system for, tvangsmessige returer
- et godt samarbeid med mottakerlandene

For å sikre at de lovlig fattede vedtakene kan iverksettes, er det gitt adgang til bruk av tvangsmidler i utlendingsloven, deriblant mulighet for fengsling. Hvis pålegget om utreise ikke overholdes, eller det er sannsynlig at det ikke vil bli overholdt, kan politiet også føre utlendingen ut av riket med tvang.

I tillegg til at et forholdsvis høyt antall utlendinger unnlater å forlate landet frivillig selv om de har plikt til det, oppstår det erfaringsmessig en rekke andre praktiske problemer i forbindelse med iverksettingen av vedtak. En utlending som har fått avslag på sin søknad om tillatelse, og som ikke har reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette. I praksis er det ofte vanskelig å få utlendingen til å medvirke til å skaffe seg reisedokument fra det landet vedkommende hevder å komme fra. I enkelte tilfeller nekter mottakerlandet å akseptere en retur av vedkommende fordi de krever dokumentasjon på at han er borger av dette landet og således deres ansvar. Enkelte land krever dokumentasjon i form av reisedokument, mens andre land aksepterer annen dokumentasjon. Ved manglende samarbeidsvilje fra utlendingen i prosessen med å skaffe slik dokumentasjon, gjøres iverksettingen av vedtaket svært vanskelig. Det er derfor behov for regler i utlendingsloven som kan få vedkommende til å bidra til at vedtaket kan effektueres.

13.4.2 Særlig om iverksetting av vedtak i asylsaker

Et avslag på søknad om asyl kan som hovedregel ikke iverksettes før det er endelig. Et vedtak om avslag på søknad om asyl er endelig dersom avslag fra Utlendingsdirektoratet ikke er påklaget innen klagefristen, eller når det er truffet vedtak i Utlendingsnemnda. Det er imidlertid adgang til å returnere utlendingen ved avslag på søknad om asyl etter vedtak i Utlendingsdirektoratet dersom direktoratet mener at søknaden er "åpenbart grunnløs", jf. kapittel 6.11.4.6.

De fleste land som mottar asylsøkere har store problemer knyttet til retur av utlendinger som har fått avslag på asylsøknad. Norge har valgt ulike strategier for å håndtere problemet, jf. nedenfor.

Når det treffes vedtak som innebærer at utlendingen har plikt til å forlate landet, eller ved meddelelsen av vedtaket, settes det en utreisefrist. Normalt er denne på to uker. Reisen skal betales av utlendingen selv. Dersom utlendingen ikke har egne midler, og ansvar ikke kan gjøres gjeldende overfor et transportselskap etter utlendingsloven § 46, betaler staten hjemreisen, jf. § 46 fjerde ledd. I praksis foregår frivillig utreise ved at utlendingen dokumenterer returbilletter overfor politiet, eller melder seg for politiet som skaffer til veie nødven-

dige billetter. Dette forutsetter at utlendingen har gyldige reisedokumenter. Vanlig utreisekontroll foretas ved kryssing av Schengen yttergrense i Norge. Politiet avgjør i hver enkelt sak om det er nødvendig med en nærmere oppfølging av utreisen. Slik frivillig retur skjer imidlertid i et lite mindretall av (avslags)sakene. Som regel krever effektuering av asylavslag betydelige ressurser fra politiets side. Dette skyldes i første rekke at mellom 80 og 90 prosent av asylsøkerne de siste årene ikke har presentert gyldige reisedokumenter ved søknad om asyl.

For å øke antallet frivillige returer har Utlendingsdirektoratet og Politidirektoratet inngått en avtale med International Organization for Migration (IOM) om frivillig retur for personer med avslag på søknad om asyl i Norge. Avtalen omfatter assistanse til personer som venter på å få behandlet sin søknad om asyl, personer som trekker sin søknad om asyl, og personer som har fått avslag på søknad om asyl og som ikke har oversittet utreisefristen. Personer som har oversittet utreisefristen, men som likevel ønsker å returnere frivillig, kan søke om å få delta i programmet. I slike tilfeller vil politiet avgjøre om utlendingen kan inkluderes i programmet. Returprogrammet omfatter informasjon og rådgivning knyttet til hjemreisen, transport, en begrenset behovsprøvet reisestøtte, assistanse før avreise og eventuelt etter ankomst hjemlandet. Enhver har i utgangspunktet ansvar for å skaffe seg reisedokumenter, men dersom dette er vanskelig kan IOM også bistå gjennom avtaler de har med flere av de mest aktuelle ambassadene. Programmet startet opp 01.05.2002. I 2002 var det 957 personer som returnerte til hjemlandet med assistanse fra IOM. I 2003 returnerte vel 1200 personer til hjemlandet på denne måten.

Dersom utlending med avslag på søknad om asyl ikke returnerer frivillig, enten på egenhånd eller gjennom assistanse fra IOM, er det som nevnt i avsnitt 13.2.1 politiets ansvar å sørge for returen, jf. utlendingsloven § 41 første ledd. For å få gjennomført returen har politiet myndighet til å gjøre bruk av bestemte tvangsmidler, jf. § 41 tredje til femte ledd. Dersom det er "særlig grunn til å frykte at utlendingen vil unndra seg iverksetting", kan politiet pålegge en utlending meldeplikt, innlevering av pass eller annet legitimasjonspapir eller bestemt oppholdssted. Politiet kan ved vurdering av unndragelsesfaren legge vekt på "generelle erfaringer med unndragelse". Pålegget kan besluttes for to uker. Ut over dette kreves samtykke eller forhørsrettens kjennelse.

Utlendingen kan videre pågripes og fengsles "[n]år det er nødvendig for å sikre iverksetting", jf. loven § 41 femte ledd. Pågripelse og fengsling kan også foretas for å skaffe reisedokument ved fremstilling for det aktuelle lands utenriksstasjon. Fengsling kan besluttes for høyst to uker. Dersom utlendingen "ikke frivillig forlater riket og det er overveiende sannsynlig at utlendingen ellers vil unndra seg gjennomføring av vedtak", kan fristen forlenges for høyst to uker, men ikke mer enn to ganger. Maksimal fengslingstid ved unndragelsesfare er da seks uker. Etter loven § 41 sjette ledd kan pågripelse og fengsling ikke foretas "dersom det i betraktning av sakens art og omstendighetene for øvrig ville være et uforholdsmessig inngrep, eller retten finner at den i stedet kan pålegge meldeplikt, passbeslag eller bestemt oppholdssted."

Tvangsmidlene i utlendingsloven kan benyttes både når det er fattet vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, eller når det pågår en sak som kan føre til et slikt vedtak.

Hvordan utreisen praktisk skal gjennomføres, vurderes konkret av politiet i hver enkelt sak. Politiet skal foreta utreisekontroll og avgjøre om det er behov for eskorte, jf. utlendingsforskriften § 144.

Den mest ressurskrevende delen av returarbeidet i politiet er å fastslå identiteten til utlendingen, samt å skaffe et reisedokument. En tverrdepartemental arbeidsgruppe, bestående av representanter for Justisdepartementet, Kommunal- og regionadepartementet, Utenriksdepartementet, Politidirektoratet, Utlendingsdirektoratet og Oslo politidistrikt, la i januar 2003 fram en rapport om tiltak for å effektivisere retur av utlendinger med avslag på asylsøknad. I rapporten beskrives problemet med fastsetting av identitet og fremskaffelse av reisedokumenter:

> "Av 17.000 asylsøkere i 2002 kunne 80-90 % (80 % = 13.600 personer) ikke dokumentere sikker identitet ved ankomst. Dersom en legger til grunn en representativ fordeling av de med kjent/ukjent ID i mellom gruppen som får oppholdstillatelse (21 % i 2002), og de som får avslag (79 %), vil antallet personer med avslag med ukjent ID være i underkant av 11.000. For å kunne returnere en person kreves sikker dokumentasjon på identitet og nasjonalitet.
>
> Arbeidet med å frembringe dokumentasjon som med sikkerhet kan fastslå en asylsøkers identitet er den største flaskehalsen i politiets arbeid med å returnere personer med negativt asylvedtak. Vi vil peke på ulike typer etterforskningsskritt som kan være nødvendige for å vise at arbeidet i hver enkelt sak både kan være omstendelig og tidkrevende. Det er også viktig å understreke at hver anmodning til andre lands myndigheter i større eller mindre grad forsinkes av en

responstid. Arbeidet med ID-etterforskning mot andre lands myndigheter kan av hensyn til asylsøkerens sikkerhet ikke starte før det er fattet endelig vedtak i asylsaken. Det innebærer at lang saksbehandlingstid i UDI vil forsinke politiets oppstarttidspunkt.

[ ]

En sikker identitet bygger på fremvisning av ekte og lovlig utstedte reisedokumenter fra hjemlandet, offentlige identitetskort, innenrikspass, andre verifiserte offentlige dokumenter mv.

Imidlertid er det i en rekke land ikke særlig problematisk å få utstedt "ekte" dokumenter med "falske" identiteter mot betaling, slik at en offentlig verifisering må til for å stadfeste en riktig identitet. Ifølge Oslo politidistrikt medfører dette at det i Norge per i dag oppholder seg et ukjent antall utlendinger med en ikke bekreftet identitet/nasjonalitet. Det finnes ikke tilstrekkelige ressurser til å etterforske alle disse personene fortløpende. Dette er meget uheldig."[41]

Som en oppsummering konkluderer rapporten:

"Effektiv tilbakesendelse av asylsøkere krever høy kompetanse og nødvendig kapasitet hos politiet for å gjennomføre relevante etterforskningsskritt. [ ] En tilbaketakelsesavtale, eller en bilateral avtale eller et kontaktpunkt mellom ulike lands politimyndigheter vil kunne gi større uttelling både i ressurs- og tidsbruk. Aktiv diplomatisk innsats vil for eksempel kunne medvirke til at responstiden som er en av de store utfordringene overfor utenlandske myndigheter, kan gå ned. Arbeidsgruppen ønsker å understreke at utfordringene med ID- og nasjonalitetsfastsettelse er en felles samspillutfordring for alle de tre berørte departementene og underliggende enheter." [42]

Etter at rapporten ble lagt frem har arbeidet med tilbaketakelsesavtaler blitt intensivert. I desember 2003 ble det inngått en tilbaketakelsesavtale med Sverige. Avtalen omfatter asylsøkere som påtreffes i grensenært område (fra riksgrensen og 30 km inn i hvert land) og gir en mulighet for kortere frister, forenklet saksbehandling og retur til det ansvarlige land enn Dublin II-forordningen legger opp til. Avtalen vil virke ved siden av Dublin II-forordningen på den måten at hvis fristene ikke overholdes, kan forordningen fortsatt benyttes. Norge har også tilbaketakelsesavtaler med Romania, Tyskland, Bulgaria, Latvia og Estland, avtale med Sri Lanka vedrørende returer, og tilbaketakelsesklausuler i visumfrihetsavtaler med Tsjekkia og Litauen. Departementet har også gjennomført forhandlinger med blant andre Danmark, Serbia og Montenegro, Slovakia og Kroatia, og tar sikte på å inngå flere avtaler i nær fremtid. Hovedgevinsten ved slike avtaler er enighet om hvilke dokumenter som godkjennes ved etablering av identitet, hvilke etater som er ansvarlige, hvordan henvendelser skal gjennomføres, frister for svar og andre prosedyrespørsmål.

Iverksetting av vedtak forutsetter at utlendingen er tilgjengelig for politiet på kjent oppholdssted, enten på asylmottak eller bosatt privat. Erfaringsmessig forsvinner en rekke personer fra mottak etter at asylsøknaden er avslått eller i den avsluttende fasen av saksbehandlingen. En utlending som skifter bopel mens saksbehandlingen pågår, har plikt til å melde adresseendring til politiet, jf. utlendingsloven § 14 annet ledd. Men ettersom det ikke føres adgangs- eller utreisekontroll eller er oppholdsplikt ved mottakene, kan utlendinger enkelt forvinne ut av systemet. Mottakene fører fraværslister og melder fra dersom en utlending har forlatt mottaket uten tillatelse i mer enn tre dager. Etter tre dager registreres utlendingen som "forlatt mottak til ukjent adresse". Det er ikke mulig å si eksakt hva som skjer med denne gruppen. Det er grunn til å anta at noen få returnerer til hjemlandet, noen reiser videre til andre land, og noen oppholder seg skjult i landet. En utlending som unndrar seg iverksetting på denne måten, vil i utgangspunktet ikke ha krav på noen form for økonomisk støtte i form av sosialhjelp eller liknende. Dersom en utlending reiser til et annet Dublinland og søker asyl, vil Norge kunne få en tilbaketakelsesanmodning fra dette landet dersom det er kjent at utlendingen tidligere har søkt asyl i Norge. De fem første månedene i 2003 mottok Utlendingsdirektoratet anmodning om tilbaketakelse for 474 personer, over 80 prosent fra Sverige.

Enkelte land nekter å ta imot egne borgere som har fått avslag på sin asylsøknad. De nekter videre å utstede reisedokumenter så lenge dette ikke skjer frivillig fra utlendingens side. For tiden gjelder dette spesielt enkelte land i Øst-Afrika. Tvangsmessig retur til disse landene har de siste årene ikke vært mulig. I en del tilfeller kan utlendingen imidlertid returnere til hjemlandet frivillig. Men der utlendingen selv ikke ønsker dette blir resultatet at vedkommende blir værende i landet uten noen form for formalisert status. Uten å gå inn på grunnen til at en utlending ikke kan eller vil returnere til hjemlandet, kan det være

41. Rapporten s. 45.
42. Rapporten s. 48.

uheldig at utlendinger oppholder seg i landet uten tillatelse. En formalisert tillatelse, uten at det foreligger et beskyttelsesbehov eller sterke menneskelige hensyn, vil på den annen side ikke motivere til frivillig retur. Utvalget har drøftet dette dilemmaet i kapittel 9.

13.4.3 Ansvaret for utgifter ved uttransport

Utlendingsloven § 46 første ledd pålegger en utlending som må forlate riket å dekke sin egne utgifter i forbindelse med utreisen. Hvis utlendingen ikke reiser frivillig er vedkommende også ansvarlig for kostnader til vakthold som påløper ved utreisen. Begrunnelsen for regelen er at man ønsker at utlendingen selv sørger for sin egen utreise innenfor de frister som er gitt. Konsekvensen av at utlendingen ikke dekker utgiftene til utreise er for det første at de dekkes av staten, jf. utlendingsloven § 46 fjerde ledd. Deretter vil det bli rettet et krav mot utlendingen for dekning av utgiftene. Hvis en herboende referanseperson har stilt garanti for utgiftene til utreise, kan utgiftene kreves dekket av garantisten, jf. § 46 annet ledd. Det vises til kapittel 11.2.3 og det som er sagt om garantiansvaret ved søknad om visum. Kravet om refusjon av utgiftene hos utlendingen selv og garantisten er tvangsgrunnlag for utlegg. Det betyr at kravet kan tvangsfullbyrdes uten at det er nødvendig for politiet å skaffe et alminnelig tvangsgrunnlag, normalt en dom. Begjæringen om tvangsfullbyrdelse kan sendes direkte til namsmannen. En annen konsekvens for utlendingen av ikke å dekke utgiftene til utreisen, er at kravet kan gi grunnlag for bortvisning ved senere innreise, jf. utlendingsloven § 27 første ledd bokstav h, jf. § 46 første ledd tredje punktum. Er utlendingen visumpliktig, medfører det dessuten at vedkommende ikke vil bli innvilget visum før kravet er dekket, jf. utlendingsforskriften § 106 femte ledd.

Utlendingsloven § 46 første ledd siste punktum gir hjemmel til å beslaglegge billetter hos utlendingen til bruk ved utreise. Bestemmelsen gir imidlertid ikke tilsvarende hjemmel til beslag av penger til bruk til slik utreise, og det vises til dette spørsmålet nedenfor. Et beslektet spørsmål, som også behandles nedenfor, er hvorvidt det bør være adgang til undersøkelse/ransaking av vedkommende etter penger for å dekke utgiftene i forbindelse med utreisen.

Når det gjelder transportøransvaret i utlendingsloven § 46 tredje ledd, vises det til kapittel 11.6.1 hvor dette er behandlet nærmere.

13.4.4 Pålegg om utlevering av identitetspapirer, billetter og andre reisedokumenter for å sikre retur

Etter utlendingsloven § 17 fjerde ledd skal en utlending som søker asyl innlevere pass eller annet reisedokument som vedkommende er i besittelse av sammen med søknaden.

For øvrig gir utlendingsloven § 41 tredje ledd bokstav b adgang til å pålegge utlendingen å innlevere pass eller annet legitimasjonspapir for å sikre effektueringen av et lovlig fattet vedtak. Dokumentene er svært viktige for å sikre retur da de fleste lands myndigheter krever klar dokumentasjon på at vedkommende er borger av dette landet. Det er imidlertid ikke hjemmel for å gi et slikt pålegg rutinemessig. Det kan bare gis når det er særlig grunn til å frykte at utlendingen vil unndra seg iverksetting, jf. utlendingsloven § 41 fjerde ledd. Det betyr at det må foretas en konkret vurdering, hvor ikke bare den individuelle faren for unndragelse har relevans, men også generelle erfaringer man har med unndragelse. De generelle erfaringene kan være erfaringer politiet har med utlendinger av samme nasjonalitet og personer i samme situasjon.[43] Pålegget om innlevering besluttes av påtalemyndigheten, jf. utlendingsloven § 41 fjerde ledd jf. § 37c annet ledd, og gjelder i utgangspunktet for to uker, men kan forlenges etter samtykke fra utlendingen eller beslutning av retten.

13.4.5 Meldeplikt, bestemt oppholdssted, pågripelse og fengsling av utlendinger for å sikre retur

Utlendingsloven § 41 gir også hjemmel til andre tvangstiltak overfor utlending som ikke etterlever en plikt til å forlate riket. Meldeplikt og plikt til å oppholde seg på et bestemt oppholdssted kan ilegges etter samme vilkår som gjelder for pålegg om utlevering av reisedokumenter, noe som betyr at det må foreligge individuelle grunner eller generelle erfaringer som tilsier at vedkommende ikke vil følge opp vedtaket ved å forlate riket. Pålegget kan heller ikke her gjelde for mer enn to uker forutsatt at det ikke er samtykket i forlengelse eller retten beslutter det.

Hvis det er nødvendig for å sikre iverksetting, kan utlendingen pågripes og fengsles etter reglene i utlendingsloven § 37c tredje ledd. Det vises til fremstillingen ovenfor om denne bestemmelsen. Vurderingen vil kunne bli annerledes da formålet i dette tilfellet er å iverksette et lovlig fattet vedtak fremfor å avklare vedkommendes identitet. Adgan-

43. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 70

gen til fengsling kan derfor være videre. Det gis blant annet rett til å pågripe utlending som ikke gjør det som er nødvendig for selv å skaffe seg gyldig reisedokument. I likhet med dem som pågripes i identifiseringshensikt skal disse anbringes i utlendingsinternat, jf. utlendingsloven § 37d.

13.4.6 Utvalgets vurderinger

13.4.6.1 Iverksetting av vedtak som innebærer at utlending plikter å forlate landet

Utvalget foreslår at reglene i gjeldende lov §§ 39 til 41 om iverksetting av vedtak i det store og hele videreføres uten innholdsmessige endringer. På ett punkt går utvalget imidlertid inn for en realitetsendring.

Etter gjeldende rett har en asylsøker ikke krav å oppholde seg i landet under klagebehandlingen dersom selve søknaden om beskyttelse anses åpenbart grunnløs, jf. utlendingsloven § 40 første ledd. I prinsippet er det uten betydning om vurderingen av den del av søknaden som gjelder opphold av humanitære grunner byr på tvil. Dersom Utlendingsnemnda etter klage skulle endre Utlendingsdirektoratets avslag i en slik sak, og asylsøkeren allerede er sendt ut av landet, vil myndighetene måtte bære kostnadene ved å hente vedkommende tilbake til Norge. Hensynet til søkernes rettssikkerhet taler for at vedtak i denne type tilfeller ikke bør kunne effektueres før det er tatt stilling til en eventuell klage. Utvalget mener derfor at et avslag i en asylsak bare bør kunne iverksettes før vedtaket er endelig dersom også forutsetningene for å innvilge opphold av sterke rimelighetsgrunner åpenbart ikke er oppfylt. Det vises til lovutkastet 101 tredje ledd.

13.4.6.2 Ansvaret for utgifter samt spørsmål om adgang til ransaking etter penger til bruk ved utreise

Utvalget mener at prinsippet om at utlendingen selv er ansvarlig for utgiftene i forbindelse med sin utreise bør videreføres. Statens ansvar i denne sammenheng bør være subsidiært, jf. lovutkastet § 102 første ledd. Manglende dekning av tidligere utreiseutgifter med utvalgets forslag fortsatt vil kunne gi grunnlag for bortvisning og nektelse av visum, jf. kapittel 11.

Et annet spørsmål er om det skal være adgang til ransaking av utlendingen når det er skjellig grunn til å tro at vedkommende har penger som kan dekke utgiftene til utreisen. Hjemmelen for ransaking av utlendingen er i gjeldende utlendingslov begrenset til situasjoner som gjelder klarlegging av identitet og tidligere oppholdssted.

Utvalget mener at det i praksis vil kunne være behov for å undersøke utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted, for eksempel når man ønsker å iverksette et vedtak om utvisning av en utlending som har arbeidet ulovlig i riket. Enkelte av dem dette gjelder kan ha tjent betydelige beløp som følge av sin ulovlige virksomhet i Norge, samtidig som de i utgangspunktet selv er ansvarlig for å dekke utgiftene til utreise. Spørsmålet må ses i sammenheng med adgangen til å beslaglegge pengene i forbindelse med uttransporten, jf. drøftelsen nedenfor. En adgang til ransaking etter utlendingsloven vil være lite hensiktsmessig hvis man ikke samtidig har anledning til å beslaglegge, eller på annen måte ta hånd om pengene man måtte finne ved ransakingen.

En hjemmel for å ransake må imidlertid inneholde noen kvalifikasjoner. Et krav vil være at man må kunne anta at vedkommende besitter penger som det kan tas beslag i for å dekke utgiftene til uttransporten. Beviskravet bør etter utvalgets mening være sannsynlighetsovervekt for at vedkommende har pengene. Når det gjelder de prosessuelle sidene mener utvalget at dette bør følge de alminnelige reglene som gjelder for ransaking etter identitetsdokumenter etc. i utlendingsloven.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at det gis en hjemmel til å foreta undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted etter penger som kan dekke utgiftene ved utreise, når det er skjellig grunn til å anta at vedkommende har slike midler, jf. lovutkastet § 110 annet ledd.

13.4.6.3 Beslag og pålegg om utlevering av dokumenter og penger for å sikre iverksetting av vedtak

Reglene om pålegg om utlevering av dokumenter for å sikre iverksettingen av vedtak er begrenset til pass eller annet id-dokument som kan godkjennes som reisedokument.[44] Utvalget er av den oppfatning at det kan være behov for utlevering også av andre dokumenter som kan påvise utlendingens identitet selv om dette er et dokument som ikke vil bli godtatt som reisedokument. Som nevnt tidligere er det svært få som presenterer reisedokument når de søker om asyl, og det er derfor et betydelig antall personer i riket som myndighetene ikke kan dokumentere identiteten til. Ethvert dokument som kan bidra til å klarlegge vedkom-

44. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 243

mendes identitet vil derfor kunne være av betydning for norske myndigheter. Dette har sammenheng med at disse dokumentene kan bidra til å bevise overfor mottakerlandets myndigheter at vedkommende er deres ansvar og således lette effektueringen. Utvalget foreslår derfor at alle dokument som kan bidra til effektuering av vedtaket kan pålegges utlevert og beslaglegges, jf. lovutkastet § 111 annet ledd.

Utlendingsloven § 37 tredje ledd gir bare hjemmel for ransaking etter billetter dersom formålet er å fastslå utlendingens tidligere oppholdssted. Utover dette har man ikke ransakingshjemmel, og muligheten for beslag er derfor avhengig av at man kommer over billettene på annen måte. Utvalget foreslår at det skal være adgang til undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom det er skjellig grunn til å tro at utlendingen har billetter som kan sikre uttransportering, jf. lovutkastet § 110 annet ledd.

Utlendingsloven § 46 gir ikke hjemmel for å beslaglegge penger vedkommende måtte ha på seg. Utvalget har, som det fremgår i kapittel 13.4.6.2, foreslått en hjemmel for undersøkelse av utlendingens person, bolig mv. i saker hvor det er skjellig grunn til å tro at utlendingen har penger som kan dekke utreisen.

Spørsmålet om å kunne beslaglegge penger vedkommende måtte være i besittelse av, ble vurdert under forberedelse, av utlendingsloven.[45] Departementet mente imidlertid at det kunne være tvil om beløpets størrelse, og om man skulle kunne beslaglegge alle midlene vedkommende hadde på seg. De henviste derfor til tvangsfullbyrdelseslovens regler. Utvalget er av den oppfatning at det bør være en hjemmel til å beslaglegge penger vedkommende er i besittelse av. Dette er for det første med på å understreke at det er utlendingen selv som er ansvarlig for å dekke utgiftene ved utreise, og medfører at denne plikten får et reelt innhold og ikke fremstår som illusorisk. Det vil også gi adgangen til ransaking et reelt innhold, ved at penger man da finner kan beslaglegges og benyttes til utreisen. Dessuten er det lite tilfredsstillende at en utlending som er i besittelse av midler, får beholde midlene og får utreisen betalt av norske myndigheter, fordi myndighetene ikke har adgang til beslag. Utvalget mener videre at spørsmålet om beløpets størrelse også vil kunne være et stridstema i forbindelse med at de tas hånd om etter tvangsfullbyrdelseslovens regler, og at dette således ikke er et godt nok argument mot en rett til beslag. Utvalget ser heller ingen gode grunner til å skille mellom adgangen til beslag av billetter for å sikre retur, og beslag av penger for å dekke returen.

Utvalget foreslår følgelig en hjemmel for å beslaglegge penger til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen, jf. lovutkastet § 111 tredje ledd.

Det kan imidlertid oppstå spørsmål om hvorvidt vedkommende bør få beholde noe av midlene til dekning av nødvendige utgifter. Utvalget mener at dette spørsmålet bør reguleres nærmere i forskrift, hvor det blant annet ses hen til aktuelle regler i dekningsloven.

13.4.6.4 Meldeplikt og bestemt oppholdssted for å sikre iverksetting av vedtak

Meldeplikten og bestemt oppholdssted for å sikre effektueringen av vedtaket kan ikke pålegges for mer enn to uker. I praksis har det vist seg at dette ofte er for kort tid da iverksettingen av vedtaket kan drøye på grunn av forskjellige forhold hos andre lands myndigheter eller andre norske forvaltningsorgan. En slik begrensning gjelder heller ikke for slike pålegg i identifiseringshensikt. Der kan spørsmålet om pålegget fremdeles skal gjelde bringes inn for retten, noe som er ordningen også i straffesaker. Meldeplikten har derfor i praksis vist seg utilstrekkelig i saker hvor den er ilagt for å sikre iverksettingen av fattede vedtak.

Utvalget mener at det ikke er særlige omstendigheter som tilsier at det skal være forskjell på meldeplikten og pålegg om bestemt oppholdssted ut fra om formålet er avklaring av identitet eller å sikre effektueringen av vedtak. Utvalget ønsker derfor en harmonisering av disse reglene. Dessuten mener utvalget at reglene er utilstrekkelige ettersom andre myndigheters behandling i praksis kan ta lengre tid enn to uker. Utvalget foreslår derfor at reglene om meldeplikt og bestemt oppholdssted for å sikre iverksettingen av vedtak harmoniseres med andre tilfeller og at begrensningen på to uker fjernes. Det vises til lovutkastet § 112.

13.4.6.5 Fengsling for å sikre iverksetting av vedtak

Fengsling med bakgrunn i å sikre iverksettingen av vedtak kan besluttes for høyst to uker og kan forlenges maksimalt to ganger, hver på to uker, jf. utlendingsloven § 41 sjette ledd. Det vil si at den maksimale fengslingstiden er 6 uker. Begrensningen for fengsling i identifiseringshensikt er 12 uker. Det har blitt anført at denne begrensningen

45. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 180

gjør at det i mange tilfeller ikke blir fengslet, selv om det hadde vært ønskelig. Man har i praksis opplevd et økende antall som kommer til Norge uten å søke asyl, men som har en søknad om asyl til behandling i et annet Dublinland. Politiet bortviser ikke personene fordi de anser at en søknad om asyl i et annet Dublinland er til hinder for dette. Sakene skal etter Dublinregelverket følge Dublinprosedyren. Denne prosedyren tar i dag lang tid, i mange tilfeller langt over seks uker, og saken vil derfor ikke bli avklart innen fengslingsfristen utløper, med det resultat at man unnlater å fremstille vedkommende for fengsling. Vedkommende får derfor oppholde seg i riket fritt, frem til han eller hun blir sendt tilbake til det landet som er ansvarlig for vedkommende etter Dublin II-forordningen. Politiet mener at man ser en tendens til at dette utnyttes. Det har derfor blitt anført at det er behov for en lengre fengslingstid slik at man kan holde disse personene i forvaring frem til det er avklart hvilket land som skal behandle vedkommendes sak.

Utvalget mener at fengslingstiden etter utlendingsloven bør være uavhengig av om man fengsles i identifiseringshensikt eller for å sikre iverksettingen av vedtaket. Utvalget mener også at begrensningen på seks uker i iverksettelsestilfellene er for kort. Prosessen med å sikre iverksettingen av vedtaket kan i mange tilfeller ta lengre tid enn seks uker, blant annet på grunn av andre lands behandling av begjæring om tilbaketakelse. Utvalget foreslår derfor å forlenge den totale fengslingstiden for å sikre iverksetting, og harmonisere fengslingstiden med det som gjelder for fengsling i identifiseringshensikt, nemlig tolv uker. Det vises til lovutkastet § 113.

Utvalget vil imidlertid presisere at vilkårene for fengsling ikke endres som følge av forslaget, og at det fremdeles må foretas en vurdering av hvorvidt fengslingen er et uforholdsmessig tiltak.

13.5 Tiltak for å sikre den offentlige orden og sikkerhet

13.5.1 Rikets sikkerhet

Begrepet "rikets sikkerhet" brukes i en rekke lovbestemmelser, både i straffeloven og i ulike forvaltningslover. Begrepet kan virke noe foreldet, men må tolkes i lys av samfunnsutviklingen og har fått fornyet aktualitet som følge av den internasjonale utviklingen, særlig etter terroraksjonene i USA 11. september 2001.

Begrepet rikets sikkerhet har ikke nødvendigvis det samme fastlagte innhold i alle sammenhenger hvor det benyttes. Det kan for eksempel være forskjell mellom tolkningen av begrepet i en strafferettslig og i en forvaltningsrettslig kontekst. I utlendingsloven er begrepet anvendt i en rekke bestemmelser:

- I § 15 tredje ledd er det fastsatt et unntak fra retten til vern mot forfølgelse for utlending som med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet.
- I § 57 første ledd bokstav d er det hjemmel for å bortvise en utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i tilfeller hvor hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig.
- I § 29 første ledd bokstav d og i § 30 annet ledd bokstav a er det hjemler for utvisning av utlending når hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig.
- I § 43 første ledd er det hjemmel for å nekte innreise og søknad om arbeidstillatelse, oppholdstillatelse og bosettingstillatelse eller å sette begrensninger eller vilkår, når blant annet hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig.
- I § 43 annet ledd er det fastsatt at under krig eller når krig truer, eller under særlige forhold ellers, kan Kongen av hensyn til rikets sikkerhet gi ytterligere bestemmelser om meldeplikt enn det som fremgår av loven § 14 og forskrift gitt i medhold av § 45.
- I § 38 er det fastsatt at departementet kan instruere om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder blant annet hensynet til rikets sikkerhet.

Det forekommer i praksis svært sjelden at hensynet til rikets sikkerhet anses som et aktuelt vurderingstema.

I NOU 1983: 47 Ny fremmedlov hvor "rikets sikkerhet" er omtalt flere steder, uttaler Fremmedlovutvalget følgende om forholdet mellom utlendingskontroll og hensynet til rikets sikkerhet:

> "Etter opplysninger utvalget har innhentet, tenker en her delvis på personer som kan fryktes å ville drive spionasje, sabotasje, undergravningsvirksomhet osv, som regel til fordel for en annen stat. For det annet vil mistanke om tilknytning til terroristvirksomhet komme i betraktning. Det er i disse tilfelle ikke avgjørende om det er norske eller utenlandske interesser her i riket som er truet. For det tredje tenker en på personer hvis politiske virksomhet kan berøre forholdet til fremmede stater på en

slik måte at det setter rikets sikkerhet i fare (som f eks i Trotskysaken).

Mens den gjeldende fremmedlov som nevnt gir hjemmel for avvisning, bortvisning og utvisning av sikkerhetsmessige grunner, er det altså ikke gitt uttrykkelig hjemmel for dette ved avgjørelse av søknader om visum, oppholdstillatelse og arbeidstillatelse. Likevel kan det i praksis tas slike hensyn også ved disse avgjørelser, ut fra den betraktning at siden ingen har krav på disse tillatelser, kan myndighetene ta de hensyn som de finner relevante, normalt med avslag til følge."[46]

Ot.prp. nr. 46 (1986-87) Om utlendingsloven inneholder lite om forståelsen av begrepet, men viser stort sett til Fremmedlovutvalgets utredning. Det vises også til straffelovens bruk av begrepet:

"Etter departementets oppfatning gir bestemmelsene i straffelovens kapittel 8 veiledning om hva som ligger i "hensynet til rikets sikkerhet". For øvrig vil den oppregning som er foretatt i overvåkningsinstruksens § 2 gi en viss veiledning. Praksis omkring gjeldende lovs § 15 er beskjeden. Praktiseringen av andre lovbestemmelser som bruker begrepet er også av interesse på utlendingslovens område, selv om en er enig i det utvalget skriver på s. 335 sp. 2 om at det kan "tenkes at "rikets sikkerhet" ikke nødvendigvis vil ha nøyaktig samme innhold i forhold til de ulike regler der det forekommer""[47]

Det sies videre at det meste av det som kan henføres under "terrorvirksomhet" vil omfattes av begrepet, jf. straffeloven §§ 104a og 147a. For øvrig brukes begrepet rikets sikkerhet i straffeloven i §§ 90,[48] 93 og - noe omskrevet - i § 97b.

I NOU 2003:18 Rikets sikkerhet, Straffelovkommisjonens delutredning VII fremmes forslag til nye strafferegler om rikets sikkerhet og andre grunnleggende nasjonale interesser. Utvalget, som var organisert som et utvalg under Straffelovkommisjonen, fikk i oppdrag å gjennomgå reglene i straffeloven kapittel 8, reglene om forbrytelser mot Norges statsforfatning i straffeloven kapittel 9, militær straffelov tredje del samt lov 18. august 1914 nr. 3 om forsvarshemmeligheter. Utvalget foretar en drøftelse av trusselbildet og konkluderer:

"Utvalget konkluderer med at sammenliknet med trusselsituasjonen fra inngangen til 1950-årene og frem til 1980-årene, fremstår situasjonen i dag som mindre dramatisk. Den trussel terrorismen representerer, retter seg ikke mot nasjonens sikkerhet i samme fundamentale betydning som den militære trussel som forelå tidligere. Den internasjonale situasjonen later til å være under endring, og trusselbildet er blitt mer uoversiktlig. Teknologiske og økonomiske interesser er blitt mer utsatt enn tidligere gjennom ulike former for etterretningsvirksomhet." [49]

Av særlig interesse i utlendingsrettslig sammenheng er utvalgets omtale av begrepet rikets sikkerhet, særlig etter endringen av straffeloven § 90 ved lov 3. desember 1999 nr. 82. Utvalget uttaler om dette:

"Utvalget ser i og for seg ingen grunn til mer i detalj å gå opp grensen for de vernede interesser etter lovendringen. Også etter denne synes det klart at eksempelvis opplysninger om utenriks- og handelspolitiske forhold eller om vesentlige samfunnsfunksjoner ellers, som ikke i mer tradisjonell forstand kan sies å angå rikets sikkerhet, vil falle utenfor. Under enhver omstendighet finner utvalget at vernet mot innhenting og avsløring av hemmelige opplysninger, ikke bør begrenses til interesser som gjelder rikets sikkerhet i tradisjonell forstand, men at også grunnleggende nasjonale interesser ellers bør omfattes. Ved siden av forholdet til andre stater, herunder forhandlingsposisjoner, er det nærliggende å fremheve de interesser som er knyttet til infrastrukturen, energi-, mat- og vannforsyning, samferdsel og telekommunikasjon, helseberedskap, bank- og pengevesen og andre samfunnsøkonomiske forhold, jf. også oppramsingen i straffeloven § 147a første ledd bokstav a."

Begrepet "rikets sikkerhet" eller nært beslektede begreper brukes også i flere forvaltningslover. De viktigste er lov om etterretningstjenesten 20. mars 1998 nr. 11 og lov om forebyggende sikkerhetstjeneste av 20. mars 1998 nr. 10.

Som nevnt er det ikke gitt at begrepet rikets sikkerhet har det samme innhold i alle sammenhenger hvor det anvendes i lovgivningen. Begrepet må også tolkes i lys av den generelle samfunnsutviklingen og endringer i det internasjonale trusselbildet. Fra hovedsakelig å være rettet mot fare for militær maktbruk og angrep, utlevering av opplysninger om statshemmeligheter (opplysninger som kunne skade statsorganene), har den interna-

46. NOU 1983: 47 s. 83-83. Se også s. 305-307 og 368-369.
47. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 225
48. Bestemmelsen ble endret ved lov 3. desember 1999 for at den også skulle ramme åpenbaring av opplysninger i forhold til andre enn fremmede stater, for eksempel terrororganisasjoner, jf. Ot.prp. nr. 64 (1998-99).
49. NOU 2003: 18 s. 16.

sjonale samfunnsutviklingen aktualisert andre sider ved begrepet. Faren for terrorangrep nevnes særskilt. Trusler mot grunnleggende nasjonale interesser som infrastruktur, strømforsyning, transportanlegg mv., nasjonale økonomiske interesser som oljevirksomhet og bankvesen mv., vil ved siden av militære mål, opplysninger om forsvarsevne mv. og trusler mot de sentrale statsorganene, kunne omfattes av begrepet. Begrepet kan også omfatte trusler mot utenlandske interesser i Norge.

13.5.2 Utenrikspolitiske hensyn

Utenrikspolitiske hensyn er omtalt to steder i utlendingsloven. I § 38 nevnes utenrikspolitiske hensyn som ett av departementets grunnlag for å bruke instruksjonsmyndigheten, og i § 43 som en selvstendig avslagsgrunn. Utlendingsforskriftens bruk av begrepet er en gjentakelse av avslagshjemmelen i § 43, jf. forskriften §§ 2, 65 og 106. Utenrikspolitiske hensyn danner ikke i seg selv grunnlag for utvisning, unntak fra tilbakesendelsesvernet i loven § 15 eller retten til asyl i § 17.

Fremmedlovutvalget brukte ikke begrepet utenrikspolitiske hensyn, men omtalte "forholdet til fremmede makter":

> "Det kan ikke være tvil om at det er behov for å kunne nekte utlendinger innreisetillatelse av slike grunner. Det er vel i og for seg tilstrekkelig her å vise til at det er sikkerhets- og utenrikspolitiske grunner som gjør at Norge har visumtvang overfor en god del stater. F. eks var utenrikspolitiske grunner den eneste årsak til det ble innført visumtvang overfor innvånere av Rhodesia og overfor sørafrikanske borgere."[50]

Fremmedlovutvalgets forslag om å anvende formuleringen "forholdet til fremmede makter" ble endret av departementet til "utenrikspolitiske hensyn". I forhold til *asylspørsmålet* skriver departementet i Ot.prp. nr. 46 (1986-87):

> "Utenrikspolitiske hensyn er noe som det til daglig ikke er aktuelt å ta. Faktisk er det ikke blitt gjort i noen sak departementet har oversikt over fra nyere tid. Dette kan for en del skyldes at de mer celebre eksilpolitikere vanligvis ikke kommer til Norge. En kan godt forestille seg tilfeller hvor det av utenrikspolitiske grunner hadde vært ubehagelig å få bestemte personer inn i landet som asylsøkere. Siden behovet har vist seg så lite aktuelt, har en blitt stående ved at adgangen til å ta utenrikspolitiske hensyn ikke bør være med blant unntakene fra retten til asyl i § 17." [51]

I forhold til spørsmål om *visum* skriver departementet:

> "Her er utenrikspolitiske hensyn tradisjonelt benyttet til å avskjære kontakt med personer som representerer eller kan assosieres med regimer en ønsker å markere politisk motvilje mot. Mest utpreget kommer dette i dag til uttrykk gjennom visumpraksis overfor borgere av Sør-Afrika. I noen mindre grad er også utenrikspolitiske hensyn gjort gjeldende i forhold til enkelte andre regimer.
>
> Det kan også tenkes at andre stater ut fra sine politiske motiver nekter visum til enkeltpersoner eller bestemte grupper av norske borgere. Det kan tenkes tilfeller hvor en ut fra gjensidighetssynspunktet finner det ønskelig at Norge gjør gjengjeld ved å følge en tilsvarende politikk overfor vedkommende statsborgere. Også dette vil ligge innenfor de utenrikspolitiske hensyn som det kan være aktuelt å ta ved avgjørelsen av visumsøknader." [52]

Det er særlig i forhold til visumsøknader det har vært aktuelt å avslå med begrunnelse i utenrikspolitiske hensyn. Kommunal- og regionaldepartementet har blant annet gitt instruks til Utlendingsdirektoratet om visumrestriksjoner i forhold til enkelte høytstående representanter fra Zimbabwe, Den føderale republikken Jugoslavia, det tidligere Taliban-regimet i Afghanistan og Angola.

I forbindelse med implementeringen av FNs sikkerhetsrådsresolusjon 1373 om tiltak mot terrorisme, uttalte departementet noe mer om forståelsen av "utenrikspolitiske hensyn":

> "Departementet antar at begrepet «utenrikspolitiske hensyn» her vil dekke hensynet til internasjonale forpliktelser, herunder forpliktelser i henhold til resolusjonen. Både søknad om første gangs tillatelse og om fornyelse kan avslås med hjemmel i denne bestemmelsen. Den gir derimot ikke hjemmel til å tilbakekalle en tillatelse som allerede er gitt." [53]

Hva som menes med utenrikspolitiske hensyn synes ikke å være fastlagt. Det vil være opp til den til enhver tid sittende regjering å ta stilling til om en innreisetillatelse eller oppholdstillatelse vil kunne være i konflikt med utenrikspolitiske hensyn, jf.

50. NOU 1983: 47 s. 305.

51. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 102.

52. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 114.

53. Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) punkt 11.1 om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot terrorisme - gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 28. september 2001)

også at departementet har instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda i slike saker. Men det synes klart at det må være utenrikspolitiske konsekvenser av en viss betydning før det er aktuelt å bruke bestemmelsene. Dette kan også utledes av den begrensede bruk av bestemmelsene til nå. Praktiske problemer oppstår imidlertid fordi Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda i praksis må ta initiativet til å gjøre departementet kjent med sakene, og det kan være vanskelig for disse organene alltid å forutse hvilke saker man på departementshold vil mene har elementer av utenrikspolitiske hensyn.

13.5.3 Tvingende samfunnsmessige hensyn

Begrepet "tvingende samfunnsmessige hensyn" er brukt i utlendingsloven §§ 17 første ledd bokstav f, 43 og 57 første ledd bokstav d. Tvingende samfunnsmessige hensyn er en selvstendig grunn til å unnta en asylsøker som omfattes av flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) fra retten til anerkjennelse som flyktning. Det er videre en selvstendig grunn til å nekte innreise, avslå arbeidstillatelse, oppholdstillatelse og bosettingstillatelse eller sette begrensninger eller vilkår. Departementet har ikke instruksjonsmyndighet i saker som gjelder tvingende samfunnsmessige hensyn.

Begrepet ble introdusert av Fremmedlovutvalget med følgende begrunnelse:

> "Med "tvingende samfunnsmessige hensyn" er det tenkt på innenrikspolitiske forhold, f eks en plutselig masseinnvandring som landet ikke kan absorbere. I en slik situasjon vil det være mest praktisk å avvise på grensen, jf § 19 første ledd bokstav g, men det vil også kunne bli tale om utvisning i slike tilfelle. Det må det være adgang til. [ ]
>
> Under begrepet "tvingende samfunnsmessige hensyn" faller også utviklingen av spenningsforhold innen og mellom innvandrergrupper, f eks i form av organisert forfølgelse. Et annet eksempel kan være terrorgrupper som ikke har den norske stat som mål. Er terrorvirksomhet derimot planlagt overfor den norske stat, vil utvisning kunne skje av hensyn til "rikets sikkerhet". Uttrykket vil også omfatte risiko for særlig samfunnsfarlig kriminalitet, f eks narkotikaforbrytelser."[54]

I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 225-226 omtaler departementet begrepet slik:

> ""Tvingende samfunnsmessige hensyn" er nytt i loven. I bortvisningssammenheng foreslår utvalget begrepet innført som en "sikkerhetsventil" til avløsning av "generalklausulen" i gjeldende lov § 11 annet ledd.
>
> [ ]
>
> Departementet slutter seg i hovedsak til det som utvalget skriver. En bemerker at det her som når det gjelder hensynet til rikets sikkerhet, kan tenkes at begrepet ikke vil ha nøyaktig samme innhold i forhold til de ulike regler der det forekommer. Når det gjelder eksemplet masseinnvandring, antar en at det er lite behov for å ha regler i loven som gir hjemmel for spesielle tiltak. Skulle en slik situasjon oppstå, ville det måtte føre til en politisk revurdering av hele vår innvandringspolitikk og utlendingslovgivning, men en er i og for seg enig i at forholdet vil kunne sies å gå inn under begrepet "tvingende samfunnsmessige hensyn", i hvert fall i relasjon til bortvisning. Av de øvrige grunner utvalget nevner, vil kriminalitet som regel dekkes av bestemmelsene som går direkte på dette. Det meste av det som kan henføres under "terrorvirksomhet" vil gå inn under såvel "rikets sikkerhet" som "tvingende samfunnsmessige hensyn". Eksemplene som er nevnt, kan ikke anses som uttømmende. Det kreves forhold som ville få meget alvorlige konsekvenser for at det skal gå inn under dette alternativet, men for øvrig har begrepet vidt omfang."

13.5.4 Utvalgets vurderinger

13.5.4.1 Hensynet til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn

I kapittel 13.5.1 til 13.5.3 har utvalget redegjort for utlendingslovens kompetansebestemmelser i saker hvor hensynet til rikets sikkerhet, tvingende samfunnsmessige hensyn og utenrikspolitiske hensyn gjør seg gjeldende. Utvalget foreslår at innholdet i disse reglene videreføres i en ny lov. Det vises til lovutkastet § 116.

Begrepet rikets sikkerhet er ikke nødvendigvis noe dekkende begrep for alle situasjoner hvor grunnleggende nasjonale interesser er truet. For eksempel vil det ikke uten videre være opplagt at terrorhandlinger – som ikke nødvendigvis har til hensikt å ramme rikets sikkerhet som sådan – i alle sammenhenger vil utgjøre noen trussel mot "rikets sikkerhet".

Utvalget går inn for å erstatte begrepene "tvingende samfunnsmessige hensyn" og "rikets sikkerhet" med "grunnleggende nasjonale interesser". "Rikets sikkerhet" kan virke noe utdatert sett i forhold til den senere tids utvikling, særlig i for-

54. NOU 1983: 47 s. 335.

hold til terrorvirksomhet, der hensikten ikke alltid er å ramme rikets sikkerhet som sådan, men like mye skape frykt i og ramme sivilbefolkningen, skade nasjonal infrastruktur mv. "Grunnleggende nasjonale interesser" antas å være et noe mer dynamisk begrep som også dekker trusler og handlinger mot grunnleggende nasjonale interesser uten at det kan sies å angå rikets sikkerhet, i alle fall tolket i snever eller tradisjonell betydning. I NOU 2003:18 Rikets sikkerhet, er begrepet "grunnleggende nasjonale interesser" foreslått anvendt. Utvalget anser at dette er et mer egnet begrep også i utlendingsrettslig sammenheng, og at det kan erstatte både begrepet "rikets sikkerhet" og "tvingende samfunnsmessige hensyn".

Begrepet "utenrikspolitiske hensyn" bør derimot videreføres som et relevant moment ved visse avgjørelser.

Utvalget foreslår en ny regel om at departementet skal kunne innvilge tillatelser av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser eller når utenrikspolitiske hensyn tilsier det. Utvalget antar at en slik bestemmelse vil være lite praktisk, men ser ikke bort fra at den vil kunne være aktuell i enkelte tilfeller. Bestemmelsen kan for eksempel tenkes som et mulig virkemiddel i terroristbekjempelsen. Fordi et slikt vedtak forutsetter en meget sammensatt vurdering, mener utvalget at det alltid bør fattes på politisk nivå. Kompetansen bør med andre ord ikke delegeres til Utlendingsdirektoratet eller politiet.

13.5.4.2 Tiltak mot utlendinger som begår kriminelle handlinger

Utvalget er av den oppfatning at det er de alminnelige materielle og prosessuelle strafferegler som må anvendes for å beskytte samfunnet mot problemer med kriminelle utlendinger. Man vil her særlig vise til at enkeltindivider kan utgjøre en betydelig risiko, men uten at dette har noen sammenheng med om de er norske statsborgere eller ei. Kriminalitetsbekjempelse er en del av politiets og påtalemyndighetens alminnelige oppgaver. Utvalget vil derfor ikke foreslå egne tiltak eller bestemmelser i utlendingsloven som spesielt retter seg mot kriminalitet blant utlendinger.

Utvalget har i brev av 29.04.2003 blitt bedt av departementet å vurdere en bestemmelse i utlendingsloven som gir større adgang til å ilegge enkelte utlendinger meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted. Dette er en del av oppfølgingen av rapporten om trusler og alvorlig kriminalitet, særlig familievold og annen grov vold, som ble utarbeidet våren 2002. Bestemmelsen var ment å omfatte utlendinger som er utvist på grunn av en alvorlig straffbar handling, herunder familievold eller annen alvorlig voldskriminalitet, men som ikke kan uttransporteres med mindre de reiser frivillig. Formålet med en slik bestemmelse var å gi en ekstra beskyttelse for fornærmede og må ses i sammenheng med andre eksisterende beskyttelsestiltak.

Utvalget har vurdert innføringen av en slik bestemmelse i utlendingsloven. Utlendingsloven inneholder i dag bestemmelser som gir adgang til å ilegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted for å sikre effektueringen av fattede vedtak, jf. utlendingsloven § 41 og ovenfor. Utvalget mener at i den utstrekning pålegget blir ilagt for å sikre effektueringen av utvisningsvedtaket, har man hjemmel til det i dagens utlendingslov og i de tilsvarende reglene i utvalgets lovforslag. Det uttalte formålet med forslaget har imidlertid vært at man vil beskytte den fornærmede i straffesaken. Da er formålet av kriminalitetsforebyggende art og bør derfor fremgå av straffeprosesslovens bestemmelser som blant annet inneholder regler om meldeplikt/bestemt oppholdssted. Kriminalitetsbekjempelse er, som nevnt over, politiets og påtalemyndighetens oppgave, og ikke noe som tilligger utlendingsmyndighetene. I tråd med det utvalget har sagt ovenfor om tiltak overfor andre utlendinger som bedriver kriminalitet, ønsker utvalget derfor ikke å innføre en ny bestemmelse om meldeplikt/bestemt oppholdssted i utlendingsloven.

13.6 Rettshjelp

13.6.1 Generelt om retten til fri rettshjelp

Utgangspunktet når det gjelder retten til å la seg representere i forvaltningssaker følger av forvaltningsloven § 12 som sier at en part har rett til å la seg bistå av advokat på alle trinn av saksbehandlingen. Utgiftene til dette må vedkommende selv betale, såfremt han ikke har krav på fri rettshjelp etter lov om fri rettshjelp 13. juni 1980 nr. 35. Rettshjelplovens alminnelige regler får anvendelse i utlendingssaker såfremt ikke særreglene i utlendingsloven § 42 får anvendelse.

Fremstillingen skiller mellom fritt rettsråd, som gjelder advokatbistand utenfor domstolsbehandling, og fri sakførsel, som gjelder advokatbistand ved domstolsbehandling.

Spørsmålet om krav på forsvarer i straffesaker på utlendingsfeltet behandles ikke i detalj her. Reglene om dette følger av straffeprosessloven kapittel 9. Vedkommende har rett til å la seg bistå

av forsvarer for egen regning på ethvert stadium av saken, jf. straffeprosessloven § 94. Med mindre utlendingen er fengslet eller saken skal pådømmes, har han ingen rett til forsvarer på det offentliges bekostning. I utlendingssaker vil imidlertid straffeprosessloven § 100 annet ledd, som gjør unntak fra hovedregelen når det foreligger særlige grunner, kunne få anvendelse. Manglende kjennskap til det norske språket og regelverket kan anses som "særlige grunner" etter bestemmelsen.

13.6.2 Fritt rettsråd

Reglene om rettshjelp i utlendingsloven § 42 utfyller som nevnt den alminnelige rettshjelpsloven. Tidligere var tilgangen til fritt rettsråd i utlendingssaker vid, men den har blitt snevret inn de senere årene, og vil bli ytterligere innsnevret med den endring av § 42 som er nevnt i kapittel 6.11.2.4.[55]

I sak om bortvisning, utvisning, tilbakekall av tillatelse og klage over avslag på søknad om asyl, gis rett til fritt rettsråd uten behovsprøving, jf. § 42 tredje ledd første punktum. Begrunnelsen er at dette er vedtak som er inngripende ved at de har direkte betydning for om vedkommende får oppholde seg i riket.

Man har imidlertid ikke rett til fritt rettsråd uten behovsprøving i sak om utvisning basert på domfellelse for en straffbar handling, eller i klagesak vedrørende statusspørsmålet i asylsak. Lovgiver har ikke funnet grunn til at retten til fritt rettsråd skal gjelde for dem som utvises på grunn av straffbare forhold. Dette betyr ikke at utlendingen ikke har anledning til advokatbistand, men dette må i utgangspunktet dekkes av egne midler. Det kan likevel dekkes av det offentlige hvis vedkommende fyller de alminnelige vilkårene for fritt rettsråd i lov om fri rettshjelp. I slike tilfeller vil det bli foretatt en behovsprøving. Utlendingsloven § 42 fjerde ledd gjør unntak fra dette igjen, ved at det er en viss adgang for det offentlige til å kreve utgiftene til fri rettshjelp refundert dersom utlendingen har økonomisk evne til det.

Det er politiet som skal gi veiledning om retten til fritt rettsråd. Dette skjer enten når utlendingen fremmer søknad om asyl, eller i forbindelse med forhåndsvarsel hvor dette er nødvendig, jf. utlendingsforskriften § 145.

Som nevnt har Stortinget vedtatt endringer i reglene om fritt rettsråd i asylsaker. Endringene går i korthet ut på at retten til fritt rettsråd i første instans bortfaller, og erstattes av en veiledningsordning som ivaretas av en frivillig organisasjon. Dette betyr at retten til fritt rettsråd i asylsaker bare vil gjelde for klage over avslag på søknad om asyl, med unntak for tilfeller hvor klagen gjelder at man ikke har fått status som flyktning, men opphold etter gjeldende lov § 8 annet ledd (såkalt statusklage). Man vil imidlertid ha rett til fritt rettsråd i første instans for saker som omfatter rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn, med andre ord i saker hvor det kan benyttes instruksjonsmyndighet, og i saker hvor myndighetene vurderer å ekskludere asylsøkeren fra flyktningstatus. Det overlates til forskrift å regulere dette nærmere.

13.6.3 Fri sakførsel

Retten skal i visse saker som kommer opp til domsbehandling avgjøre spørsmålet om det skal oppnevnes prosessfullmektig og ytes fri sakførsel. I utgangspunktet gjelder rettshjelpslovens regler også for rettsbehandling av saker etter utlendingsloven, men utlendingsloven § 42 har særskilte regler også i enkelte slike tilfeller. I sak om fengsling av utlending etter reglene i utlendingsloven § 37 sjette ledd annet punktum, eller utlendingsloven § 41 femte ledd, skal retten oppnevne prosessfullmektig. Det samme skal den gjøre hvis den skal prøve spørsmålet om meldeplikt og andre pålegg etter reglene i § 41 tredje og fjerde ledd, som gjelder i forbindelse med iverksetting av vedtak. Tilsvarende regel gjelder ikke for rettsbehandling av slike pålegg i medhold av utlendingsloven § 37 sjette ledd, som gjelder pålegg i identifiseringshensikt. Hvis oppnevning av prosessfullmektig i saker om pålegg i forbindelse med iverksetting av vedtak vil medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate slik oppnevning, skal dette ikke gjøres. I fengslingssaker er imidlertid oppnevning av prosessfullmektig absolutt. Har utlendingen allerede en advokat på det offentliges bekostning, skal denne som regel oppnevnes. I tilfelle av rettsoppnevning skal retten av eget tiltak, og uten behovsprøving, gi fri sakførsel. På samme måte som ved fri rettshjelp, kan det offentliges utgifter ved fri sakførsel kreves refundert fra utlendingen hvis utlendingen har økonomisk evne til det, jf. § 42 fjerde ledd.

13.6.4 Utvalgets vurderinger

Reglene om fritt rettsråd i utlendingsloven innebærer at det for utvisning på grunn av ilagt straff ikke gis rett til fritt rettsråd uten behovsprøving, mens dette er tilfelle i andre utvisningssaker og i saker om bortvisning og tilbakekall. De aller fleste utvisningsvedtak er begrunnet i ilagt straff,

55. Lov 2. juli 2004 nr. 67

og unntaket får derfor betydning i mange saker. Utvisning er et mer inngripende vedtak enn bortvisning, fordi det ofte berører personer med tilknytning til riket, og fordi det innebærer et forbud mot senere innreise. Det kan derfor fremstå som noe merkelig at man ved et mer inngripende vedtak som utvisning på grunn av ilagt straff, er innrømmet svakere rettssikkerhetsgarantier enn i en sak om bortvisning. Straffedømte som blir utvist vil kunne få fritt rettsråd, men det vil bero på en konkret vurdering etter de alminnelige reglene i lov om fri rettshjelp.

Utvalget mener det er rimelig at personer som blir utvist på grunn av ilagt straff, ikke skal ha krav på fritt rettsråd. Det samme gjelder for utlendinger som er utvist for brudd på utlendingsloven. Utvalget foreslår derfor at også disse skal vurderes etter reglene i rettshjelpsloven. Situasjonen er annerledes i saker hvor utvisning vedtas av hensyn til rikets sikkerhet, eller for mistanke om brudd på terrorbestemmelsene i straffeloven §§ 147a og 147b. Dette er saker av en særlig alvorlig karakter og står i en spesiell stilling, særlig karakterisert ved at det ikke nødvendigvis ligger en forutgående straffesaksbehandling til grunn for utvisningsvedtaket. Utvalget mener at det i disse sakene derfor er rimelig at det ytes fritt rettsråd uten behovsprøving. Dette vil også harmonisere godt med de nye reglene om fritt rettsråd i asylsaker.

Slik bestemmelsen om fritt rettsråd i utlendingsloven er i dag, er det imidlertid en skjevhet ved at det ytes rettshjelp ved de mindre inngripende vedtakene som bortvisning og tilbakekall av tillatelse, mens dette ikke gjøres for utvisningsvedtak begrunnet i ilagt straff. Det er ingen særlige grunner til at det i disse tilfellene skal være rett til fritt rettsråd, mens andre vedtak vurderes etter de alminnelige reglene i lov om fri rettshjelp. Utvalget foreslår derfor at retten til fritt rettsråd uten behovsprøving bortfaller for bortvisningssaker, og at spørsmålet om fritt rettsråd i disse sakene vurderes etter lov om fri rettshjelp, hvor det foretas en behovsprøving. Bortvisning av hensyn til rikets eller annet Schengenlands sikkerhet, vil imidlertid gi rett til fritt rettsråd uten behovsprøving. Dette harmoniserer med reglene for utvisning i liknende saker.

Utvalgets forslag til ny bestemmelse om rettshjelp er inntatt i lovutkastet § 103.

Utvalgets forslag om å fjerne reglene om rettslig avhør i utlendingsloven medfører at regelen i utlendingsloven § 42 tredje ledd siste punktum, om fri rettshjelp i forbindelse med bevisopptak for rettslig avhør etter utlendingsloven, bortfaller.

13.7 Registrering av opplysninger

13.7.1 Nasjonale utlendingsregistre

Utlendingsforvaltningen tok i 2003 i bruk et nytt datasystem, Datasystemet for utlendings- og flyktningsaker (DUF). DUF erstattet FREMKON (Fremmedkontrollregisteret), som hadde eksistert i lang tid og hadde klare begrensninger. Bruken av DUF reguleres av konsesjon gitt av Datatilsynet. Utlendingsdirektoratet er eier av systemet. Alle utlendinger som søker om en tillatelse til opphold i Norge, og som søknadsbehandles av utlendingsmyndighetene[56], registreres i datasystemet og får tildelt et 12-sifret identifikasjonsnummer. DUF gir adgang til å registrere en lang rekke opplysninger om den enkelte søker. Dette gjelder opplysninger som personalia, utdanning, tidligere arbeidsforhold, familierelasjoner, opplysninger om identitetsdokumenter mv. DUF er også et saksbehandlingssystem i den forstand at alle skritt i saksbehandlingen foretas i systemet og registreres elektronisk. Det erstatter imidlertid ikke sakspapirene som fremdeles lagres i en separat saksmappe for hver person. DUF gir gode muligheter til å kople opplysninger som er særlig nyttige i fremstillingen av statistikk.

Utlendingsloven § 37 femte ledd gir hjemmel for at fingeravtrykk som er tatt i medhold av utlendingsloven kan registreres i et fingeravtrykksregister. Dette gir adgang til registrering av fingeravtrykk tatt i identifiseringshensikt, ved søknad om asyl eller annen tillatelse etter loven, ved avslag på slik søknad eller ved bortvisning og utvisning, jf. utlendingsloven § 37 fjerde ledd. Nærmere regulering av dette er gitt i utlendingsforskriften §§ 129-132. I utlendingsforskriften § 129 er det blant annet redegjort for når det *skal* tas fingeravtrykk av utlendingen. Fingeravtrykkene er lagret i utlendingsregisteret som er en egen fil i Kriminalpolitisentralens (Kripos) alminnelige fingeravtrykksregister. Kripos er registeransvarlig, mens Justisdepartementet er registereier.

13.7.2 Internasjonale utlendingsregistre

I forbindelse med inntreden i Schengensamarbeidet ble det opprettet et SIS-register (Schengen Information System). Registeret er forutsatt i Schengenkonvensjonen del IV, og internrettslig hjemlet i egen lov av 16. juli 1999 nr. 66 (SIS-loven). SIS er et system av elektroniske dataregistre som er opprettet for at myndighetene i Schengenlan-

56. Søknad om visum som avgjøres av utenriksstasjonene er altså unntatt.

dene enkelt og effektivt skal kunne utveksle opplysninger om personer og gjenstander i henhold til Schengenkonvensjonen. Informasjonssystemet er todelt. Det består dels av en sentral base og teknisk støttefunksjon lokalisert i Strasbourg i Frankrike (C.SIS), dels av nasjonale registre som opprettes og drives av, og i, det enkelte land (N.SIS). Den nasjonale enheten som har ansvaret for systemet, kalles for SIRENE kontor. Betegnelsen er en forkortelse for Supplementary Information Request at the National Entries. Kripos er registeransvarlig for vår nasjonale del og utgjør således vårt SIRENE kontor. Det er SIRENEs ansvar å påse at driften av SIS på nasjonalt plan skjer i samsvar med Schengenkonvensjonens bestemmelser og den nasjonale lovgivning. Inkorporeringen av reglene i Schengenkonvensjonen vedrørende SIS er gjennomført i SIS-loven.

Formålet med SIS er å opprettholde den offentlige orden og sikkerhet, herunder også statens sikkerhet, jf. Schengenkonvensjonen artikkel 93. SIS er dessuten en grunnleggende forutsetning for å kunne utføre en felles kontroll av ytre Schengen grense. SIS-loven fastsetter hvilke opplysninger som kan registreres i SIS, hvilke formål de kan brukes til, hvilke myndigheter som kan få tilgang til opplysningene, og hvilke krav til personvern og datasikkerhet som må være oppfylt. Det er blant annet et krav om at de som skal ha tilgang til informasjonssystemet må være statsborgere av et Schengenland. Når det gjelder den nærmere regulering av opplysninger som kan registreres etc., vises det til SIS-loven med forarbeider.[57]

Et annet internasjonalt utlendingsregister er Eurodac. Dette er et elektronisk fingeravtrykksregister over utlendinger som er registrert i et EU- eller EØS-land. Registeret ble operativt 15. januar 2003 og gir mulighet til å sammenligne fingeravtrykk i henhold til Dublin II-forordningen. Formålet med registeret er å finne ut om en asylsøker tidligere har søkt asyl i et annet land som er tilknyttet Eurodac-registeret. Eurodac består av en sentral enhet opprettet i EU-Kommisjonen, som driver en sentral elektronisk database for fingeravtrykksopplysninger. Sentralenheten har ansvaret for den elektroniske dataoverføringen mellom medlemsstatene og den sentrale databasen. Kripos har registeransvaret for Eurodac. Eurodac-forordningen, som regulerer samarbeidet, slår fast at hver medlemsstat skal ta fingeravtrykk av alle asylsøkere som har fylt 14 år, og utlendinger som har fylt 14 år og som blir anholdt i forbindelse med ulovlig grensepassering/innreise fra en tredjestat. Fingeravtrykk, og visse ledsagende opplysninger, skal lagres i den sentrale databasen. Opplysningene oppbevares i den sentrale databasen i inntil 10 år og slettes ved periodens utløp, eller når personen innvilges statsborgerskap i en medlemsstat. Det er redegjort for innføringen av Eurodac i Ot.prp. nr. 96 (2000-2001).

I forbindelse med Schengensamarbeidet har det også blitt besluttet å opprette et sentralt visumregister, bygget over samme lest som SIS. Dette er nå i planleggingsfasen. Det er syv generelle mål med en slik database:

- Forenkle og styrke kampen mot misbruk av visumordningen ved å forbedre utvekslingen av informasjon vedrørende visumsøknader mellom medlemslandene,
- forbedre det konsulære samarbeid blant annet ved økt utveksling av opplysninger,
- forbedre og forenkle kontrollen av både transportør og visumholder,
- forhindre visum-shopping,
- forenkle anvendelsen av Dublinforordningen,
- assistere i forbindelse med identifisering og retur av borgere til deres hjemland,
- bistå med å forbedre administrasjonen av den felles visumpolitikken, til å sikre den interne sikkerheten, og til å bekjempe terrorisme.

13.7.3 Lovhjemmel for registrering av personopplysninger

Utlendingsdirektoratet har kommet med et innspill til utvalget vedrørende en generell lovhjemmel for registrering av personopplysninger. De behandler slike opplysninger i stor utstrekning, og har i dag konsesjon til dette fra Datatilsynet, blant annet for DUF. Personopplysningsloven § 8 sier at personopplysninger kan behandles dersom den registrerte har samtykket, eller det er fastsatt i lov at slik behandling kan foretas. Loven § 8 bokstav e gir hjemmel til slik behandling hvis det er nødvendig for å utøve offentlig myndighet. Bestemmelsen dekker imidlertid ikke behandling av sensitive opplysninger, noe utlendingsforvaltningen i stor utstrekning gjør. For sensitive opplysninger er det i henhold til personopplysningsloven § 9 et vilkår at det enten foreligger samtykke, eller behandlingen er hjemlet i lov.

Utvalget anser det hensiktsmessig å gi utlendingsforvaltningen en lovhjemmel til å behandle opplysninger, herunder sensitive opplysninger, som de innhenter i forbindelse med behandling av sak etter loven, jf. lovutkastet § 99.

57. Ot.prp. nr. 56 (1998-99) om lov om Schengen informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover som følge av Schengensamarbeidet.

13.8 Saksbehandlingen i Utlendingsnemnda

13.8.1 Behandlingsformer i Utlendingsnemnda

Behandlingen av klagen i Utlendingsnemnda kan foretas på tre ulike måter. Etter loven § 38b tredje ledd er det nemnda selv som bestemmer behandlingsformen. Hvem som har kompetanse til å bestemme behandlingsformen er presisert i utlendingsforskriften § 138 til *nemndleder* "[n]år dette ikke fremgår av generelle retningslinjer". Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for beslutninger om behandlingsform, jf. utlendingsloven § 38b femte ledd.

Den formelle hovedregel er at klagen skal avgjøres i nemndmøte. Et nemndmøte er et utvalg på tre personer der én er fast nemndleder ansatt i Utlendingsnemnda, jf. utlendingsloven § 38a annet ledd. Det er videre to nemndmedlemmer oppnevnt etter utlendingsloven § 38a tredje ledd. I behandlingen av den enkelte sak er ett nemndmedlem trukket ut blant dem som er oppnevnt etter forslag fra Kommunal- og regionaldepartementet, Utenriksdepartementet og Norges Juristforbund, og det andre nemndmedlemmet er trukket ut blant dem som er foreslått av humanitære organisasjoner. Det skal som hovedregel være ett medlem av hvert kjønn, jf. utlendingsforskriften § 139 første ledd. Saker i nemndmøte avgjøres ved flertallsvedtak, jf utlendingsloven § 38b tredje ledd. I saker som behandles i nemndmøte kan klager gis adgang til å møte personlig og avgi uttalelse, jf. utlendingsloven § 38b fjerde ledd. I asylsaker som skal behandles i nemndmøte skal slik adgang som hovedregel gis. Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for beslutninger om personlig fremmøte, jf. utlendingsloven § 38a femte ledd.

Saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål kan avgjøres av nemndleder alene, jf. utlendingsloven § 38b annet ledd. Tre kategorier av saker er nevnt særskilt:

- Klager der vilkårene for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart må anses å foreligge
- Klager som må anses åpenbart grunnløse
- Anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda når det ikke er grunn til å tro at nemnda vil endre vedtaket

I utlendingsforskriften § 140 annet og tredje ledd er det gitt en ytterligere (ikke uttømmende) presisering av hvilke saker som kan avgjøres av en nemndleder alene.

Den tredje behandlingsformen er avgjørelse av sekretariatet. Det følger av utlendingsloven § 38b annet ledd at avgjørelseskompetanse kan delegeres til sekretariatet i saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål. Slik avgjørelseskompetanse er delegert gjennom interne retningslinjer fra direktøren. Det er forutsatt at avgjørelseskompetanse kun skal delegeres i mer kurante saker. I rhKnoffs evaluering av Utlendingsnemnda[58] er blant annet følgende kommentert:

> "Ut fra lovens system må det legges til grunn at terskelen for å tillegge sekretariatet å treffe vedtak, må være ikke uvesentlig høyere enn for avgjørelse ved nemndleder. En rimelig forståelse av lovens system er at sekretariatet bare skal kunne treffe avgjørelse i saker hvor det ikke er noe rimelig rom for tvil, verken med hensyn til bedømmelsen av faktum eller når det gjelder rettsanvendelse og forvaltningsskjønn." [59]

Det fremgår av interne retningslinjer at sekretariatets myndighet til å avgjøre klagesaker kun gjelder der det er åpenbart at direktoratets vedtak bør opprettholdes, eller tilsvarende åpenbart at vedtaket må omgjøres. Asylsaker som kan behandles av sekretariatet er kun asylsaker fremsatt fra utlandet, asylsaker der det ikke er gitt utsatt iverksettelse, herunder første asyllandsaker og "Dublinsaker". Sekretariatet har også kompetanse, etter nærmere kriterier, til å behandle anmodninger om omgjøring av tidligere vedtak fattet av Utlendingsnemnda.

I 2003 ble ca 57 prosent av sakene avgjort i sekretariatet, nemndleder alene avgjorde ca 37 prosent, mens ca 5 prosent ble avgjort i nemndmøte.

Anmodning om omgjøring av tidligere fattede vedtak i Utlendingsnemnda utgjør en ikke ubetydelig del av nemndas saksportefølje. I 2003 behandlet Utlendingsnemnda noe over 2 200 slike anmodninger. Et stort antall av disse knytter seg til asylsaker. Nye opplysninger i saken har ofte sammenheng med asylsøkerens, eller medfølgende barns, helsesituasjon.[60] Etter utlendingsloven § 38b annet ledd kan nemnda i behandlingen av anmodning om omgjøring av tidligere vedtak beslutte at det ikke skal tas hensyn til opplysnin-

58. RhKnoff i samarbeid med Agenda Utredning & Utvikling og dr. juris Jan Fridthjof Bernt: Evaluering av Utlendingsnemnda. Hovedrapport mars 2003 til Kommunal- og regionaldepartementet
59. Rapporten s. 110
60. Jf. Utlendingsnemndas årbok 2001/2002 s. 12-18.

ger, dokumenter eller andre bevismidler som kunne ha vært gitt eller framlagt under den tidligere behandlingen av saken. I henhold til Utlendingsnemnda har regelen aldri vært benyttet. Kravene til behandlingsform i nemnda av omgjøringsanmodninger er de samme som for ordinære klagesaker, og utgjør i praksis om lag samme fordeling på nemndmøte, nemndleder alene eller avgjørelse i sekretariatet, som for klagesakene.

13.8.2 Evaluering av Utlendingsnemnda

I perioden oktober 2001 til mars 2003 ble Utlendingsnemnda, på oppdrag fra Kommunal- og regionaldepartementet, evaluert av konsulentfirmaet rhKnoff i samarbeid med Agenda Utredning & Utvikling og professor dr. juris Jan Fridthjof Bernt.[61] Rapporten inneholder en rekke forslag til organisatoriske, praksismessige og regelverksmessige endringer. Noen av disse er:

- avgjørelser bør alltid treffes av nemndleder eller i nemndmøte
- klager og advokat må få innsyn i interne bakgrunnsnotater om landsituasjonen og annet dokumentasjons- og faktamateriale sekretariatet bygger sine anbefalinger eller merknader på
- det bør opprettes en felles og uavhengig landrådgiverenhet utenfor Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda
- det bør etableres en ordning der presedenssaker behandles av en stornemnd som erstatter koordineringsutvalget
- nemndlederne bør være fast ansatt i Utlendingsnemnda, ikke på åremål

13.8.3 Utvalgets vurderinger

Kommunal- og regionaldepartementet har i St.meld. nr. 21 (2003-2004) Styringsforhold på utlendingsfeltet foreslått endringer om arbeidet i Utlendingsnemnda som oppfølging av evalueringsrapporten. Departementet arbeider også med en odelstingsproposisjon om styringsforholdene. På denne bakgrunn vil utvalget ikke foreslå endringer vedrørende saksbehandlingen i nemnda, men velger å vise til arbeidet som foregår i departementet som ledd i oppfølgingen av evalueringsrapporten.

Utvalgets lovutkast viderefører gjeldende regler, jf. lovutkastet §§ 87 og 88.

61. Evaluering av Utlendingsnemnda. Hovedrapport mars 2003 til Kommunal- og regionaldepartementet

13.9 Gebyr for behandling av søknader

Stortinget vedtok 27. februar 2003 å endre utlendingsloven § 59 ved å tilføye et nytt annet punktum om at Kongen ved forskrift kan gi regler om at det skal tas gebyr for behandling av søknader etter utlendingsloven, med unntak av søknad om asyl. Begrunnelsen for endringen var et ønske om raskere saksbehandling ved å redusere omfanget av ufullstendige søknader, og søknader som under ingen omstendigheter ville blitt innvilget. I utlendingsforskriften er det nå føyd til en ny § 197a som i første ledd fastslår at det skal betales et gebyr på kr. 600,- for behandling av søknad om oppholdstillatelse, arbeidstillatelse eller bosettingstillatelse, eller fornyelse av slik tillatelse. Dette skal betales senest samtidig med innlevering av søknaden. Det vil være opp til de instanser som skal innkreve gebyret, dvs. politidistriktene og utenriksstasjonene, å fastsette nærmere hvordan, og på hvilket tidspunkt, innbetaling skal skje. Ved gruppearbeidstillatelse skal det betales et gebyr på kr. 600,- per arbeidstaker, jf. utlendingsforskriften § 197a første ledd annet punktum.

Det finnes imidlertid unntak fra gebyrplikten. Det skal som nevnt ikke betales gebyr ved søknad om asyl, jf. utlendingsforskriften § 197a tredje ledd. Bestemmelsens annet ledd inneholder også unntak fra plikten til å betale gebyr. For det første skal det ikke betales gebyr ved søknad som gjelder barn under 18 år, jf. bokstav a. Videre skal det ikke betales gebyr ved søknad fra utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, når vedkommende søker om oppholdstillatelse etter utlendingsforskriften §§ 174-189a, jf. bokstav b. Det samme gjelder ved søknad om fornyelse av slik tillatelse. For det tredje skal det heller ikke betales gebyr ved søknad om fornyelse av tillatelse til utlending som er innvilget asyl, eller som er vernet mot utsendelse etter lovens § 15 første ledd, jf. bokstav c.

Det gjelder for øvrig ingen gebyrplikt i forbindelse med klagebehandling.

Når det gjelder behandlingsgebyr for visum, følger det av rådsbeslutning av 20. desember 2001[62] at det skal avkreves et behandlingsgebyr ved innlevering av søknad om visum. Beslutningen utgjør en videreutvikling av Schengen-regelverket, og Norge er derfor forpliktet til å gjennomføre den i sitt nasjonale regelverk. Den nødvendige endringen ble gjennomført i utlendingsforskriften 1. juli 2004.

Utvalget går ikke inn for å endre gjeldende regler, og foreslår derfor å videreføre bestemmel-

62. Official Journal CE L 20 fra 23.01.2002

sene som gir adgang til å kreve gebyr for behandling av søknader om enkelte typer tillatelser, jf. lovutkastet § 100.

13.10 Reisebevis for flyktning og utlendingspass

13.10.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 19 og utlendingsforskriften §§ 65 til 77 har regler om reisebevis for flyktning og utlendingspass.

Etter hovedregelen i loven § 19 første ledd første punktum skal flyktning som har eller gis lovlig opphold i riket gis reisebevis for flyktning etter søknad med mindre særlige grunner taler mot det. Etter annet ledd skal utlending som har eller gis tillatelse på grunnlag av søknad om asyl, men uten å ha fått innvilget asyl, gis utlendingspass dersom forholdet til hjemlandets myndigheter tilsier det. En person som er innvilget opphold på humanitært grunnlag fordi vedkommende risikerer å bli forfulgt av hjemlandets myndigheter av flyktningliknende grunner, jf. loven § 15 første ledd og forskriften § 21 første ledd, vil derfor ha krav på utlendingspass. En som har fått opphold av rent humanitære grunner i medhold av loven § 8 annet ledd, jf. forskriften § 21 annet ledd - for eksempel livstruende sykdom - vil i utgangspunktet ikke ha krav på utlendingspass. Sistnevnte kan likevel gis utlendingspass dersom det ikke er mulig å få pass eller annet reisedokument verken fra hjemlandet eller et annet land, for eksempel fordi hjemlandets sentralmakt er gått i oppløsning, jf. forskriften § 69 annet ledd første punktum. Forskriften § 69 annet ledd annet punktum har også en sikkerhetsventil hvoretter utlendingspass kan gis dersom særlige grunner tilsier det. Man kan for eksempel tenke seg at et land trenerer søknader om hjemlandspass fra personer som tilhører en bestemt etnisk gruppe, slik at det tar uforholdsmessig lang tid å få svar på søknaden selv om alle formaliteter er i orden.

Reglene i forskriften § 69 annet ledd er "kanbestemmelser", dvs. at utlendingspass ikke er noe man har krav på selv om vilkårene er oppfylt. Det vil derfor bero på en konkret, skjønnsmessig vurdering om utlendingspass bør utstedes i medhold av § 69 annet ledd.

Reisebevis og utlendingspass kan nektes utstedt blant annet når det knytter seg tvil til utlendingens identitet, jf. utlendingsforskriften § 65 annet ledd bokstav e, jf. § 69 tredje ledd. Denne regelen er ikke upraktisk. Reisebevis og utlendingspass kan også nektes utstedt, og inndras, i en rekke andre tilfeller. Inndragning *skal* finne sted blant annet når innehaveren anskaffer hjemlandets reisedokument, jf. forskriften § 68 første ledd bokstav c, jf. § 72. Inndragning *kan* finne sted blant annet når dokumentets utseende eller innhold på uhjemlet måte er endret, eller når det finnes i uvedkommendes besittelse, jf. forskriften § 68 annet ledd bokstav b og e, jf. § 72.

13.10.2 Utvalgets vurderinger

Etter flyktningkonvensjonen artikkel 28 er Norge forpliktet til å utstede reisedokumenter til flyktninger. Det er også rimelig at andre utlendinger som ikke kan (eller ikke kan forventes å) skaffe seg hjemlandets reisedokument får en mulighet til å reise lovlig utenfor Norge. Dette tilsier at reglene om reisebevis for flyktninger og utlendingspass bør videreføres i en ny lov. På den annen side er det alminnelig kjent at reisedokumenter misbrukes, særlig for å smugle asylsøkere inn i Europa.

Etter en avveining av kryssende hensyn foreslår utvalget at reglene om reisebevis for flyktning og utlendingspass videreføres i en ny lov. Dette innebærer samtidig at reglene om når reisebevis/utlendingspass kan nektes utstedt og inndras blir videreført. Utvalget ser dette som viktig. Særlig av preventive grunner bør det ikke være kurant å gi reisedokument til personer utlendingsmyndighetene ikke kjenner identiteten til, typisk tidligere asylsøkere som har operert med flere identiteter og/eller som har unnlatt å dokumentere sin identitet uten å gi en fyllestgjørende forklaring på forholdet. Preventive hensyn tilsier også at myndighetene bør slå ned på tilfeller av misbruk.

Utvalgets forslag om et nytt flyktningbegrep vil innebære at noen flere personer vil ha krav på reisebevis for flyktning. Det totale antall reisedokumenter som må utstedes til utlendinger vil imidlertid ikke øke. De personer som vil ha krav på reisebevis etter lovutkastet vil stort sett være sammenfallende med den kategori som har krav på utlendingspass etter gjeldende lov § 19 annet ledd første punktum.

Kapittel 14
Bestemmelser om straff og lovens virkeområde

14.1 Straffebestemmelser i utlendingsloven

14.1.1 Innledning

I tillegg til forvaltningsmessige reaksjoner som bortvisning og utvisning, har også utlendingsloven bestemmelser om straff for brudd på lovens regler. Det er ikke bare utlendinger som kan straffes etter utlendingslovens straffebud, men også norske borgere. Innholdet i utlendingslovens straffebestemmelser skal beskrives nærmere i kapittel 14.1.2.

I kapittel 14.1.3.1 vil utvalget drøfte forholdet mellom forvaltningsmessige og strafferettslige reaksjoner på utlendingsfeltet, mens forslag til straffebestemmelser i en ny lov vil bli drøftet i kapittel 14.1.3.2.

14.1.2 Straffebestemmelser i gjeldende utlendingslov

Utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a omhandler brudd på utlendingsloven, utlendingsforskriften eller brudd på påbud eller vilkår gitt i medhold av loven.

Skyldkravet er forsettlig eller uaktsom overtredelse. Strafferammen er bøter eller fengsel inntil seks måneder.

Transportørselskaper som har utvist uaktsomhet i forhold til plikten til å sjekke reisedokument og visum etter utlendingsforskriften § 93, kan ilegges straffansvar etter utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a. Etter utlendingsforskriften § 93 plikter transportøren å kontrollere at de reisende har gyldig reisedokument og visum. Kontrollen kan i enkelte tilfeller ha vært dårlig og medført at personer som ikke oppfyller innreisevilkårene likevel blir transportert til Norge. Bøter blir ilagt med hjemmel i utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a, jf. utlendingsforskriften § 93. Bøtenes størrelse er som hovedregel minimum kr. 20.000 per overtredelse.[1]

Utlendingsloven § 47 første ledd bokstav b gjør det straffbart å gi uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, ikke bare i egen sak, men også i andre saker etter loven. Det betyr at en herboende referanseperson kan straffes for falske opplysninger vedkommende gir for eksempel i en sak om familieinnvandring.

Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet. Formålet med bestemmelsen er å ramme de grovere forhold og la den simple uaktsomhet gå fri.[2] Opplysningene må være *vesentlig* uriktige eller *åpenbart* villedende for å kunne danne grunnlag for straff.

Spørsmålet om straff for å gi falske opplysninger til norske myndigheter i utlandet, ble behandlet av Høyesterett i dom inntatt i Rt. 2003 s. 197. Kort fortalt dreide saken seg blant annet om hvorvidt det er straffbart å skaffe utlendinger visum ved å gi bevisst uriktige opplysninger i visumsøknader fremmet ved norsk utenriksstasjon, jf. utlendingsloven § 47 første ledd bokstav b og straffeloven § 166 (forbudet mot falsk forklaring).[3] Høyesterett la til grunn at dette ikke er straffbart. Retten uttalte blant annet:

> "Domfellelsen for straffeloven § 166 og utlendingsloven § 47 første ledd bokstav b knytter seg til de uriktige opplysninger som ble gitt til det norske generalkonsulatet i Sofia, Bulgaria, og som dannet grunnlaget for de gruppevisa som ble utstedt. Det er reist spørsmål i saken om disse forhold kan rammes av norsk straffelovgivning, jf. straffeloven § 12 [merknad: om straffelovens virkeområde]. Aktor har erklært seg enig med forsvareren i at forholdet ikke omfattes, og begge har påstått domfellelsen på disse punkter opphevet og avvist fra domstolene. Jeg viser til at handlingene ikke omfattes av oppregningen i straffeloven § 12 første ledd nr. 4. Handlingenes straffbarhet må sies å være inntrådt allerede ved presentasjonen av de falske opplysningene overfor norske myndigheter [merknad: i søknadene om visum], og kan derfor heller ikke gå inn under annet ledd." [4]

1. Minimumsbeløpet etter direktiv 2001/51 artikkel 4 nr. 1 bokstav b er 3000 euro. Det er kursen pr. 10. august 2001 som skal legges til grunn.
2. NOU 1983:47 s. 371 annen spalte
3. Bestemmelsene kan ikke anvendes i konkurrens, jf. Rt. 2003 s. 179 punkt 13.

Utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav a rammer benyttelse av arbeidskraft når utlendingen ikke har nødvendig tillatelse etter loven. Med uttrykket "nødvendig" rammes tilfeller hvor utlendingen 1) ikke har tillatelse i det hele tatt, 2) hvor han har deltidsarbeidstillatelse når vanlig arbeidstillatelse er nødvendig, eller 3) hvor arbeidstillatelsen er knyttet til et annet arbeidssted.[5] Det er uten betydning hvorvidt det er arbeidsgiveren eller arbeidstakeren som tar initiativet til arbeidsforholdet, men det kan ha betydning ved straffutmålingen.

Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet. Simpel uaktsom bruk av slik arbeidskraft vil imidlertid kunne rammes av utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a.

Utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav a har sitt klare anvendelsesområde overfor arbeidsgivere som systematisk anvender billig utenlandsk arbeidskraft uten nødvendig tillatelse, noe man har sett eksempler på i restaurantbransjen og byggebransjen. Utlendingens eget forhold vil måtte bedømmes etter utlendingsloven § 47 første ledd.

Formålet med utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav b er å ramme aktivitet som skjer som ledd i en organisert virksomhet med økonomisk formål. Ifølge bestemmelsen straffes den som "forsettlig eller grovt uaktsomt formidler arbeid eller bolig for utlending, eller utferdiger eller formidler erklæringer, tilsagn eller dokumenter til bruk for sak etter loven, når forholdet innebærer en utilbørlig utnyttelse av utlendingens situasjon". Vennetjenester rammes ikke av bestemmelsen. Det er et krav at handlingen innebærer "en utilbørlig utnyttelse av utlendingens situasjon". Dette betyr at når det forlangte vederlagets størrelse innebærer misbruk, er det ulovlig. Vederlaget behøver ikke bestå i betaling av penger.[6] Vederlagets karakter kan også innebære utilbørlig utnytting. Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet.

Utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav c straffer den som "forsettlig ved falske forespeilinger eller lignende utilbørlig adferd forleder utlending til å reise inn i riket med sikte på å bosette seg her". Bestemmelsen rammer med andre ord ikke den som forleder noen til å reise til Norge på besøk. Det er imidlertid heller ingen betingelse at utlendingen tar sikte på å innvandre i betydningen å bli her for godt. Bestemmelsen rammer personer som forsettlig forleder noen til å komme til riket for eksempel lovnader om for eksempel giftermål eller arbeid. Skyldkravet er forsett, da uaktsomhet er ansett lite praktisk.

Utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav d ble tilføyd av Justiskomiteen under arbeidet med revidering av loven.[7] Bestemmelsen gjør det straffbart å overlate "til en annen pass, reisebevis for flyktning, annet reisedokument eller liknende dokument som kan bli brukt som reisedokument, når vedkommende vet eller bør forstå at det kan bli brukt av utlending til å reise inn i riket eller til annen stat". I forarbeidene var det vist til at et slikt forhold kunne straffes etter straffeloven § 372, som gjelder overgivelse av eget legitimasjonspapir til en annen når han vet eller burde vite at det vil bli brukt uberettiget, med en strafferamme på inntil tre måneder. Komiteens flertall mente imidlertid at misbruket av slike dokument var omfattende og økende, og ønsket derfor en egen straffebestemmelse utlendingsloven. Samtidig ble strafferammen øket til to år. Komiteen ga imidlertid uttrykk for at det er forskjell på å låne ut sitt reisedokument og å selge det til høyest mulig pris, og forutsatte at individuelle forhold vil bli tatt i betraktning ved avgjørelsen av påtalespørsmålet og ved en eventuell straffeutmåling.[8]

Bakgrunnen for utlendingsloven § 47 tredje ledd er Norges tilslutning til Schengen-samarbeidet. Etter tredje ledd bokstav a er det straffbart i vinnings hensikt å hjelpe utlending til ulovlig opphold i riket eller i annet land som deltar i Schengensamarbeidet, mens bokstav b gjelder hjelp til ulovlig innreise i slikt land. Schengenkonvensjonen artikkel 27 nr. 1 slår fast at konvensjonspartene er forpliktet til å innføre egnede sanksjoner overfor enhver som i vinnings hensikt hjelper eller forsøker å hjelpe en utlending til innreise i, eller ta opphold på, en konvensjonsparts territorium i strid med denne parts lovgivning om innreise og opphold for utlendinger. Justisdepartementet mente at artikkelen favner noe videre enn norsk lov, og foreslo derfor at § 47 ble justert.[9] Utlendingsloven omfattet heller ikke andre Schengenland, jf. utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a. Når det gjelder kravet til "vinnings hensikt" i artikkel 27, ble det ikke ansett nødvendig med en lovendring da det ville omfattes av den gjeldende loven siden den ikke stilte opp noen slik begrensning. Men ut fra hensynet til at straffebestemmelsen ikke burde

4. Bestemmelsen i annet ledd lyder: "I tilfelle, hvor en handlings straffbarhet avhenger eller påvirkes av en inntrådt eller tilsiktet virkning, betraktes handlingen som foretatt også der hvor virkningen er inntrådt eller tilsiktet framkaldt."
5. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 251
6. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 251
7. Innst. O. nr. 24 (1996-97)
8. Innstillingen kapittel 3.7
9. Ot.prp. nr. 56 (1998-99) s. 41

favne videre enn det som kreves etter Schengenkonvensjonen, fant departementet det hensiktsmessig å stille opp en slik begrensning. Har man ikke vinnings hensikt, kan man rammes av de andre straffebudene i utlendingsloven § 47, avhengig av de konkrete forholdene. Schengenkonvensjonen setter ingen krav til strafferamme, og Justiskomiteen satte strafferammen til tre år.[10] Den generelle straffskjerpelsesregelen i straffeloven § 60a, omtalt nedenfor, medfører imidlertid at strafferammen etter utlendingsloven § 47 tredje ledd nå er seks år i tilfeller hvor lovbruddet er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe.

På bakgrunn av EU-direktiv 2002/90/EF og Rådets rammebeslutning 2002/946/RIA har departementet sendt på høring et forslag om å endre utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav b.[11] Direktivet innebærer at det ikke lenger skal stilles krav om vinnings hensikt ved hjelp til ulovlig innreise, og medfører en endring av Schengenkonvensjonen artikkel 27. Departementet anser at direktivet er en videreutvikling av Schengenregelverket, slik at Norge er forpliktet til å gjennomføre endringen.

Utlendingsloven § 47 fjerde ledd omhandler den som i vinnings hensikt driver organisert ulovlig virksomhet med sikte på å hjelpe utlendinger inn i Norge eller annen stat. Etter en endring av ordlyden i 2003 lyder bestemmelsen: "Med bøter eller med fengsel inntil seks år straffes den som i vinnings hensikt driver organisert ulovlig virksomhet med sikte på å hjelpe utlendinger til å reise inn i riket eller til annen stat." Den nye ordlyden klargjør at det er den organiserte virksomheten som må være ulovlig. Med den tidligere ordlyden kunne man få inntrykk av at det ble stilt krav om at selve innreisen måtte være ulovlig.[12] Ved lovendring 4. juli 2003 nr. 78 ble strafferammen i § 47 fjerde ledd endret fra fem til seks år.[13] Straffskjerpelsen var en tilpasning til vedtakelsen av straffeloven § 60a. Sistnevnte bestemmelse innebærer at maksimumsstraffen i det enkelte straffebud - både i straffeloven og i spesiallovgivningen - forhøyes med det dobbelte i tilfeller hvor lovbruddet er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, men likevel ikke med mer enn fem års fengsel. Straffeloven § 60a vil imidlertid ikke kunne anvendes ved siden av utlendingsloven § 47 fjerde ledd, da sistnevnte allerede stiller krav om at virksomheten må være organisert. Strafferammen ville således forbli fem år, hvilket ville bety at strafferammen etter utlendingsloven § 47 tredje ledd ville bli høyere enn etter fjerde ledd hvis virksomheten var organisert. Dette ble ansett uheldig, og man valgte derfor å heve strafferammen i fjerde ledd.

Strafferammen på seks år i utlendingsloven § 47 fjerde ledd medfører at også personer med bosettingstillatelse kan utvises hvis de blir straffet for menneskesmugling, jf. utlendingsloven § 30 annet ledd bokstav b (som krever at strafferammen må være minst tre år). Skyldkravet er imidlertid vinnings hensikt. Dette betyr blant annet at den som på ideelt grunnlag hjelper andre til å reise inn i riket, ikke vil rammes.[14] Det antas at mange av dem som søker asyl i andre land i stor utstrekning har fått assistanse av personer som driver virksomheten i organiserte former. Kripos anslår blant annet at ca. 80 % av dem som søker asyl har fått assistanse av menneskesmuglere i en eller annen form.[15]

Som følge av rammebeslutning 2002/946/RIA nevnt over, foreslår departementet å gjøre dagens § 47 fjerde ledd til fjerde ledd bokstav a, og innføre en ny bokstav b som rammer hjelp til ulovlig innreise i Schengenområdet når handlingen medfører at utlendingen blir utsatt for livsfare.[16] Dette tilsvarer rammebeslutningen artikkel 1 nr. 3, som krever at strafferammen skal være minst åtte år. Etter rammebeslutningen artikkel 1 nr. 4 kan strafferammen være seks år hvis dette har bedre sammenheng med det øvrige lovverket. Departementet anser at seks år er passende hensett til det øvrige lovverket, og har derfor foreslått å innta regelen i utlendingsloven § 47 fjerde ledd (som har en strafferamme på 6 år).

FN-konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet har en egen protokoll mot smugling av mennesker over land, sjøveien og luftveien. Norge har ratifisert både konvensjonen og protokollen. Det er redegjort for dokumentenes innhold i St.prp. nr. 58 (2002-2003).[17] Det har ikke vært ansett nødvendig å foreta endringer i utlen-

10. Innst.O.nr.89 (1998-99)
11. Høringsnotat 09.12.2003 om forslag til endringer i utlendingsloven
12. Ot.prp. nr. 62 (2002-03) punkt 13.4 med henvisning til Rt. 2003 s. 179.
13. Se Ot. prp. nr. 62 (2002-2003) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.) punkt 5 og 13.4
14. Innst. O. nr.24 (1996-97)
15. Dette bygger dels på hva asylsøkerne selv sier i avhør, og dels på etterretningsinformasjon fra Kripos' utenlandske samarbeidspartnere. Anslagene ligger på samme nivå som resten av landene i Europa opererer med.
16. Høringsnotat 09.12.2003 om forslag til endringer i utlendingsloven

dingsloven verken som følge av konvensjonen eller protokollen.

14.1.3 Utvalgets vurderinger

14.1.3.1 Forholdet mellom straffereaksjoner og forvaltningsmessige reaksjoner i utlendingsretten

Siden utlendingslovgivningen inneholder både forvaltningsmessige og strafferettslige reaksjonsformer, vil det kunne oppstå spørsmål om når man skal benytte forvaltningsmessige eller strafferettslige reaksjoner. I henhold til riksadvokatens generelle retningslinjer skal straffesaker prioriteres ut fra skadevirkningen for enkeltmennesker og samfunnet. Hvorvidt kriminaliteten er utøvet av nordmenn eller utlendinger vil ofte være uten betydning. I brev av 04.03.1996 fra Riksadvokaten til Kriminalpolitisentralen, har Riksadvokaten uttalt seg generelt om prioriteringen av straffbare forhold som avdekkes i utlendingssaker mv. Blant annet kommenteres følgende om straffbare forhold i tilknytning til den forvaltningsmessige behandlingen av straffesaker (bruk av falske reisedokumenter mv.):

> "Det er riksadvokatens oppfatning at disse forholdene som hovedregel bør få sin løsning i forbindelse med den forvaltningsmessige behandlingen av sakene. Dersom slike straffbare forhold er begått av en person som ikke bør gis opphold i Norge, bør utvisning og/eller tilbakekall av gitt tillatelse vurderes av forvaltningen. [ ] Skal personen uansett måtte forlate landet, vil det normalt ikke være påkrevd å iverksette etterforskning.
>
> Det må imidlertid være opp til den enkelte politimester/statsadvokat å vurdere sin innsats på dette feltet i forhold til de andre saksområdene som ikke er undergitt spesiell prioritering fra riksadvokatens side. Dette gjør at innsatsen vil kunne variere noe fra distrikt til distrikt, alt etter [hvor stort] omfanget av kriminalitet i forbindelse med utlendingssaker er, ressurssituasjonen i distriktet og problemene med andre kriminalitetstyper.
>
> Det kan eksempelvis være grunn til å forfølge slike forhold hvor de er særlig grove, hvor det foreligger mange eller gjentatte overtredelser, eller hvor det er viktig å hindre at overtrederen foretar annen kriminell virksomhet i Norge. Det forutsettes at politiet på vanlig vis utøver et konkret skjønn i vurderingen av når etterforskning skal iverksettes.
>
> Det er også grunn til å merke seg at selv om den enkelte overtredelse isolert sett ikke fremtrer som spesielt alvorlig, kan det være grunn til å forfølge den ut fra en vurdering av de samlede skadevirkninger av slike overtredelser."

I brev av 28.07.2000 til Justisdepartementet har Riksadvokaten fastholdt de generelle betraktninger som blant annet kom til uttrykk i ovennevnte brev. Det er videre gitt særskilte kommentarer til prioriteringen av saker som gjelder menneskesmugling, bruk av uriktig identitet, ulovlig arbeid og kriminalitet begått av personer under opphold i asylmottak. Følgende uttales i brevet av 28.07.2000 vedrørende saker om menneskesmugling:

> "Saker om menneskesmugling er ikke ensartet. De spenner fra tilfeller hvor en enkeltperson ved en enkelt anledning mot betaling bistår personer med å komme ulovlig inn i Norge, til tilfeller hvor en større organisasjon jevnlig bringer et større antall personer ulovlig til Norge eller andre europeiske land og hvor betydelige pengesummer er involvert. Saker av sistnevnte karakter må i forhold til riksadvokatens prioriteringsrundskriv anses som alvorlig økonomisk kriminalitet, og de omfattes derfor av den sentrale og riksdekkende prioritering [ ]. I dette ligger at sakene alltid skal etterforskes og at de ved knapphet på ressurser skal gis forrang. Det stilles i prioriterte saker også strengere krav til måloppnåelse. Sakene skal oppklares så langt råd er, og unødig liggetid skal unngås både hos etterforskere og hos påtaleansvarlig jurist.
>
> Deler av den organiserte menneskesmugling kan også falle inn under den sentrale og riksdekkende prioritering fordi den setter andres liv og helse i fare. Saken fra Dover i månedsskiftet juni/juli d.å. hvor mer enn 50 kinesiske flyktninger omkom, er et tragisk, men illustrerende tilfelle."

I skriv til samtlige statsadvokatembeter av 23. september 1999 har riksadvokaten forutsatt at politimesteren vil gi de øvrige mer "ordinære" menneskesmuglingssakene den nødvendige lokale prioritet og oppfølging, jf. rundskriv av 25. januar 2000 (nr. 1/2000) pkt. V/2.

Utvalget legger til grunn det samme syn på forholdet mellom straffereaksjoner og forvaltningsmessige reaksjoner som det Riksadvokaten har gitt uttrykk for. Selv om dette innebærer at det i

17. St.prp. nr. 58 (2002-2003) om samtykke til ratifikasjon av 1) FN-konvensjonen mot grenseoverskridande organisert kriminalitet, 2) utfyllande protokoll for å førebyggje, nedkjempe og straffe handel med menneske, særleg kvinner og born, 3) utfyllande protokoll mot smugling av menneske over land, sjøvegen og luftvegen, alle av 15. november 2000, og 4) utfyllande protokoll mot ulovleg produksjon av og handel med skytevåpen og delar, komponentar og ammunisjon til desse av 31. mai 2001

stor utstrekning vil være mest hensiktsmessig å nøye seg med forvaltningsmessige reaksjoner mot brudd på utlendingsloven, er det likevel et klart behov for særskilte straffebestemmelser.

For det første vil det forekomme tilfeller hvor det straffbare forhold er av så alvorlig karakter at det også i henhold til Riksadvokatens syn bør føre til strafferettslig forfølgning, og i noen sammenhenger kan det være slik at det ikke er aktuelt med en forvaltningsmessig reaksjon fordi for eksempel et vedtak om utvisning, ville ramme uforholdsmessig hardt. Videre må det gis rom for at det kan foretas konkrete prioriteringer i det enkelte politidistrikt. Det følger dessuten av våre internasjonale forpliktelser, gjennom for eksempel Schengensamarbeidet, at vi må ha straffebestemmelser for brudd på vilkår for innreise og opphold.

I de tilfeller hvor den som er ansvarlig for brudd på utlendingslovens bestemmelser ikke selv er utlending, vil det bare i spesielle tilfeller kunne være grunnlag for forvaltningsmessige reaksjoner i henhold til utlendingsloven.[18] I slike tilfeller er det derfor helt nødvendig med en mulighet for strafferettslige reaksjoner.

14.1.3.2 Utlendingslovens straffebestemmelser

I Sanksjonsutvalgets innstilling NOU 2003:15 er det sett på bruken av straff i særlovgivningen. To svakheter som blir fremhevet er at alt for mange til dels bagatellmessige regelbrudd er straffbare, og at en altfor stor del av straffebestemmelsene er tomme trusler i den forstand at de i liten grad, eller ikke i det hele tatt, blir håndhevet. Som det fremgår nedenfor, har også utvalget foreslått at enkelte straffebud i gjeldende utlendingslov ikke videreføres i en ny lov.

Utvalget mener at det ut fra allmennpreventive grunner bør være straffbart å forholde seg som nevnt i utlendingsloven § 47 første ledd. Norske myndigheter er avhengig av at partene i utlendingssaker er oppriktige når de gir opplysninger, og at de overholder reglene i utlendingsloven og retter seg etter lovlig fattede vedtak. Brudd på disse pliktene kan medføre forskjellig forvaltningsmessige reaksjoner, men dette vil ikke alltid være tilfellet. Det er derfor nødvendig med en straffesanksjonert plikt til å overholde reglene. Utvalget foreslår på denne bakgrunn å videreføre straffebestemmelsene i utlendingsloven § 47 første ledd, og foreslår at disse fremdeles skal være å anse som forseelser, jf. utlendingsloven § 47 sjette ledd.

Utvalget har vurdert om utlendingslovens straffebud mot bevisst uriktige og åpenbart villedende opplysninger, jf. § 47 første ledd bokstav b, bør inntas i straffeloven § 12 nr. 4. Dette ville i så fall medføre at falske opplysninger gitt av utlending overfor en norsk utenriksstasjon i sak etter utlendingsloven vil kunne medføre straffansvar. Det kan hevdes at det ikke bør være noen forskjell på om utlendingen gir falske opplysninger til norske myndigheter i Norge, eller om han gir dem til norsk utenriksstasjon. På den annen side vil en gitt tillatelse kunne tilbakekalles etter utlendingslovens regler om tilbakekall, hvis det viser seg at det er gitt uriktige opplysninger. Utlendingen risikerer dermed å bli sendt tilbake til hjemlandet. I noen tilfeller vil det imidlertid være omstendigheter som kan hindre tilbakesendelse, og en straffereaksjon vil da kunne være et mer aktuelt tiltak. Dette vil likevel omfatte få tilfeller i praksis, og en utvidelse av straffebestemmelsens geografiske virkekrets kan av den grunn anses som lite hensiktsmessig. Utvalget mener derfor at det ikke bør gjøres noen endring i straffeloven § 12 nr. 4, og anser at forvaltningsmessige reaksjoner i de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig.

Utvalget mener at arbeidsgivere som benytter seg av utenlandsk arbeidskraft som ikke har arbeidstillatelse bør kunne ilegges straffansvar i form av bøter eller strengere straff ved grove overtredelser. Bruk av ulovlig utenlandsk arbeidskraft er utbredt i enkelte bransjer og utgjør et problem både for dem som driver seriøst i bransjen, og fordi virksomheten unndrar midler til beskatning. Dessuten vil det kunne være utnyttelse av arbeidstakeren selv ved at vedkommende får lav lønn, uten at alminnelige regler om arbeidstid og forsikringer overholdes. Dette vil kunne dreie seg om mennesker i en vanskelig livssituasjon. Utvalget foreslår derfor å videreføre bestemmelsen om straffansvar for arbeidsgivere som benytter seg av ulovlig utenlandsk arbeidskraft, jf. § 47 annet ledd bokstav a. Det vises i denne sammenheng også til utvalgets forslag i kapittel 7.6.14 om administrative beføyelser mot arbeidsgivere som bryter vilkårene om lønns- og arbeidsforhold.

Utvalget mener at utilbørlig utnyttelse av utlending ved aktivitet som nevnt i gjeldende lov § 47 annet ledd bokstav b, fremdeles bør være straffbart. Bestemmelsen er derfor videreført i lovutkastet. Utvalget foreslår også å videreføre bestemmelsen i utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav c, som rammer den som "forsettlig ved falske forespeilinger eller lignende utilbørlig adferd forleder

[18] Som det fremgår av lovutkastet § 37 annet ledd foreslår utvalget en forvaltningsmessig sanksjonsbestemmelse overfor arbeidsgivere som i forhold til sine utenlandske arbeidstakere grovt eller gjentatte ganger bryter mot regler til vern av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår.

utlending til å reise inn i riket med sikte på å bosette seg her".

Omsetning av falske pass og bruk av andres pass er et problem som har tiltatt i omfang siden utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav d ble vedtatt. Fra 01.10.1991 til 29.02.1992 ankom 52 % av asylsøkerne landet uten eller med forfalskede dokumenter,[19] mens tallet for 2002 var om lag 82%. Det er usannsynlig at alle disse har kunnet reise til Norge uten å måtte fremvise noen form for dokumentasjon på veien. Det er også sannsynlig at dokumentene de har benyttet i enkelte tilfeller er falske eller tilhører andre. Både norske og andre lands myndigheter har avdekket at personer reiser som "look-alikes", dvs. at de benytter en annen persons reisedokument som sitt eget. I en del tilfeller vil dette være dokumenter som er solgt, eller på annen måte er overlatt andre personer fra de rettmessige eierne. Slike handlinger bidrar til økt ulovlig innvandring og danner også grunnlag for organisert menneskesmugling. Dokumentene vil av forskjellige årsaker være svært attraktive, noe som medfører at man kan forlange en høy pris. Det kan således også anses som en utilbørlig utnyttelse av mennesker som befinner seg i en vanskelig livssituasjon. Slik virksomhet er derfor av flere årsaker viktig å komme til livs, og det er av allmennpreventive grunner viktig at det gjøres straffbart å selge, eller på annen måte overlate til andre, egne reisedokumenter. Utvalget foreslår på denne bakgrunn å videreføre bestemmelsen i utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav d.

Som nevnt i kapittel 14.1.2 anser Kommunal- og regionaldepartementet at direktiv 2002/90/EF og rammebeslutning 2002/946/RIA (om menneskesmugling) representerer en videreutvikling av Schengenregelverket som Norge er forpliktet til å gjennomføre. Utvalget er av samme oppfatning. Det vises til lovutkastet § 118 med motiver.

Det har til nå ikke vært ansett nødvendig å gjøre endringer i utlendingsloven som følge av Norges ratifikasjon av FN-protokollen om menneskesmugling, jf. avsnitt 14.1.2. Heller ikke utvalget kan se at det er behov for nye regler for å etterleve protokollens krav.

14.1.3.3 Bør straffeloven § 342 første ledd bokstav a oppheves?

Straffeloven har en særregel i § 342 første ledd bokstav a som gjør det straffbart å overtre et innreiseforbud. I likhet med utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a er dette en forseelse med strafferamme på seks måneders fengsel, bot eller begge deler. Forskjellen er at det for å straffe etter straffeloven § 342 kreves forsett, mens det etter utlendingsloven § 47 er tilstrekkelig med uaktsomhet. De to bestemmelsene dekker i hovedsak samme tilfeller, og kan ikke anvendes i konkurrens. Det kan derfor reises spørsmål om det er nødvendig med en spesialbestemmelse om overtredelse av innreiseforbudet i straffeloven, når dette kan straffes etter utlendingslovens straffebestemmelser. Forskjellen mellom straffeloven § 342 første ledd bokstav a og utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a, er at det ved gjentagelse er en strafferamme på fengsel inntil to år etter straffeloven § 342 annet ledd, mens strafferammen etter utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a, jf. straffeloven § 61, er ett år. Dessuten vil forsøk på overtredelse av innreiseforbudet være straffbart, jf. straffeloven § 342 tredje ledd, mens det ikke er tilfellet etter utlendingsloven § 47. Overtredelse av utlendingsloven § 47 er en forseelse som ikke er straffbar, jf. sjette ledd og straffeloven § 49 annet ledd.

Fremmedlovutvalget foreslo at straffeloven § 342 første ledd bokstav a skulle oppheves, og at forholdene skulle vurderes etter utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a.[20] Justisdepartementet gikk imidlertid inn for å beholde bestemmelsen, fordi den ga hjemmel til å straffe dem som ble utvist i medhold av de daværende utvisningshjemlene i straffeloven §§ 39 nr. 7 og 39a nr. 6, og deretter overtrådte innreiseforbudet.[21] Disse særlige utvisningsbestemmelsene i straffeloven er nå opphevet, uten at det har fått følger for straffeloven § 342 første ledd bokstav a.

Utvalget mener at straffeloven § 342 første ledd bokstav a bør oppheves. Begrunnelsen for å beholde bestemmelsen ved utarbeidelsen av utlendingsloven er ikke lenger til stede, og anvendelsesområdet for straffeloven § 342 er ikke av en slik karakter at det tilsier en videreføring av bestemmelsen. Bestemmelsen vil kunne få anvendelse ved forsøk på overtredelse av innreiseforbudet, og ha betydning ved gjentakelse hvor man ønsker en straff utover ett år. Utvalget anser det sistnevnte for å være lite praktisk, da overtredelse av innreiseforbudet ikke bør føre til fengselsstraff i mer enn ett år. Utvalget mener dessuten at det alminnelige prinsipp om at forsøk på forseelser ikke er straffbart, jf. ovenfor, også bør gjelde ved forsøk på overtredelse av et innreiseforbud.

19. Ot.prp. nr. 83 (1991-92)

20. NOU 1983:47 s. 312

21. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 186

14.1.3.4 Ny straffebestemmelse for menneskesmugling i straffeloven

Straffelovkommisjonen har på bakgrunn av overtredelsens høye straffverdighet foreslått å overføre § 47 fjerde ledd om organisert menneskesmugling til straffeloven, jf. NOU 2002:4 s. 436. Forslaget om å overføre denne delen av straffebudet til straffeloven vil bli vurdert i tilknytning til arbeidet med den nye straffeloven.

Utlendingslovutvalget mener at overføring av bestemmelsen til straffeloven virker hensiktsmessig. En så sentral straffebestemmelse, med en så høy strafferamme, egner seg i prinsippet best for regulering i straffeloven, og utvalget har derfor vurdert om bestemmelsen bør tas ut av utlendingsloven og overføres til straffeloven. Utvalget antar imidlertid at det er lite hensiktsmessig å overføre bestemmelsen til gjeldende straffelov på det nåværende tidspunkt, all den stund gjeldende straffeloven ligger an til å bli erstattet av en ny straffelov i løpet av forholdsvis kort tid. Utvalget foreslår derfor at en regel tilsvarende § 47 fjerde ledd videreføres i en ny utlendingslov, inntil regelen kan innarbeides i en ny straffelov.

14.1.3.5 Gebyrordning

Utvalget har vurdert å innføre en gebyrordning ved mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven. En slik gebyrordning har blitt vanlig blant annet for visse trafikkovertredelser som kjøring uten bilbelte, og ilegges administrativt selv om det kan sies å ha et strafformål. I forhold til utlendingsloven mener utvalget en slik reaksjonsform kan være hensiktsmessig ved overtredelse av visumtiden. Det har i praksis ikke blitt reagert med straff mot slike overtredelser. En gebyrordning ved slike overtredelser vil imidlertid styrke respekten for visumregelverket. Utvalget mener at gebyr bør kunne ilegges for ulovlig opphold i inntil én uke, og i så fall etter standardiserte satser, for eksempel kr. 500,- per dag. Utvalget går imidlertid ikke inn for å regulere dette i loven, men foreslår en hjemmel for Kongen til å gi eventuelle regler om gebyr i forskrift. Det vises til lovutkastet § 117.

Ved mer alvorlige overtredelser av visumtiden vil det kunne være aktuelt å reagere med straff. På samme måte som for gebyr ved visse trafikkovertredelser mener utvalget at det foreslåtte gebyret ikke er å anse som straff i henhold til straffeloven og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

Hvis en gebyrordning blir innført, og et ilagt gebyr ikke blir betalt, vil det kunne medføre at utlendingen ikke får visum til Norge eller blir bortvist ved senere innreise.

14.2 Lovens virkeområde

14.2.1 Lovens saklige og geografiske virkeområde

Gjeldende utlendingslov gjelder utlendingers "adgang til" og "opphold" i landet, jf. § 1. Vedtak i henhold til annen lovgiving kan i utgangspunktet ikke danne rettsgrunnlag for adgang til, eller opphold i, riket. Barnevernets omsorgsovertakelse for et utenlandsk barn er nevnt som et eksempel i forarbeidene.[22] Et annet eksempel er opptak ved studieinstitusjon. Men selv om det er klart at slike vedtak ikke kan danne grunnlag for opphold i seg selv, vil de kunne være momenter i vurderingen av om opphold *bør* gis. For oppholdstillatelse som student er det for eksempel et *vilkår* at man har tilsagn om opptak ved en utdanningsinstitusjon, jf. utlendingsforskriften § 4.

I praksis har det saklige virkeområdet for loven voldt få problemer. I forhold til gjennomføringen av internasjonalt samarbeid finnes det enkelte særhjemler for å tillate innreise og opphold.

Utlendingsloven gjelder i utgangspunktet "i riket", jf. § 1. Hva som menes med "i riket" er nærmere presisert i § 49. I tillegg til norsk fastland gjelder loven også for innretninger og anlegg som nyttes på, eller er tilknyttet til, den norske del av kontinentalsokkelen. Loven gjelder også for Jan Mayen så langt den passer, mens det sies uttrykkelig i § 49 at den ikke gjelder for Svalbard. Dette er av hensyn til Norges traktatforpliktelser vedrørende øygruppen.

Kongen er gitt fullmakt til å gi forskrift som fraviker lovens regler om innretninger og anlegg på kontinentalsokkelen, og forskrift om pass- og grensekontroll mellom disse og norsk landterritorium. I utlendingsforskriften §§ 165 til 168 går det frem at utlending som skal ta arbeid på flyttbar innretning ikke trenger arbeidstillatelse, mens utlending på fast innretning må ha arbeidstillatelse. Politiet har full adgang til flyttbar og fast innretning for å kunne foreta pass- og grensekontroll, og reglene om inn- og utreise i lovens kapittel 4 gjelder også for utlending som reiser mellom innretning eller anlegg på kontinentalsokkelen og norsk landterritorium.

Kongen er også gitt forskriftsfullmakt til å gi regler om utlendingers adgang til Jan Mayen som

22. NOU 1983:47 s. 166

fraviker lovens regler. Slike regler er gitt i medhold av lov om Jan Mayen av 27. februar 1930 nr. 2 i forskrift om utlendingers adgang til Jan Mayen av 1. juni 1962 nr. 1. For norske biland i sør, Bouvetøya og områdene i Antarktis uttalte departementet i forarbeidene:

> "[Det har] aldri oppstått spørsmål med relevans til fremmedloven. Lov 27.2.1930 gir dessuten en meget fleksibel løsning med hensyn til anvendelsen av norsk rett i disse områdene. En har derfor ikke funnet grunn til å ta inn noe om disse områdene i loven." [23]

Loven gjelder ikke for norsk skip i utenriksfart, jf. § 49, nærmere presisert i utlendingsforskriften § 171. Bestemmelsene om tillatelse til å fratre stilling på skip og landlov i forskriften §§ 114 til 117, og om meldeplikt i forskriften § 152, har imidlertid anvendelse også på norske skip i utenriksfart.

For skip i innenriksfart har loven derimot full anvendelse. For stilling om bord på skip i innenriksfart kreves med andre ord arbeidstillatelse. Om skillet mellom innenriks- og utenriksfart uttalte Justisdepartementet i Ot.prp. nr 46 (1986-87) s. 41:

> "Spørsmålet om hva som skal regnes som innenriks og hva som skal regnes som utenriks fart kan sikkert volde tvil i enkelte tilfeller, men må forutsettes å bli løst ved en konkret fortolkning. F.eks. kystrutefarten vil åpenbart være innenriks fart. Det er ingen grunn til å unnta ansatte i slike næringer fra de alminnelige regler som er fastsatt i eller i medhold av utlendingsloven."

Kommunal- og regionaldepartementet anser at det er behov for å klargjøre situasjonen vedrørende utenlandske sjømenn på utenlandskregistrert skip som trafikkerer norsk havn. I høringsnotat av 18.03.2004 har departementet tatt til orde for å gjøre unntak i utlendingsforskriften fra kravet om arbeidstillatelse for denne gruppen. Saken er under vurdering av departementet idet utvalget avgir sin innstilling.

14.2.2 Personkretsen

Loven gjelder i utgangspunktet for utlendinger, jf. § 1. Utlendinger er alle som ikke er norske statsborgere. Men loven sier uttrykkelig at også norske statsborgere kan pålegges plikter etter loven, jf. § 1 annet ledd. For utlendinger omfattet av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen er det gitt særlige regler i lovens kapittel 8, jf. § 48 første ledd.

For enkelte andre grupper utlendinger er det gitt særregler i medhold av § 48 annet ledd, jf. utlendingsforskriften §§ 159 til 164. Dette gjelder utlendinger knyttet til diplomatiske eller lønnete konsulære stasjoner, ansatte i mellomstatlige organisasjoner og oppdragstakere for mellomstatlige organisasjoner eller konvensjonsorganer og deres ektefelle eller samboer og forsørgede barn.

14.2.3 Utvalgets vurderinger

Visse saker om utlendingers opphold i Norge har tradisjonelt ikke vært behandlet etter utlendingslovgivningen, uten at dette har fremgått av loven. Utvalget legger til grunn at dagens situasjon her kan videreføres uten at det er nødvendig å presisere dette i den nye loven.

Den første situasjonen gjelder utlendinger som hentes til Norge for strafforfølgning eller soning av straff her. Utlendingslovgivningen inneholder ikke særskilte regler om slike utlendingers adgang til Norge, men ingen har av den grunn kommet på den tanke at utlendingen skulle kunne motsette seg utlevering eller overføring til Norge ved å nekte å søke om visum eller oppholdstillatelse, og så påberope seg at det dermed ikke finnes hjemmel i utlendingslovgivningen for vedkommendes innreise til eller opphold i Norge. Det er også klart at soning av en fengselsstraff i Norge i disse tilfellene ikke innebærer noen "oppholdstillatelse" som gir grunnlag for videre opphold i Norge når straffen er sonet.

Norske myndigheter må med andre ord uhindret av utlendingslovens tillatelsessystem kunne hente utlendinger til Norge for strafforfølgelse eller avsoning av straff.

Det andre gjelder utenlandske troppers adgang til Norge. I forhold til våre NATO-allierte er dette særskilt regulert i en internasjonal avtale. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Også i forhold til land som det ikke foreligger noen avtale med, for eksempel Russland, må utenlandske tropper kunne gis adgang til Norge utenfor utlendingslovens tillatelses- og saksbehandlingssystem. Man kan se dette slik at det ikke egentlig er tale om den enkelte utenlandske soldats personlige adgang til Norge, men om i hvilken grad utenlandske myndighetsorganer skal gis tillatelse til å oppholde seg i Norge. Dette kan ikke anses regulert av utlendingslovgivningen, men er et forhold mellom Norge og vedkommende stat som beror direkte på folkeretten. Dette innebærer på den ene side at opphold for de personer det gjelder kan nektes helt uavhengig av utlendingslovens bestemmelser, og på den annen side at innreise og opphold kan tilla-

23. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 41 første spalte

tes uten at det utstedes visum til eller drives regulær grensekontroll av den enkelte utenlandske soldat som passerer grensen.

Det samme resonnementet kan anføres i forhold til andre utenlandske myndighetspersoner som skal til Norge i embeds medfør: Spørsmålet om de skal få komme, er ikke et forhold mellom norske myndigheter og vedkommende utlending som reguleres av utlendingsloven, men et spørsmål mellom norske myndigheter og vedkommende fremmede stat på det folkerettslige plan. En annen sak er at det i mange slike saker kan være praktisk å gå frem etter utlendingslovgivningen. Disse personene vil gjerne ankomme Norge med regulært rutefly, eller på annen måte foreta en regulær grensepassering, og ved å utstyre dem med regulært visum trenger man fra norsk side ikke å ta spesielle forholdsregler for å sikre at de får innpassere.

Utvalget viser for øvrig til at riksgrenseloven 14.07.1950 nr. 2 § 2 fastsetter at Kongen eller den han gir fullmakt, uten hinder av norsk lov, på nærmere fastsatte vilkår kan innrømme et naborikes grensetjenestemenn slik immunitet og slike særlige privilegier som følger av overenskomst med vedkommende naborike.

Kapittel 15
Økonomiske og administrative konsekvenser mv.

15.1 Innledning

I mandatet for utvalget punkt 20 er følgende angitt:

> "Utvalget må utrede økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av forslagene. Utvalget skal legge fram ett eller flere forslag til ny lov. Ett forslag skal baseres på uendret ressursbruk."

Utvalget har kun fremmet ett forslag til lov. Forslaget baserer seg på gjeldende organisering av utlendingsmyndigheten, og inneholder ingen forslag til tiltak som i seg selv vil medføre noen vesentlige endringer det totale innvandringsbildet. De endringsforslag utvalget har fremmet, gjelder i første rekke endringer og justeringer som er nødvendige eller hensiktsmessige for å modernisere loven i samsvar med nye behov og utfordringer på utlendingsfeltet og utviklingen internasjonalt. Lovutkastet innebærer heller ikke noen vesentlige konsekvenser når det gjelder økonomiske og administrative forhold.

15.2 Administrative konsekvenser

I utvalgets mandat er det angitt at utvalget skal legge til grunn de organer som behandler utlendingssaker i dag; Utlendingsdirektoratet, Utlendingsnemnda, politiet og utenriksstasjonene. Det er videre fastlagt at utvalget ikke skal vurdere "ansvarsdelingen mellom departementet på den ene side og øvrige organer når det gjelder kompetansen i enkeltsaker." Med noen få unntak (hvor det vesentligste gjelder en utvidet adgang for politiet til å fatte vedtak om bortvisning, jf. kapittel 12.2.3.7), berører utvalgets endringsforslag ikke ansvarsdelingen mellom organene, og innebærer heller ikke for øvrig noen vesentlige administrative eller økonomiske konsekvenser. Enkelte forhold kan likevel påpekes:

- I praksis under gjeldende regelverk foretas det intervju av referansepersonen når det er fremsatt søknad om familiegjenforening eller familieetablering. Dersom ekteskap er inngått i utlandet og referansepersonen oppholder seg der, kan intervju foretas ved norsk utenriksstasjon. Utvalget har i kapittel 8.5.4.8 påpekt at en referanseperson som har blitt presset til å inngå ekteskap mot sin vilje i utlandet ofte vil være forhindret fra å opplyse om dette til norsk utenriksstasjon, fordi det kan bringe vedkommende i alvorlig fare så lenge vedkommende selv fortsatt oppholder seg utenfor Norge. Som et tiltak i forhold til denne problematikken har utvalget foreslått et vilkår om at referansepersonen skal ha vært til intervju i Norge før ekteskap inngås i utlandet for at tillatelse til ektefellen skal kunne innvilges før referansepersonen har returnert, jf. kapittel 8.5.4.9. Bestemmelsen vil medføre et behov for å foreta "forhåndsintervju" i en stor del av de sakene om familieetablering hvor ekteskap er inngått i utlandet. Utvalget antar imidlertid at behovet for etterfølgende intervju - dvs. slikt intervju som man i dag foretar ved utenriksstasjonene etter at søknaden om oppholdstillatelse er fremsatt - vil bli vesentlig redusert. I så fall vil det foreslåtte tiltaket i liten eller ingen grad medføre økt ressursbruk.
- Utvalget har foreslått en bestemmelse om at oppholdstillatelse for familieetablering skal kunne nektes dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren. Bestemmelsen utvider grunnlaget for å nekte opphold fordi et forhold ikke vurderes som reelt eller som tilstrekkelig tilknytningsdannende. Det må dermed forventes at flere saker vil bli vurdert under denne bestemmelsen enn hva som er tilfellet i forhold til den ulovfestede proformabestemmelsen som man opererer med i dag. Ut fra det utvalget har fått opplyst fra svenske myndigheter, må man for øvrig påregne en del endringer av vedtak i klageomgangen fordi partene fremlegger nytt bevismateriale som anføres å dokumentere at forholdet dem imellom er mer reelt enn førsteinstansen la til grunn.
- Utvalget har foreslått en bestemmelse om at opphold kan nektes dersom det ut fra en vur-

dering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge en tillatelse, jf. lovutkastet § 58 fjerde ledd og motivene kapittel 8.5.4.5. Videre er det foreslått at det skal være adgang til en rutinemessig kontroll av referansepersonens vandel i saker om familieetablering, jf. utkastet § 95. Som påpekt i kapittel 8.5.4.6 vil det ikke være naturlig at man i praksis foretar kontroll i alle saker. Både vandelskontrollen og selve vurderingen under den nye bestemmelsen vil medføre noe økt ressursbruk. Det økte ressursbehovet vil imidlertid ikke være av et slikt omfang at det kan antas å få noen budsjettmessig betydning. Det må forventes at det kan etableres effektive og lite ressurskrevende rutiner hos politiet for en registerkontroll i vandelsregistrene av utvalgte saker om familieetablering. Det vil trolig være tale om svært få saker hvor det blir gjort funn som tilsier at det vil være behov for å utarbeide en særskilt uttalelse fra politiets side. Tilsvarende forventer utvalget at det kun vil være et lite antall saker hvor det blir aktuelt å nekte opphold med grunnlag i den foreslåtte bestemmelsen. I den utstrekning det oppstår en økt ressursbruk, vil dette trolig bli (delvis) innspart gjennom et redusert antall saker hvor det søkes om opphold på selvstendig grunnlag som følge av mishandling i samlivsforholdet.[1]

– Det er i tillegg foreslått en adgang for tollmyndigheten til å bistå politiet med utlendingskontroll. Dette dreier seg imidlertid snarere om en utvidelse av tollvesenets kompetanse under utførelse av arbeid som Tollvesenet uansett utfører, enn om nye arbeidsoppgaver for Tollvesenet.

15.3 Konsekvenser for innvandringen

Det lovforslaget utvalget har fremlagt antas ikke å ville medføre noen vesentlig endring verken når det gjelder omfanget av innvandringen eller når det gjelder innvandringsbildet for øvrig. Det vesentlige redskap for å styre innvandringen vil fortsatt være forskriftsverket og den praksis som velges ved gjennomføring av lovens skjønnsmessige bestemmelser:

Arbeidsinnvandring: Etter utvalgets forslag vil det fortsatt være overlatt til regjeringen å utforme den nærmere politikken gjennom forskriftsregulering.

Flyktningpolitikken: Utvalget har foreslått å utforme beskyttelsesbestemmelsene i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, som også i dag fastsetter rammen for beskyttelsespolitikken.

Opphold av humanitære grunner: Utvalget har foreslått en ny rimelighetsbestemmelse som gir noe tydeligere veiledning for vurderingen enn gjeldende lovbestemmelse, og har også gitt uttrykk for enkelte veiledende synspunkter i motivene. Fortsatt vil det likevel være slik at den nærmere terskel for når opphold skal innvilges må fastlegges i praksis gjennom en avveining av innvandringspolitiske hensyn.

Familieinnvandring: Utvalget har foreslått enkelte endringer i de materielle reglene, hvorav noen innebærer en innstramning og andre innebærer en liberalisering. Ingen av endringene forventes imidlertid å påvirke det totale omfanget av familieinnvandringen nevneverdig.

Innvandring med grunnlag i EØS- eller EFTA-avtalen: Rammen for innvandring med grunnlag i EØS- eller EFTA-avtalen styres av selve avtaleverket, og utvalget har ikke foreslått noen endring i det nasjonale regelverket som vil ha noen betydning for omfanget av innvandringen.

Annen innvandring: Når det gjelder annen innvandring, som for eksempel midlertidig innvandring gjennom ordningen med studieopphold mv., er det fastsatt i utvalgets lovutkast at den nærmere politikken på dette feltet fortsatt skal være overlatt til forskriftsregulering.

15.4 Økonomiske konsekvenser

15.4.1 Økonomiske konsekvenser av en endret flyktningvurdering

Som det fremgår i kapittel 6.9, har utvalget foreslått visse endringer med hensyn til flyktningbegrepet. Endringene vil ikke ha som følge at flere får innvilget opphold, men må antas å medføre at en større andel av dem som får opphold vil bli anerkjent som flyktninger. Hvor store konsekvensene vil bli, er ikke mulig å anslå mer eksakt. To vesentlige usikkerhetsfaktorer i denne sammenheng er utviklingen av ankomsttallene når det gjelder asylsøkere som kvalifiserer for beskyttelse, og utviklingen av praksis under gjeldende

1. Som det fremgår i kapittel 11.2.6, har utvalget også foreslått en adgang til å nekte visum ved fare for mishandling mv. I disse sakene skal det imidlertid ikke foretas noen rutinemessig vandelskontroll, og det merarbeid som vil følge av denne nye bestemmelsen, forventes ikke å få noe omfang som det er behov for å være særlig oppmerksom på ved en bredere vurdering av ressursbehovet.

regelverk. I forhold til det siste vises det til kapittel 6.1.3, hvor det er påpekt at Utlendingsdirektoratet gjennom en praksisomlegging har hevet andelen asylinnvilgelser allerede under gjeldende regelverk. Også alderssammensetningen blant dem som får opphold vil være av avgjørende betydning for å beregne konsekvensene av regler som gjelder pensjonsrettigheter.

Som beskrevet i kapittel 6.5 er det enkelte mindre forskjeller i de rettigheter som tilkommer en flyktning og de som tilkommer en utlending som har fått opphold av humanitære grunner etter gjeldende norske velferdsordninger.

For det første gjelder dette at flyktninger er noe gunstigere stilt ved at de innrømmes minstepensjon uten krav til forutgående botid på 40 år i Norge.[2] Det gjøres også unntak fra kravet om minst tre års medlemskap i folketrygden frem til uføre- eller dødsfallstidspunktet for å få uførepensjon eller pensjon som gjenlevende ektefelle.[3] Tilsvarende særordning gjelder ikke for dem som får innvilget opphold av beskyttelsesgrunner eller av humanitære grunner etter gjeldende utlendingslov § 8 annet ledd. Det er særlig forskjellen i rettigheter med hensyn til alderspensjon som er av stor praktisk betydning, og for dem som får opphold uten å bli anerkjent som flyktninger, er konsekvensen at de eventuelt må få dekket sitt stønadsbehov gjennom sosialhjelp.

Det er av liten betydning for summen av aktuelle utbetalinger til alderspensjonister eller andre pensjonsberettigede om utbetalingen skjer i form av sosialhjelp eller som utbetaling gjennom folketrygden, jf. nærmere nedenfor. At kostnader eventuelt flyttes over til trygdebudsjettet fra de kommunale budsjettene for sosialhjelp forutsettes videre å kunne inndekkes over statlige budsjetter gjennom et tilsvarende kutt i rammeoverføringen til kommunene.

Utvalget vil for øvrig vise til at Sosialdepartementet i høringsbrev av 19.04.04 har fremmet forslag om en supplerende stønad for eldre med liten eller ingen pensjon fra folketrygden på grunn av kort botid i Norge. Forslaget, som har sin bakgrunn i Stortingets anmodning til regjeringen i Innst. S. nr. 184 for 2002-2003,[4] har følgende hovedelementer:

- Personkretsen som skal omfattes av ordningen skal være personer som har fylt 67 år, men som ikke oppfyller vilkåret om 40 års botid for å ha opptjent rett til full minstepensjon.
- Ytelsen skal være behovsprøvet og skal sikre et minste samlet inntektsnivå.
- Garantinivået skal være 90 prosent av minstepensjonen i folketrygden.
- Stønadsmottakerne må være bosatt i Norge.
- Trygdeetaten administrerer ordningen.
- Ordningen etableres ikke som en del av folketrygdloven, men som ny særlov.

Dersom denne ordningen vedtas av Stortinget, vil kostnadsansvaret allerede være overført fra kommunene til Arbeids- og sosialdepartementet.

I forbindelse med ordningen Sosialdepartementet har foreslått om en supplerende stønad for eldre med liten eller ingen pensjon fra folketrygden på grunn av kort botid i Norge, ble det forutsatt at utbetalinger på kr. 122 millioner gjennom denne ordningen ville kunne redusere utbetalingene over kommunenes sosialbudsjetter med kr. 107 millioner. Siden utvalgets forslag vil berøre en langt mer begrenset krets av personer[5] vil forskjellen mellom økte utgifter over trygdebudsjettet og sparte utgifter over sosialhjelpsbudsjettene bli langt lavere.[6]

15.4.2 Økonomiske konsekvenser av andre forslag

Som beskrevet i de foregående punkter i dette kapittel, videreføres den gjeldende organiseringen av utlendingsforvaltningen, samtidig som utvalgets forslag til ny lov i liten grad vil medføre noen endring i den administrative ressursbruk. Det følger heller ikke for øvrig noen konsekvenser av utvalgets lovforslag som vil medføre vesentlig økte eller reduserte utgifter. Ett forhold som likevel kan være av budsjettmessig betydning, er utvalgets forslag om å fjerne den automatiske retten til fritt rettsråd uten behovsprøving i saker om bortvisning. I 2003 ble det fattet 1849 vedtak om bortvisning i andre saker enn dem som gjaldt bortvisning etter avslag på asyl.[7] I praksis ytes fritt rettsråd med 3 ganger den offentlige salærsats i saker om

2. Jf. folketrygdloven § 3-2 sjette ledd
3. Jf. folketrygdloven § 3-2 sjette ledd
4. Jf. også St.meld. nr. 50 for 1998-1999 (Utjamningsmeldinga), Innst. S. nr. 22 for 1999-2000 og St.meld. nr. 6 for 2002-2003 (Fattigdomsmeldinga).
5. Sosialdepartementets forslag gjelder alle som får opphold uten å bli anerkjent som flyktninger, mens utvalgets forslag kun berører dem som i dag får opphold av beskyttelsesgrunner uten å bli anerkjent som flyktninger
6. Dette til tross for at den stønadsordningen Sosialdepartementet har foreslått kun gir en dekning tilsvarende 90% av minstepensjon i folketrygden.
7. I sak hvor det fattes vedtak om bortvisning etter at utlendingen har fått avslag på søknad om asyl, vil utlendingen uansett ha rett til fritt rettsråd i klageomgangen, jf gjeldende lov § 42 tredje ledd og lovutkastet § 103.

bortvisning, dvs. kr. 2.310,-.[8] Den endring som er foreslått skulle derfor i utgangspunktet medføre ca. 4,27 millioner i sparte utgifter. Selv om den automatiske retten til fritt rettsråd uten behovsprøving i bortvisningssakene fjernes, kan det likevel fortsatt forekomme saker hvor fritt rettsråd bør innvilges.

8. Den offentlige salærsats er kr. 770,- pr. 01.09.2004.

Kapittel 16
Merknader til bestemmelsene i lovforslaget

Kapittel 1 Alminnelige bestemmelser

§ 1 Lovens saklige virkeområde

Loven gjelder utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Også norske statsborgere kan pålegges plikter etter loven.

Til § 1:
Bestemmelsen viderefører § 1 i gjeldende utlendingslov uten endringer.[1] Det vises de alminnelige motiver kapittel 14.

§ 2 Lovens forhold til internasjonale regler

Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.

Til § 2:
Bestemmelsen viderefører § 4 i gjeldende utlendingslov,[2] og regulerer forholdet til internasjonale regler. Norges folkerettslige forpliktelser har gjennomslagskraft i forhold til utlendingsloven dersom dette er i utlendingens favør. Reglene i lovutkastet er selvsagt utformet med sikte på å være i samsvar disse forpliktelsene, men dersom det skulle oppstå tvil ved anvendelsen av en bestemmelse, innebærer § 2 at det tolkningsalternativ skal velges som gjør at folkerettsbrudd unngås. Internasjonale regler som Norge er bundet av skal altså benyttes til tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning. Med internasjonale regler som Norge er bundet av, siktes det til Norges internasjonale forpliktelser etter folkeretten. Også folkerettslige soft law-prinsipper vil kunne ha betydning når norsk rett skal tolkes i lys av folkeretten, jf. de alminnelige motivene i kapittel 4.1 og 4.2. Det vises for øvrig til de alminnelige motiver kapittel 4.10.

Bestemmelsen i § 2 omfatter både nåværende og fremtidige internasjonale forpliktelser.

§ 3 Utlendingers rettsstilling

Dersom ikke noe annet følger av gjeldende rettsregler, har utlending under sitt lovlige opphold i riket samme rettigheter og plikter som norske statsborgere.

Til § 3:
Bestemmelsen viderefører § 3 i gjeldende utlendingslov.[3] Bestemmelsen gir uttrykk for en prinsipperklæring om rettslig likestilling mellom utlendinger med lovlig opphold i Norge og norske statsborgere. Det finnes imidlertid en rekke forskjellige regler som innebærer at utlendinger og norske borgere ikke har like rettigheter og plikter på ethvert rettsområde. Det er de regler som gjelder på det aktuelle rettsområde som er avgjørende for utlendingers rettsstilling.

Bestemmelsen i § 3 er strengt tatt overflødig, og det er ikke grunnlag for å trekke noen antitetiske slutninger fra den. Utvalget har likevel valgt å foreslå at bestemmelsen videreføres.

§ 4 Nærmere om hvem loven gjelder for

1. *Med utlending forstås i denne lov enhver som ikke er norsk statsborger.*
2. *For utlending som er nordisk borger, gjelder ikke lovens bestemmelser om krav til oppholdstillatelse for å ta opphold eller arbeid i riket.*
3. *For utlendinger tilknyttet diplomatiske eller lønnede konsulære representasjoner i riket, deres ektefeller eller samboere og forsørgede barn, bestemmer Kongen hvilke av lovens regler som skal gjelde. Kongen kan gi særlig forskrift for denne gruppen. Det samme gjelder ansatte i mellomstatlige organisasjoner, oppdragstakere for mellomstatlige organisasjoner eller konvensjonsorganer og personlig ansatte hos utenlandske representanter.*
4. *For utlendinger som skal ha opphold i riket i forbindelse med gjennomføring av en avtale om mellomstatlig samarbeid som Norge er bundet av, gjelder bestemmelsene om innreisekontroll, reise-*

1. Jf. NOU 1983:47 s. 165-166, 171-172 og 331 og Ot.prp. nr. 46 1986-87s. 35-43 og 188.
2. Rettskilder: NOU 1983:47 s. 173-174 og 314. Ot.prp. nr. 46 s. 46 og 189-190.
3. Rettskilder: NOU 1983:47 s. 84 flg., 172-173 og 313-314. Ot.prp. nr. 46 s. 45-46 og 189.

dokument, visum og oppholdstillatelse med de unntak som følger av avtalen.

Til § 4:
Bestemmelsen første, tredje og fjerde ledd regulerer de samme forhold som § 48 i gjeldende lov[4].

Bestemmelsen i annet ledd fastsetter på tilsvarende måte som § 6 tredje ledd første punktum i gjeldende lov at nordisk borger er unntatt fra kravet om særskilt utstedt tillatelse for arbeid eller opphold.

§ 5 Lovens stedlige virkeområde

1. *Loven gjelder for riket, herunder for innretninger og anlegg som nyttes på den norske del av kontinentalsokkelen. Den gjelder også for innretninger og anlegg tilknyttet den norske del av kontinentalsokkelen.*
2. *Kongen kan i forskrift fravike lovens regler for innretninger og anlegg som nevnt i første ledd, samt gi forskrift om pass- og grensekontroll ved reise mellom disse og norsk landterritorium.*
3. *Loven gjelder også for Jan Mayen. Kongen kan gi forskrift om utlendingers adgang til Jan Mayen som fraviker lovens regler.*
4. *Loven gjelder ikke for Svalbard. Kongen kan gi forskrift om kontroll med reisende som kommer fra eller reiser til Svalbard.*
5. *Loven gjelder ikke for norske skip i utenriks fart.*

Til § 5:
Bestemmelsen angir lovens geografiske virkeområde, og er med unntak for bestemmelsen i fjerde ledd annet punktum en uforandret videreføring av § 49 i gjeldende utlendingslov.[5] Bestemmelsen i fjerde ledd annet punktum i utkastet gir hjemmel for Kongen til å gi forskrift om kontroll med "reisende som kommer fra eller reiser til Svalbard". Etter gjeldende lov § 49 fjerde ledd gjelder kompetansen til å fastsette nærmere regler utelukkende for kontroll "med utlending som kommer fra Svalbard." Med endringen er det åpnet for å gi bestemmelser om kontroll både med norsk borger og med utlending, og om kontroll både i forbindelse med reise til Svalbard og i forbindelse med ankomst fra Svalbard. Dette kan gjøre det enklere å følge opp Norges Schengenforpliktelser.

For øvrig påpekes det at mens gjeldende lov gir adgang for Kongen til å fastsette "bestemmelser"[6] om kontroll, har utvalget i sitt utkast forutsatt at slike bestemmelser skal gis som forskrift.

Kapittel 2 Kontroll med inn- og utreise

§ 6 Definisjoner knyttet til Schengensamarbeidet

I denne lov forstås med

a) Schengensamarbeidet: samarbeidet mellom Norge, Island og EU om opphevelse av personkontroll på de indre grenser og samarbeid om yttergrensekontroll mv. i henhold til avtale av 18. mai 1999
b) indre Schengengrense: grense mot annen stat som deltar i Schengensamarbeidet
c) ytre Schengengrense: grense mot stat som ikke deltar i Schengensamarbeidet, herunder de deler av havner og lufthavner som anløpes av skip eller luftfartøy som kommer fra stat utenfor Schengensamarbeidet

Til § 6:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det er redegjort for Schengensamarbeidet i kapittel 4.4.1 i de alminnelige motiver.

§ 7 Reisedokument

1. *Dersom ikke annet er bestemt, skal utlending som kommer til riket, ha pass eller annet legitimasjonsdokument som er godkjent som reisedokument.*
2. *Departementet fastsetter kravene for å godta pass eller annet legitimasjonsdokument som gyldig for innreise og opphold i riket.*
3. *Utlendingsdirektoratet kan i særlige tilfeller frita utlending fra kravet om pass eller godta annet dokument enn det som følger av de alminnelige reglene.*

Til § 7:
Bestemmelsen viderefører § 24 i gjeldende utlendingslov uten innholdsmessige endringer.[7] "Legitimasjonsdokument" i første og annet ledd erstatter "legitimasjonspapir" av presisjonshensyn. Det vises for øvrig til de alminnelige motiver i kapittel 11.2

§ 8 Visumplikt og visumfrihet

1. *Utlending må ha skriftlig innreisetillatelse til Norge i form av visum for å kunne reise inn i riket, med mindre Kongen i forskrift har gjort unntak fra dette kravet. Utlending som er på norsk*

4. Rettskilder: NOU 1983:47 s. 313. Ot.prp. s. 40 og 253.
5. Forarbeider: NOU 1983:47 s. 83, 175-177 og 373-375. Ot.prp. nr. 46 s. 253-255.
6. Jf. de spesielle motivene til gjeldende lovbestemmelse i Ot.prp. nr. 46 1986-87 s. 255.
7. NOU 1983:47 s. 177 og 317-318. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 110-112 og 215-216.

grense og som søker beskyttelse (asyl) etter reglene i kapittel 6, eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, har likevel rett til innreise uten visum.

2. *Utlending som har oppholdstillatelse utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet, er unntatt fra visumplikt. Med oppholdstillatelse menes her tillatelse av en hvilken som helst art som gir rett til opphold på utstederlandets territorium, med mindre utstederstaten har bestemt at tillatelsen ikke gir rett til visumfri innreise i andre land som deltar i Schengensamarbeidet. Når oppholdstillatelsen er utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet i påvente av behandlingen av søknad om asyl eller opphold på annet grunnlag, må utlendingen ha reisedokument utstedt av det land som har utstedt oppholdstillatelsen for å være unntatt fra visumplikt.*
3. *Visum utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet gir rett til innreise og opphold i riket i den periode visumet gjelder for, når denne retten fremgår av visumet. Visum utstedt av land som deltar i Schengensamarbeidet i medhold av Schengenkonvensjonen artikkel 18 for opphold av mer enn tre måneders varighet, gir adgang til transitt gjennom Norge. Slikt visum gir også rett til innreise og opphold i Norge når dette fremgår av visumet, i inntil tre måneder fra første dag i den angitte tidsperiode.*
4. *Samlet oppholdstid på Schengenterritoriet for utlending som er unntatt fra visumplikten etter første og annet ledd eller som har adgang til innreise og opphold i henhold til bestemmelsene i tredje ledd, kan ikke overstige tre måneder i løpet av en periode på seks måneder. Oppholdstiden løper fra den dato ytre Schengengrense ble passert. Har utlendingen oppholdstillatelse i annet land som deltar i Schengensamarbeidet, løper oppholdstiden fra den dato indre Schengengrense ble passert. I dette tilfellet skal ikke opphold i det Schengenland hvor utlendingen har oppholdstillatelse tas med ved beregningen av oppholdstiden.*
5. *Kongen kan i forskrift fastsette unntak fra bestemmelsene i fjerde ledd og kan gi nærmere regler om tidsberegningen.*

Til § 8:
Bestemmelsen bygger delvis på reglene i § 25 første til tredje ledd i gjeldende lov og tilhørende forskriftsbestemmelser.

Første ledd: Bestemmelsen viderefører § 25 første ledd første punktum i gjeldende lov uten innholdsmessige endringer. I bestemmelsens annet punktum er det tilføyd en regel om at asylsøkere og andre beskyttelsestrengende som befinner seg på norsk grense ikke kan nektes innreise på grunn av manglende visum.[8]

Annet ledd: Bestemmelsens første og annet punktum viderefører gjeldende lov § 25 første ledd annet og tredje punktum. En presisering er tilføyd i tredje punktum om at oppholdstillatelse i et annet Schengenland ikke fritar fra visumplikten dersom utstederstaten har bestemt at tillatelsen ikke gir rett til innreise i andre Schengenland.

Tredje ledd: Bestemmelsen i første punktum viderefører bestemmelsen i gjeldende lov § 25 annet ledd, og reflekterer reglene i Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 1. Slikt visum som vil kunne gi adgang til territoriet, er standardvisum som nevnt i konvensjonen artikkel 10. Det kan være tale om enten et slikt visum som nevnt i konvensjonen artikkel 11 nr. 1a ("reisevisum"), eller som nevnt i artikkel 11 nr. 1b ("transittvisum").

Bestemmelsen i annet punktum gjelder såkalt visum for langtidsopphold, jf. Schengenkonvensjonen artikkel 18. Det vises til merknadene til § 11 for en nærmere beskrivelse av denne typen visum. I henhold til konvensjonen artikkel 18 skal et visum for langtidsopphold utstedes som et nasjonalt visum, men gir under nærmere forutsetninger innehaveren rett til å reise gjennom de øvrige konvensjonsparters territorium til den visumutstedende parts territorium. Slikt visum kan også være gyldig for innreise og opphold i andre land enn utstederstaten når dette fremgår av visumet, i inntil tre måneder fra første dag i den angitte tidsperiode.

Fjerde ledd: Bestemmelsen svarer til gjeldende utlendingsforskrift § 7 annet ledd.

Femte ledd: Bestemmelsen gir hjemmel for at Kongen i forskrift kan fastsette unntak fra fjerde ledd. Både Norge og andre Schengenland har bilaterale avtaler med land utenfor Schengensamarbeidet som innebærer at det kan være behov for unntak. Spørsmål i tilknytning til dette er tema for drøftelser innenfor Schengensamarbeidet, og utvalget har ikke gått nærmere inn på noen vurdering.

§ 9 Besøksvisum, transittvisum og lufthavntransittvisum

1. *For å kunne innvilge visum for besøk inntil 3 måneder kreves det at søkeren oppfyller vilkårene i*

8. Jf. gjeldende utlendingsforskrift § 113 tredje ledd

Konvensjon om gjennomføring av Schengenavtalen av 14. juni 1985 artikkel 5 nr. 1 bokstav a, c, d og e, og at det ellers vil være i samsvar med de kriteriene for visumutstedelse som følger av Schengensamarbeidet å utstede visum.

2. *Utlending som oppfyller vilkårene etter første ledd skal gis visum med mindre utenrikspolitiske eller innvandringsregulerende hensyn eller grunnleggende nasjonale interesser taler mot det, eller det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven.*
3. *Det foreligger ikke rett til visum dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller medfølgende barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge visum.*
4. *Besøksvisum gis for én eller flere innreiser. Bestemmelsen i § 8 fjerde ledd gjelder tilsvarende.*
5. *Kongen kan i forskrift gi utfyllende regler om vilkårene for å innvilge besøksvisum, og om varigheten og innholdet av slikt visum. Kongen kan i forskrift også gi regler om transittvisum og lufthavntransittvisum.*

Til § 9:
Som nevnt i kapittel 11.2.6 i de alminnelige motiver, har utvalget valgt å utforme ulike paragrafbestemmelser i lovutkastet for regulering av forskjellige typer visa, og har i denne forbindelse inndelt i tre hovedkategorier:

1. Besøksvisum, transittvisum og lufthavntransittvisum som gis i henhold til Schengenregleverket
2. Nasjonale visa som gis av humanitære grunner mv. innenfor de rammer som følger av Schengenkonvensjonen
3. Visum med sikte på langtidsopphold i henhold til en gitt eller fremtidig oppholdstillatelse

Inndelingen er foretatt med utgangspunkt i Schengenkonvensjonen. Bestemmelsen i lovutkastet § 9 gjelder slikt visum som nevnt i punkt 1 over.

Første ledd: Bestemmelsen fastsetter vilkårene for å innvilge et besøksvisum som vil gjelde for hele Schengenterritoriet. For å synliggjøre at det er Schengenkonvensjonen og Schengensamarbeidet som fastsetter rammene for visumpraksis, er det henvist direkte til konvensjonen og Schengensamarbeidet.

Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 1 fastsetter som hovedvilkår:

- Søkeren skal være i besittelse av det eller de av Eksekutivkomiteen fastsatte gyldige dokumenter som gir adgang til å passere grensen
- Søkeren skal kunne legge frem bevis for oppholdets formål og vilkår, og ha tilstrekkelige midler til sitt livsopphold under oppholdet og til tilbakereise til landet han kommer fra eller transitt til en tredjestat der han er sikret rett til innreise, eller kunne erverve disse midler på lovlig måte
- Søkeren skal ikke være innmeldt med henblikk på ikke å tillate innreise,
- Søkeren må ikke anses å kunne skade konvensjonspartenes offentlige orden, nasjonale sikkerhet eller deres internasjonale forbindelser

Når det gjelder de kriteriene for visumutstedelse som ellers følger av Schengensamarbeidet, vises det til kapittel 11.2.2 i de alminnelige motiver.

Annet ledd: Bestemmelsen fastsetter at visum skal innvilges med mindre utenrikspolitiske eller innvandringsregulerende hensyn, eller grunnleggende nasjonale interesser, taler mot det. Utenrikspolitiske hensyn er aktuelle i situasjoner hvor myndighetene ønsker å avskjære kontakt med personer som representerer eller kan assosieres med regimer man ønsker å markere politisk avstand til. Det vises til det som er sagt om utenrikspolitiske hensyn i kapittel 13.5.2 i de alminnelige motiver.

"Grunnleggende nasjonale interesser" erstatter "sikkerhetsmessige hensyn" som er brukt i gjeldende forskrift § 106 femte ledd. Det vises til kapittel 13.5.1 og 13.5.4.1 i de alminnelige motiver. Et avslag på søknad om visum av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser vil i de fleste tilfeller også kunne begrunnes med en henvisning til bestemmelsens annet ledd annet alternativ, fordi det da vil foreligge bortvisningsgrunn, jf. § 17 første ledd bokstav k. Det legges opp til at departementet fortsatt skal ha instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda i slike saker, jf. § 86 tredje ledd.

"Innvandringspolitiske hensyn" i gjeldende regelverk er byttet ut med "innvandrings*regulerende* hensyn". Det vises i denne sammenheng til de alminnelige motivene kapittel 9.6.2.4.

Visum etter § 9 skal ikke gis dersom det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven. En tilsvarende regel følger av gjeldende utlendingsforskrift § 106 femte ledd første punktum.

Tredje ledd: Når det gjelder den nye bestemmelsen om at visum skal kunne nektes dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse ville virke støtende å utstede visum,

vises det til kapittel 11.2.6 i de alminnelige motiver, samt til de særskilte merknadene til bestemmelsen i lovutkastet § 58 fjerde ledd. Bestemmelsen i § 9 tredje ledd vil i første rekke ha sin anvendelse i forhold til tilfeller hvor det er grunn til å frykte at søkeren vil kunne bli utsatt for alvorlig vold og mishandling av referansepersonen, og i tilfeller hvor referanseperson er en mann som stadig inviterer nye kvinner på tre måneders besøksopphold hvor det hele fremstår som "bruk og kast" av kvinner som blir forledet og utsatt for kynisk utnyttelse. Kvinnene vil ofte ha søkt visum i den tro at mannen er interessert i å vurdere muligheten for et mer varig forhold. Det understrekes at bestemmelsen må anvendes med stor varsomhet, og at det er de grove tilfellene det kan være aktuelt å reagere mot.

Som det følger av bestemmelsen i § 9 tredje ledd, er det ikke nødvendig for å avslå visum at det foreligger en risiko for fysisk vold eller mishandling. Det kan også være aktuelt å nekte visum dersom søkeren har vært referanseperson for en rekke kvinner og det foreligger opplysninger om at vedkommende har utnyttet eller krenket disse på en slik måte at det ville virke støtende i forhold til den alminnelige rettsfølelse dersom myndighetene skulle bidra til utnyttelse av nye kvinner gjennom å utstede visum. Situasjonen kan for eksempel være at myndighetene er kjent med at kvinner som tidligere har vært på visumbesøk har følt seg utnyttet og krenket og har oppsøkt krisesentre mv. uten at det nødvendigvis foreligger holdepunkter for at det har vært utøvet vold. Tilsvarende kan det foreligge opplysninger om at referansepersonen tildigere har forsøkt å føre kvinner ut i prostitusjon.

På samme måte som risikoen for mishandling eller kynisk utnyttelse av søkeren vil kunne gi grunnlag for å nekte visum, vil visum også kunne nektes dersom det foreligger en risiko for overgrep mot medfølgende barn. Dersom myndighetene for eksempel er kjent med at referansepersonen er en herboende mann som tidligere er dømt for pedofile overgrep, vil det kunne være aktuelt å nekte visum til en kvinne med medfølgende barn.

Det må alltid foretas en totalvurdering før det er aktuelt å anvende bestemmelsen om å nekte visum ut fra hensynet til søkeren eller dennes medfølgende barn. For å avgjøre hvor inngripende et eventuelt avslag vil virke, vil det blant annet være aktuelt å legge vekt på om det allerede eksisterer et seriøst forhold mellom partene og hvilke muligheter partene eventuelt har for å treffes i søkerens hjemland. Det vil også kunne være relevant hvorvidt søkeren er kjent med de forhold som taler mot at visum innvilges.

Bestemmelsens anvendelsesområde er for øvrig ikke begrenset til å gjelde tilfeller hvor søkeren er en kvinne som risikerer å bli utsatt for mishandling eller annen krenkelse av en herboende mann. Bestemmelsen vil være relevant også i alle andre sammenhenger hvor det eventuelt ville fremstå som støtende i forhold til den alminnelige rettsfølelse å innvilge visum.

Fjerde ledd: Bestemmelsen fastsetter i første punktum at besøksvisum gis for en eller flere innreiser. Vilkåret i gjeldende forskrift § 107 annet ledd om at det må foreligge "særlig behov" for å utstede flerreisevisum, anses unødvendig. Utsedelse av flerreisevisum forekommer i dag i stor utstrekning. I annet punktum er det fastsatt at bestemmelsen om tidsgrensen for opphold i riket i § 8 fjerde ledd gjelder tilsvarende.[9]

Femte ledd: Bestemmelsen gir hjemmel for at Kongen i forskrift kan gi utfyllende regler om vilkårene for å innvilge besøksvisum (blant annet om forsikringsordningen nevnt i kapittel 11.2.3 og 11.2.6). Det åpnes også for at Kongen kan gi regler som varigheten og innholdet av besøksvisum, og regler om transittvisum og lufthavntransittvisum.

§ 10 Besøksvisum av humanitære grunner mv.

1. *Når det er nødvendig av humanitære grunner, nasjonale hensyn eller på grunn av internasjonale forpliktelser, kan besøksvisum utstedes for inntil tre måneder selv om vilkårene i § 9 ikke er oppfylt. Reglene i § 8 fjerde ledd gjelder tilsvarende.*
2. *Visum som utstedes i henhold til denne paragraf er bare gyldige for innreise og opphold i Norge i den angitte tidsperiode. De øvrige Schengenland skal underrettes ved utstedelse.*
3. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

Til § 10:
Bestemmelsen svarer til gjeldende utlendingsforskrift § 106a, og bygger på reglene i Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 2 og artikkel 16.

Begrepene humanitære grunner, nasjonale hensyn og internasjonale forpliktelser skal tolkes i samsvar med de tilsvarende vilkår i Schengenkonvensjonen artikkel 5 nr. 2.

9. Tilsvarende ordning gjelder i henhold til § 106 første ledd annet punktum i gjeldende utlendingsforskrift.

§ 11 Visum for innreise med sikte på langtidsopphold i henhold til en gitt eller fremtidig oppholdstillatelse

Utlending som har til hensikt å oppholde seg i riket i mer enn tre måneder i henhold til en gitt eller fremtidig oppholdstillatelse, kan gis visum for innreise etter nærmere regler fastsatt av Kongen i forskrift. Slikt visum er bare gyldig for opphold i Norge.

Til § 11:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov.

Utkastet § 11 gir hjemmel for å utstede visum for innreise med sikte på langtidsopphold. Bestemmelsen reflekterer Schengenkonvensjonen artikkel 18 første punktum, som fastsetter at visum for opphold av mer enn tre måneders varighet er nasjonale visa som konvensjonspartene utsteder i henhold til egen lovgivning. Det er grunn til å understreke at det i henhold til den foreslåtte bestemmelsen i § 11 ikke er tale om *visum med en varighet av mer enn tre måneder,* men om visum for innreise i anledning et opphold som er planlagt å vare i mer enn tre måneder. Den mest typiske formen for visum som vil falle inn under bestemmelsens reguleringsområde er såkalte syvdagersvisum som utstedes blant annet til utlending som har fått innvilget oppholdstillatelse i riket, men som trenger visum for innreise. Andre situasjoner hvor visum for langtidsopphold anvendes i dag, er blant annet i forhold til såkalte jobbsøkervisum.[10] Også utlending som er gitt adgang til innreise for å fremsette en søknad om opphold på annet grunnlag fra riket, eller for å oppholde seg i Norge i påvente av at en søknad fremsatt fra utlandet skal bli ferdigbehandlet, gis syvdagersvisum. Grunnen til at visum gis for bare syv dager, er at utlendingen har plikt til å melde seg for politiet innen svy dager etter innreise.[11] Når utlendingen har meldt seg for politiet, har vedkommende adgang til fortsatt opphold også etter utløpet av de syv dagene visumet gjelder for.

Verken gjeldende utlendingslov eller gjeldende utlendingsforskrift har noen egen bestemmelse som tydeliggjør adgangen til å gi visum for langtidsopphold i form av nasjonalt visum. Lovutkastet § 11 er ment å skulle synliggjøre det som er en særskilt visumkategori under Schengenkonvensjonen og tydeliggjøre hjemmelsgrunnlaget for den praksis som følges allerede i dag.

Bestemmelsen overlater til Kongen i forskrift å fastsette de nærmere vilkår for nasjonalt visum for langtidsopphold. Som nevnt i de alminnelige motiver i kapittel 8.5.4.4, har utvalget forutsatt at det kan være aktuelt å gi nasjonalt visum for langtidsopphold til utlending som opplyser at vedkommende skal inngå ekteskap i riket med sikte på videre opphold.

§ 12 Vedtaksmyndighet og utstedelse av visum

1. *Søknad om visum avgjøres av Utlendingsdirektoratet. Myndighet til å avgjøre søknad om visum i henhold til § 9 kan også legges til utenrikstjenesten. Myndighet til å innvilge søknad om visum i henhold til § 9 kan dessuten legges til en utenrikstjeneste tilhørende et annet land som deltar i Schengensamarbeidet. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*
2. *Utlending som er i Norge på besøksvisum og skal reise ut av Schengenterritoriet, kan av politiet gis visum for ny innreise innen utløpet av den tidsperiode som er gitt i visumet. For innehaver av nasjonalt visum, jf. § 10, gjelder tilsvarende ved reise ut av Norge. Visum med kortere varighet enn nevnt i § 9 første ledd, kan av politiet forlenges inntil maksimal oppholdstid. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.*
3. *Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om utstedelse av visum, herunder om utstedelse av visum på grensen (nødvisum), om visum i kollektivt pass, og om fremgangsmåten ved søknad.*

Til § 12:
Bestemmelsen innfører ingen nye bestemmelser om vedtaksmyndighet eller utstedelse av visum, men inntar i loven en del bestemmelser som svarer til regler som i dag er fastsatt i forskrift,[12] og gir hjemmel for nærmere forskriftsregulering.

Utvalget har ikke foreslått noen regel om utstedelse av gruppevisum tilsvarende den man i dag har i utlendingsforskriften § 109 sjuende ledd, da denne bestemmelsen antas å være i strid med Schengenregelverket. Det vises til brev av 21.03.02 fra Utlendingsdirektoratet til Kommunal- og regionaldepartementet.

§ 13 Tilbakekall av visum

1. *Visum kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.*

10. Jf. utlendingsforskriften § 106 første ledd annet punktum
11. Jf. gjeldende lov § 14 første ledd og lovutkastet § 18 første ledd
12. Jf. særlig utlendingsforskriften §§ 110 og 112 første ledd.

2. *Vedtak om tilbakekall av visum treffes av Utlendingsdirektoratet. Dersom visum er gitt av et annet organ, har også dette organet kompetanse til å tilbakekalle visumet.*

Til § 13:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det er imidlertid ikke nytt at et vedtak om visum kan omgjøres. Forvaltningsloven § 35 gir et forvaltningsorgan hjemmel for å omgjøre blant annet ugyldige vedtak, jf. første ledd bokstav c. Forvaltningsloven § 35 vil for øvrig supplere lovutkastet § 13, jf. utkastet § 89. Det vises ellers til det som er sagt om tilbakekall av visum i kapittel 13.1.6 og 13.1.8.5 i de alminnelige motiver.

Det bemerkes at tilbakekall av visum bare er aktuelt frem til innreise har skjedd. Når innreise først har funnet sted, er det bortvisning eller eventuelt utvisning som er den egnede reaksjonsform.

§ 14 Grensepassering og grensekontroll

1. *Inn- og utreise skal skje over godkjente grenseovergangssteder dersom ikke annet er bestemt. Departementet avgjør hvor det skal være godkjente grenseovergangssteder. Uten hinder av denne lov kan indre Schengengrense passeres hvor som helst.*
2. *Enhver som kommer til riket, skal straks melde seg for passkontrollen eller nærmeste politimyndighet. Unntak gjelder ved passering av indre Schengengrense, med mindre det foretas grensekontroll av hensyn til den offentlige orden eller statens sikkerhet.*
3. *Enhver som reiser fra riket, skal ved utreisen melde seg for passkontrollen eller nærmeste politimyndighet. Unntak gjelder ved passering av indre Schengengrense, med mindre det foretas grensekontroll av hensyn til den offentlige orden eller statens sikkerhet.*
4. *Departementet kan unnta fra plikten etter annet og tredje ledd.*

Til § 14:
Bestemmelsen tilsvarer § 23 i gjeldende lov, men har noe endret utforming.[13] Setningen i gjeldende § 23 annet ledd om at tollovgivningen gjelder ved passering av indre Schengengrense, foreslås strøket som overflødig.

§ 15 Gjennomføring av grensekontroll

1. *Ved inn- og utreisekontroll påses at utlendingen har pass eller annet legitimasjonsdokument som er godkjent som reisedokument, og at visumpliktige har gyldig visum.*
2. *Ved inn- og utreise kan det også foretas andre former for identitetskontroll.*
3. *Ved inn- og utreise kan politiet undersøke kjøretøy, fartøy og luftfartøy for å fastslå om det finnes personer der som forsøker å unndra seg personkontroll.*
4. *Kongen kan i forskrift:*
   a) *gi nærmere regler om inn- og utreisekontroll,*
   b) *gi nærmere regler om politiets myndighet til å foreta innkreving av pass og andre reise- eller identitetsdokumenter fra utlending før innreisen i riket, samt til å ta kopi av slike dokumenter, og*
   c) *pålegge fører av skip eller luftfartøy å kontrollere at reisende har gyldig reise- eller identitetsdokument, samt plikt til å ta kopi av slike.*

Til § 15:
Bestemmelsen i § 15 er ny i forhold til gjeldende lov. Noe av innholdet er helt nytt, mens annet er hentet fra gjeldende utlendingsforskrift.

Første ledd: Bestemmelsen må ses i sammenheng med utvalgets forslag til §§ 7 og 8 med tilhørende regler i forskrift. For å kunne foreta den personkontrollen norske myndigheter er pålagt etter Schengenregelverket, må utlendingenes identitet og medbrakte dokumenter kunne kontrolleres. Manglende dokumentasjon på identitet kan medføre bortvisning i medhold av § 17 første ledd bokstav a.

Annet ledd: Bestemmelsen gir hjemmel for å foreta blant annet fingeravtrykks- og irisscreening i grensekontrollen. Dette foretas også i dag, og er ikke annet enn en kontroll opp mot forskjellige registre. Det foretas verken opptak eller registrering av screeningen.

Tredje og fjerde ledd: Det er ikke et vilkår at politiet må ha et kvalifisert krav til mistanke om at det befinner seg personer i for eksempel bagasjerommet på en bil som forsøker å unndra seg personkontroll, for at undersøkelse som nevnt i § 15 tredje ledd skal kunne foretas. Slik undersøkelse kan foretas rutinemessig som en del av den ordinære personkontrollen. Men det er et vilkår at undersøkelsene finner sted med det formål å kunne slå fast om noen forsøker å unndra seg personkontroll.

13. NOU 1983:47 s. 316-317. Ot.prp. nr. 46 s. 110-112 og 213-215. Se også Ot.prp. nr. 56 (1998-99) punkt 4.3 og 10.2.

Dersom de undersøkelsene politiet ønsker å foreta utelukkende har andre formål, må det søkes hjemmel i andre regler.

Mer detaljerte bestemmelser om inn- og utreisekontroll bør eventuelt gis i forskrift, jf. fjerde ledd.

§ 16 Tillatelse til å fratre stilling på skip. Landlov

1) Utlending som forlater stilling ombord i skip eller luftfartøy, eller som er blindpassasjer, må ikke gå i land i riket uten tillatelse fra politiet. Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om sjømenn som fratrer stilling på skip og deres adgang til å gå i land i riket.

2) Kongen kan i forskrift gi regler om utenlandske sjøfolks landlov under opphold på skip i norsk havn og om adgangen til å nekte landlov.

Til § 16:
Bestemmelsen viderefører gjeldende utlendingslov § 26,[14] men med en tilføyelse av nytt annet punktum i første ledd om Kongens kompetanse til å gi forskrift. Det er også foretatt en språklig justering i annet ledd uten innholdsmessig betydning.

§ 17 Bortvisning ved grensekontroll

1. Utlending kan bortvises:
- *a) når utlendingen ikke viser gyldig pass eller annet godkjent reisedokument når dette er nødvendig,*
- *b) når utlendingen ikke viser visum når dette er nødvendig,*
- *c) når utlendingen er registrert i Schengen Informasjonssystem (SIS) med sikte på å nekte innreise,*
- *d) når utlendingen mangler nødvendig tillatelse til opphold,*
- *e) når utlendingen ikke kan sannsynliggjøre det oppgitte formålet med oppholdet,*
- *f) når utlendingen ikke kan sannsynliggjøre å ha eller være sikret tilstrekkelige midler til opphold i riket og til hjemreise,*
- *g) når utlendingen er straffet som nevnt i § 77 første ledd bokstav b eller c, eller når andre omstendigheter gir særlig grunn til å frykte at utlendingen her i riket eller i annet nordisk land vil begå straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder,*
- *h) når en administrativ myndighet i et land som deltar i Schengensamarbeidet har truffet endelig avgjørelse om bortvisning eller utvisning av utlendingen fordi det foreligger alvorlige grunner til å anta at vedkommende har begått alvorlige straffbare handlinger, eller fordi det foreligger reelle holdepunkter for at vedkommende planlegger å begå slike handlinger på territoriet til et land som deltar i Schengensamarbeidet,*
- *i) når utlendingen ifølge kompetent helsepersonell åpenbart lider av alvorlige psykiske forstyrrelser,*
- *j) når utlendingen ikke har dekket utgifter som er blitt påført det offentlige i forbindelse med at utlendingen tidligere er ført ut av riket eller har uoppgjort bøtestraff eller uoppgjort gebyr,*
- *k) når det er nødvendig av hensyn til Norges eller annet Schengenlands grunnleggende nasjonale interesser, offentlige orden eller internasjonale forbindelser.*

2. Utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan bare bortvises dersom:
- *a) det foreligger forhold som nevnt i første ledd bokstav a,*
- *b) utlendingen oppholder seg ulovlig i riket, eller*
- *c) det foreligger forhold som gir grunnlag for utvisning.*

3. Utlending som har midlertidig eller permanent oppholdstillatelse kan ikke bortvises. Det samme gjelder nordisk borger som er bosatt i riket.

4. Bortvisning etter første ledd bokstav a til c treffes av politiet. Forvaltningsloven kapittel V og VI om vedtak og klage gjelder ikke ved bortvisning etter bokstav a til c.

5. Bortvisning for øvrig besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger.

6. Påberoper en utlending seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, eller det bortvises i medhold av bokstav k, skal saken forelegges Utlendingsdirektoratet til avgjørelse.

Til § 17:
Bestemmelsen omhandler de reaksjonsformer som er aktuelle ved grensekontrollen, og tilsvarer i stor utstrekning bortvisningsbestemmelsene i gjeldende lov § 27.[15] Vedtak om bortvisning av utlending etter at vedkommende har reist inn i riket, treffes i medhold av lovutkastet § 76. Myndighetene har ikke plikt til å bortvise selv om man

14. NOU 1983:47 s. 179 og 318-319. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 118-119 og 219.

15. NOU 1983:47 s. 202, 206 flg. og 327-331. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 119-125 og 220-226. Se også Ot.prp. nr. 17 (1998-99) punkt 3.2.8 og 4, samt Ot.prp. nr. 56 (1998-99) punkt 4.5 og 10.2.

har rettslig grunnlag for det. Det vises for øvrig til kapittel 12.2 i de alminnelige motiver.

Første ledd: Vilkårene i § 17 første ledd fungerer i praksis som innreisebetingelser som må være oppfylt før ("ved") innreise i riket.

Bokstav e i bestemmelsen slår fast at utlending kan bortvises dersom vedkommende ikke kan sannsynliggjøre det oppgitte formålet med oppholdet. I praksis har man sett eksempler på at utlendinger har fått innvilget visum på bakgrunn av invitasjoner og hotellbekreftelser, men hvor det i grensekontrollen har blitt avdekket at hotellet eller de som skal ha stått for invitasjonen ikke kan bekrefte at vedkommende skal komme. I slike tilfeller vil innreise kunne nektes under henvisning til manglende sannsynliggjøring av formålet med oppholdet.

Første ledd bokstav g første alternativ gir adgang til å bortvise en utlending ved innreise dersom utlendingen er straffet som nevnt i § 77 første ledd bokstav b og c. Det er ikke et vilkår at vedkommende er utvist. Annet alternativ sikter til omstendigheter hvor myndighetene ikke kan vise til en tidligere (relevant) straffedom, men hvor man likevel bør ha adgang til å beskytte seg mot mulige lovbrudd når det er god grunn til mistanke mot bestemte personer som ønsker å reise inn i riket. Det kreves at det foreligger en kvalifisert og individuell mistanke om forestående lovbrudd av alvorlig art for at en person skal kunne bortvises på dette grunnlaget.

Bestemmelsen i § 17 første ledd bokstav h er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til kapittel 12.3.3.11 i de alminnelige motiver. Som det fremgår der, foreslås det en bortvisningshjemmel i lovutkastet for å gjennomføre artikkel 3 nr. 1 bokstav a annet alternativ i EU-direktivet om gjensidig anerkjennelse av avgjørelser om utsendelse av tredjelandsborgere.[16]

I uttrykket "åpenbart" i bokstav i ligger at det ikke skal være tvil om at personen er alvorlig psykisk syk. Bestemmelsen gir anledning til å kunne bortvise en person som for eksempel er under psykiatrisk behandling, men har forlatt hjemlandet eller oppholdsstaten og ikke er i stand til å ta vare på seg selv. Dette vil regulært være til beste også for den behandlingstrengende selv.

Bokstav j hjemler bortvisning hvis vedkommende ikke har dekket gjeld han har til det offentlige i forbindelse med tidligere uttransport. I tillegg gir bestemmelsen adgang til å bortvise en utlending på grunnlag av uoppgjort bøtestraff og/ eller gebyr, hvilket er nytt i forhold til gjeldende lov. Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 12.2.3.3. Gebyret det siktes til, jf. lovutkastet § 117, er omtalt i kapittel 14.1.3.5.

I forhold til begrepet "grunnleggende nasjonale interesser" i bokstav k vises det til de alminnelige motiver kapittel 13.5. Hva som vil stride mot "offentlig orden" lar seg ikke fastslå generelt, og vil kunne variere etter tid, sted og samfunnsforhold. "Internasjonale forbindelser" omfatter forholdet til internasjonale organisasjoner og andre stater, og da ikke bare stater som er med i Schengensamarbeidet. Den tilsvarende bestemmelsen i gjeldende lov § 27 første ledd bokstav j ble vedtatt i forbindelse med at Norge ble med i Schengensamarbeidet. Det vises til forarbeidene for en nærmere redegjørelse.[17]

Annet ledd: Utlendinger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan bare bortvises i de tilfeller som er nevnt i annet ledd. Som angitt i de alminnelige motiver kapittel 12.2.3.6, har utvalget valgt å presiere at også en utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan bortvises på grunn av ulovlig opphold.

Tredje ledd: Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Begrunnelsen for forslaget fremgår av de alminnelige motiver i kapittel 12.2.3.2.

Fjerde ledd: Formålet med bestemmelsen er at politiet ved polititjenestemann i enkelte tilfeller skal kunne bortvise utlendinger som ankommer grensen. Bortvisningsgrunnlagene er begrenset til tilfeller hvor vedkommende mangler pass eller visum, eller er innmeldt i SIS med tanke på å hindre innreise. Dette er lett konstaterbare omstendigheter som ikke foranlediger at beslutningen om bortvisning må foretas av jurist i politiet. Avgjørelse om bortvisning ved innreise bør derfor kunne besluttes av polititjenestemenn.

Selv om vilkårene for bortvisning etter bestemmelsene i første ledd bokstav a til c er oppfylt, er det ikke til hinder for at en utvist utlending kan søke om særskilt innreisetillatelse, eller at en person som mangler visum kan søke om visum på grensen i ekstraordinære tilfeller. Når en utlending søker om beskyttelse, eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter kapittel 11 vil komme til anvendelse, har politiet

16. 2001/40/EF

17. Ot.prp. nr. 56 (1998-99) om lov om Schengen informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover som følge av Schengensamarbeidet punkt 4.5.6.1 og 10.2

ikke kompetanse til å treffe vedtak om bortvisning, jf. § 17 femte og sjette ledd.

Som bemerket i de alminnelige motiver i kapittel 12.2.3.7 bør beslutning om bortvisning etter bokstav a til c ikke kunne påklages. Det bør heller ikke være nødvendig med skriftlig begrunnelse. Polititjenestemann vil bare ha bortvisningskompetanse i forbindelse med grensepassering. Hvis det er aktuelt å bortvise utlending etter innreise/grensepassering, skal vedkommende bortvises i medhold av § 76.

Femte ledd: Med "politimesteren eller den han bemyndiger" siktes det til jurist i politiet, som ikke nødvendigvis har påtalekompetanse, jf. kapittel 13.2.2. En polititjenestemann kan ikke treffe vedtak om bortvisning i medhold av § 17 første ledd bokstav d til k.

Sjette ledd: Bestemmelsen viderefører § 27 tredje ledd i gjeldende lov, slik at politiet ikke kan treffe vedtak om bortvisning i sak hvor reglene om beskyttelse i kapittel 6 og/eller kapittel 11 kommer til anvendelse.

Også bortvisningsvedtak i medhold av utkastet § 17 første ledd bokstav k må treffes av Utlendingsdirektoratet. Dette er en videreføring av gjeldende lov § 31 første ledd.

§ 18 Utlendingens plikt til å gi melding til myndighetene

1. *Utlending som har fått oppholdstillatelse før innreise, skal senest innen én uke etter innreisen melde seg for politiet på oppholdsstedet.*
2. *Utlending som skifter bopel mens behandling av sak etter loven pågår, skal gi melding om dette til politiet.*
3. *Kongen kan i forskrift gi regler om at utlending som ikke trenger oppholdstillatelse eller som har permanent tillatelse, skal gi melding til politiet om sin bopel i riket og melding til vedkommende myndighet om sitt arbeid eller erverv.*

Til § 18:
Bestemmelsen regulerer de tilfeller hvor utlendingen selv har plikt til å gi melding til politiet. Den viderefører § 14 i gjeldende lov,[18] men med en endring i forhold til første ledd.

Annet punktum i utlendingsloven § 14 fastsetter at også utlending som akter å søke om eller for øvrig trenger oppholdstillatelse, må melde seg for politiet innen én uke etter innreise. Som nevnt i de alminnelige motiver ser utvalget ikke behov for å videreføre denne regelen.

Hvem som kan søke om oppholdstillatelse etter innreise fremgår av § 66. Det er for øvrig lagt opp til at § 66 skal kunne utfylles ved forskrift.

I søknadsbehandlingen kan det være nødvendig å innhente ytterligere opplysninger fra søkeren. Det er derfor viktig at myndighetene vet hvor utlendingen oppholder seg. Utlending som skifter bopel i det tidsrom vedkommende har en sak etter loven til behandling, må derfor gi melding til politiet, jf. § 18 annet ledd. Det er ikke tilstrekkelig at meldingen for eksempel gis til de ansatte ved det mottaket man flytter fra.

§ 19 Plikt i andre tilfelle til å gi melding til myndighetene

1. *Kongen kan ved forskrift gi bestemmelser om at:*
   a) føreren av luftfartøy som kommer fra, eller går til utlandet, skal gi politiet fortegnelse over reisende og mannskap,
   b) føreren av skip som passerer grensen på vei til eller fra norsk havn, skal gi politiet fortegnelse over reisende og mannskap,
   c) den som driver hotell, pensjonat, losjihus, leirplass o.l., skal føre fortegnelse over alle som overnatter og gi politiet melding om dem, samt at også andre kan pålegges å gi melding til politiet når utlending overnatter hos dem hvis sikkerhets- eller beredskapsmessige hensyn tilsier dette,
   d) den som tar utlending i sin tjeneste eller gir utlending lønnet arbeid, skal melde dette til politiet før arbeidet begynner,
   e) den som driver arbeidsformidling skal gi melding til politiet om de utlendinger som søker eller får arbeid,
   f) folkeregistret skal gi melding til politiet om utlendinger som meldes inn og ut,
   g) utdanningsinstitusjoner etter anmodning skal gi politiet fortegnelse over utenlandske elever eller studenter.
2. *Meldeplikten etter bestemmelsene i første ledd bokstav d, e og g gjelder ikke dersom utlendingen er nordisk borger.*
3. *Kongen kan gi nærmere regler om hvilke opplysninger fortegnelsene skal inneholde og hvordan opplysningene skal formidles.*
4. *Den det skal gis melding om, plikter å gi de opplysninger som er nødvendige for at meldeplikten kan bli oppfylt.*

18. Forarbeider: NOU 1983:47 s. 326-327. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 78-80 og 200-201. Se også Ot.prp. nr. 17 (1998-99) punkt 3.2.4.

Til § 19:
Bestemmelsen er i det vesentlige en videreføring av § 45 i gjeldende lov.[19]

Som følge av at det offentliges monopol på arbeidsformidling er opphevet, foreslås "arbeidsformidlingen" i gjeldende § 45 erstattet av "den som driver arbeidsformidling" i utkastet § 19 første ledd bokstav e. Det foreslås også at nordiske borgere unntas fra meldeplikten i visse tilfeller. Nordiske borgerer unntatt fra kravet om oppholdstillatelse for opphold og arbeid i riket, jf. utkastet § 4 annet ledd. Utvalget kan ikke se at det er nødvendig med meldeplikt i forhold til disse i tilfeller som nevnt i § 19 første ledd bokstav d, e eller g. Videre foreslås gjeldende § 45 første ledd bokstav h erstattet av en generell bestemmelse i lovutkastet § 94. Forslaget er begrunnet i kapittel 13.1.8.6 i de alminnelige motiver.

I tillegg til at Kongen fortsatt bør kunne gi nærmere regler om hvilke opplysninger de aktuelle fortegnelse skal inneholde, bør Kongen også kunne gi regler om hvordan de skal formidles, jf. utkastet § 19 tredje ledd.

§ 20 Annen utlendingskontroll

1. *I forbindelse med håndheving av bestemmelsene om utlendingers innreise og opphold i riket, kan politiet stanse en person og kreve legitimasjon når det antas at vedkommende er utenlandsk statsborger og omstendighetene (tid, sted og situasjon), gir grunn til slik kontroll. Ved slik kontroll må utlendingen vise legitimasjon og om nødvendig gi opplysninger for å bringe identiteten og lovligheten av oppholdet i riket på det rene. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om utøvelsen av denne kontrollen.*
2. *Beslutning om politikontroll i medhold av paragrafen her treffes av politimesteren eller den han bemyndiger. Beslutningen skal nedtegnes og begrunnes skriftlig, så vidt mulig før kontrollen skjer. Beslutningen skal gjelde for et nærmere angitt tidsrom.*

Til § 20:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov, og regulerer politiets kompetanse med hensyn til forvaltningsmessig kontroll av utlendingers identitet og oppholdsgrunnlag. Det vises til kapittel 11.5.3 i de alminnelige motiver.

Første ledd: Bestemmelsen bygger på Politidirektoratets rundskriv 01/021 av 03.08.2001 om politiets utøvelse av kontroll i grensenære områder og annen indre utlendingskontroll. Vilkårene for kontroll er kumulative. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at politiet antar at en person er utlending. Det må i tillegg foreligge omstendigheter ("tid, sted og situasjon") som gir grunn til å kreve legitimasjon og opplysninger om vedkommendes oppholdsgrunnlag. Det er ikke adgang til å stanse noen på gaten alene av den grunn at vedkommende "ser utenlandsk ut" eller snakker et annet språk enn norsk. Hvis en slik person derimot befinner seg på grensen, eller på en café eller et stasjonsområde hvor politiet har erfaring for at utlendinger uten lovlig opphold samler seg, vil vilkårene for kontroll som regel være oppfylt. Kontrollen bør normalt avbrytes dersom den som kontrolleres gir muntlige opplysninger som gir grunn til å anta at vedkommende er norsk eller nordisk borger, eller har lovlig opphold i riket, sml. politidirektoratets rundskriv punkt 4.1. I motsatt fall vil det kunne være grunnlag for nærmere undersøkelser og eventuelt innbringelse/pågripelse, jf. politiloven § 8 første ledd nr. 3 og lovutkastet §§ 110 og 113.

Annet ledd er utformet etter mønster av politiloven § 7a fjerde ledd. Med utvalgets forslag vil politimesteren på forhånd definere hvilke omstendigheter som tilsier at politiet bør foreta utlendingskontroll. En slik regel vil etter utvalgets mening være fordelaktig av rettssikkerhetshensyn. Utvalget antar også at bestemmelsen vil kunne forebygge anklager om at politiet foretar utlendingskontroll på vilkårlig grunnlag. Dette vil kunne bidra til å styrke tilliten til politiet.

Som nevnt i de alminnelige motiver, kan det oppstå spørsmål om når polisiær kontroll bør kunne initiere en utlendingskontroll, jf. for eksempel situasjonen når en edru person er uvanlig nervøs under en promillekontroll, eller når noen opptrer på en måte som tyder på at de ønsker å unngå politiet. Det er ikke meningen at § 20 annet ledd skal være til hinder for at utlendingskontroll skal kunne foretas i slike tilfeller. Nærmere regulering bør overlates til Politidirektoratet.

§ 21 Kompetansebestemmelser

1. *Politiet har ansvaret for grensekontrollen.*
2. *Tollvesenet skal bistå politiet i kontrollen med utlendingers inn- og utreise i henhold til denne loven. Ved utøvelsen av slik kontroll har tollvesenet de samme rettigheter og plikter når det*

[19] NOU 1983:47 s. 304-305 og 367-368. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 174-178 og 247-248. Se også Ot.prp. nr. 56 (1998-99) punkt 4.8 og 10.2.

gjelder undersøkelse av person, bagasje og kjøretøy, som når politiet utfører utlendingskontroll.

3. *Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om tollvesenets utlendingskontroll og om annen kontrollmyndighet.*

Til § 21:
Regelen i første ledd viderefører gjeldende utlendingsforskrift § 86.

Regelen i annet ledd er ny, jf. drøftelsen i kapittel 11.4.3. Bestemmelsen gir hjemmel for tollvesenet til å bistå politiet i utlendingskontrollen inntil politiet kan overta, og gir ikke adgang til for eksempel å bortvise utlending som overtrer innreisebetingelsene. At tollvesenet skal ha de samme rettigheter og plikter som politiet med hensyn til undersøkelse av person, bagasje og kjøretøy, innebærer blant annet at tollvesenet kan undersøke bagasjerom med sikte på å avdekke om det befinner seg personer der som forsøker å unndra seg personkontroll, jf. § 15 tredje ledd.

Utfyllende bestemmelser om tollvesenets kontrollmyndighet bør eventuelt stå i forskrift, jf. 21 tredje ledd.

Kapittel 3 Kortvarig opphold

§ 22 Besøk inntil tre måneder

1. *Utlending som ikke er gitt oppholdstillatelse etter bestemmelsene i kapittel 4, 5, 6, 7 og 8, men som oppfyller vilkårene for innreise i riket, har rett til besøksopphold i inntil tre måneder uten oppholdstillatelse. Utlendingen har ikke rett til å ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet under oppholdet, med mindre noe annet er fastsatt.*
2. *Kongen kan i forskrift bestemme at visse kategorier arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende som ellers ville falle inn under reglene i kapittel 5, skal kunne oppholde seg i riket uten oppholdstillatelse i inntil tre måneder i forbindelse med forretningsreiser, forskningsopphold, arbeid som artist eller journalist med videre.*
3. *Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om beregning av oppholdstiden etter første og annet ledd.*
4. *I forhold til utlendinger som trenger visum for innreise og opphold i riket, kan tidsrommet for opphold begrenses til mindre enn tre måneder.*

Til § 22:
Første ledd: Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Gjeldende lov har ingen generell bestemmelse om at utlending som oppfyller vilkårene for innreise har adgang til opphold i inntil tre måneder uten oppholdstillatelse. Dette følger imidlertid forutsetningsvis av loven § 6 annet ledd. For visumpliktige utlendinger følger det dessuten av loven § 25 femte ledd at visum for besøk gis for opphold av bestemt varighet inntil tre måneder.

Utvalget anser at det materielle grunnlaget for at utlendinger med innreiseadgang som utgangspunkt kan oppholde seg lovlig i riket i tre måneder uten oppholdstillatelse, bør fremkomme tydelig av selve loven. Formuleringen "som ikke er gitt oppholdstillatelse" innebærer ingen forutsetning om at utlendingen har søkt noen annen tillatelse etter loven.

Annet ledd: Bestemmelsen er en innsnevring av adgangen til å fastsette unntak fra kravet til oppholdstillatelse i forhold til gjeldende rett, jf. gjeldende utlendingslov § 6 tredje ledd annet punktum som gir en generell adgang for Kongen i forskrift til å fastsette unntak fra kravet til arbeids- og oppholdstillatelse under gjeldende lov. Etter forslaget til bestemmelse i annet ledd, vil unntak bare kunne fastsettes for opphold i forbindelse med visse typer arbeidsforhold av inntil tre måneders varighet. Ingen av de unntak fra kravet til oppholdstillatelse som er fastsatt i forskriften i dag[20], favner imidlertid videre enn at de vil kunne opprettholdes selv med den snevrere hjemmelen for å fastsette unntak som utvalget har foreslått. Den vesentlige hensikt med utvalgets formulering er da heller ikke å innsnevre hjemmelen, men å klargjøre hvilke kategorier det dreier seg om og på den måten gjøre lovteksten mer opplysende. Bestemmelsen må ses på bakgrunn av at kapittel 4 og 5 i utgangspunktet også gjelder utenlandske arbeidstakere som skal utføre arbeid i Norge for sin utenlandske arbeidsgiver.

Tredje ledd: Bestemmelsen åpner for at Kongen i forskrift kan gi nærmere regler om beregning av oppholdstiden etter første og annet ledd. I dag er denne type regler fastsatt i utlendingsforskriften § 7 første til tredje ledd.

Fjerde ledd: Bestemmelsen klargjør at adgangen til opphold i riket for utlending som har fått utstedt visum, kan være kortere enn tre måneder dersom dette følger av det utstedte visum. Det vises her til visumbestemmelsene i utkastet §§ 9 og 10. Bestemmelsen i § 22 fjerde ledd er strengt tatt overflødig, men er tatt med for å unngå misforståelser.

20. Jf. utlendingsforskriften § 8.

§ 23 Korttidsopphold ut over tre måneder

1. *Oppholdstillatelse for inntil 9 måneder kan gis dersom forholdet etter sin art faller utenfor lovens øvrige regler og innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot det.*
2. *Søknad om oppholdstillatelse etter første ledd kan ikke fremsettes av utlending som:*
   a) *oppholder seg i riket i forbindelse med søknad om oppholdstillatelse etter kapittel 6 eller i påvente av utreise etter avslag på slik søknad,*
   b) *har reist inn i riket uten å oppfylle vilkårene for innreise, eller*
   c) *oppholder seg ulovlig i riket.*
3. *Kongen fastsetter nærmere regler i forskrift, herunder regler om fremsettelse av søknad.*

Til § 23:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Noen tilsvarende bestemmelse finnes heller ikke i gjeldende utlendingsforskrift. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 9.8.

Første ledd: Utvalget har funnet det ønskelig å foreslå en bestemmelse som gir rom for at utlendingsmyndighetene kan innvilge opphold ut fra en konkret hensiktsmessighetsvurdering i tilfeller hvor det er klart at innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot at tillatelse til opphold gis. For at en slik bestemmelse ikke skal utfordre rammene for innvandringsreguleringen er det helt avgjørende at den praktiseres restriktivt. Utvalget har derfor også funnet det nødvendig å innta et vilkår om at det bare er forhold som etter sin art faller utenfor lovens øvrige regler som skal kunne danne grunnlag for oppholdstillatelse etter bestemmelsen. Slike situasjoner det siktes til, er med andre ord situasjoner som det fremstår sannsynlig at lovgiver ikke har hatt i tankene å regulere.

Annet ledd: I annet ledd fastsettes begrensninger med hensyn til hvem som skal kunne fremme en søknad om opphold etter bestemmelsen. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 9.8.

Tredje ledd: Bestemmelsen overlater til Kongen å gi nærmere regler i forskrift, herunder regler om fremsettelse av søknad. Ut fra formålet med bestemmelsen er det klart at det i en viss utstrekning må gjelde en adgang til å fremme søknad om opphold fra riket. På den annen side må det fastsettes slike rammer at ikke enhver utlending som har fått avslag på en søknad om opphold og som har plikt til å forlate riket, skal kunne trenere effektueringen ved å fremsette søknad om korttidsopphold.

Kapittel 4 Opphold i forbindelse med arbeid, studier mv. for utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

§ 24 Rett til opphold for statsborgere i land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

1. *Utlending som er statsborger i land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, og som*
   a) *er arbeidssøker eller arbeidstaker som omfattes av EØS-avtalens eller EFTA-konvensjonens regler om fri bevegelighet for arbeidstakere,*
   b) *skal drive ervervsvirksomhet eller skal være yter eller mottaker av tjenester i riket i henhold til reglene om etableringsrett og fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen,*
   c) *oppebærer tilstrekkelige faste periodiske ytelser eller har tilstrekkelige egne midler,*
   d) *er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon når formålet med oppholdet hovedsaklig er å gjennomføre en yrkesrettet utdanning og søkerens underhold er sikret,*

   kan uten oppholdstillatelse reise inn i riket og ta opphold eller arbeid her i inntil tre måneder, eller inntil seks måneder dersom utlendingen er arbeidssøkende. Opphold i annet nordisk land kommer ikke til fradrag ved beregning av oppholdstiden.
2. *Utlending som nevnt i første ledd som tar opphold i riket utover periodene nevnt i første ledd, må ha oppholdstillatelse. Første gangs oppholdstillatelse kan søkes etter innreise. Oppholdstillatelse kan bare nektes når vilkårene for utvisning er oppfylt. Videre kan arbeidssøkere som etter seks måneder fortsatt ikke har funnet arbeid, nektes oppholdstillatelse.*
3. *Kongen kan i forskrift fastsette nærmere regler, herunder unntak fra kravet om oppholdstillatelse og regler om plikt til å gi melding til myndighetene.*
4. *Vedtak om oppholdstillatelse treffes av Utlendingsdirektoratet, med mindre Kongen i forskrift har lagt myndighet til å innvilge søknader til politiet.*
5. *Bestemmelsen i § 37 første ledd gjelder tilsvarende for oppholdstillatelse etter denne paragraf.*

Til § 24:
Bestemmelsen svarer til § 50 første og tredje ledd og § 51 i gjeldende utlendingslov,[21] men er noe

[21] Ot.prp. nr. 72 (1991-92). Innst. O. nr. 21 (1992-93). Ot.prp. nr. 13 (1994-95). Innst. O. nr. 67 (1994-95). Ot.prp. nr. 17 (1998-99). Innst. O. nr. 42 (1998-99). Ot.prp. nr. 48 (2001-2002). Innst. O. nr. 70 (2001-2002)

omredigert. Det er også foretatt enkelte innholdmessige justeringer for at bestemmelsen bedre skal reflektere Norges avtalemessige forpliktelser. I forhold til første ledd bokstav a og annet ledd er det grunn til å presisere at en person som ikke oppfyller EØS-rettens minstekrav om "faktisk og effektiv beskjeftigelse", jf. kapittel 7.4.4.1, overhodet ikke kvalifiserer som "arbeidstaker som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen". En slik person vil ikke ha rett til opphold uten oppholdstillatelse i inntil tre måneder etter første ledd, eller krav på oppholdstillatelse etter annet ledd.

Ved anvendelsen av annet ledd første og tredje punktum må det tas hensyn til at personer som ved utløpet av seksmånedersfristen fortsatt søker arbeid og har reelle muligheter for å oppnå ansettelse, i henhold til EF-domstolens praksis ikke kan bortvises, jf. kapittel 7.4.4.1. I disse tilfellene vil det imidlertid kunne fremstå som lite hensiktsmessig å utstyre den arbeidssøkende med en oppholdstillatelse. Slike situasjoner bør i stedet håndteres ved at seksmånedersfristen i § 24 første ledd praktiseres med lempe med grunnlag i det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsipp. Man kan også se dette slik at § 24 her må ses i sammenheng med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet for arbeidstakere tolket i lys av EF-domstolens rettspraksis om arbeidssøkere.

I motsetning til gjeldende lov § 51 regulerer lovutkastet § 24 bare rettighetene til utlending som er statsborger i et land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Retten til opphold for andre utlendinger som faller inn under EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, er omhandlet i §§ 25 og 31.

§ 25 Oppholdstillatelse for familiemedlemmer av statsborgere i land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Familiemedlem til utlending som har eller får opphold i riket i medhold av § 24 har uten hensyn til statsborgerskap krav på familiegjenforening eller familieetablering når de vilkår som følger av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen er oppfylt. Slike familiemedlemmer kan også få oppholdstillatelse etter reglene i kapittel 8. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.

Til § 25:
Bestemmelsen svarer til § 52 i gjeldende lov.[22] I tillegg til at innholdet er noe endret, er det inntatt en presisering om at familiemedlem også kan få oppholdstillatelse etter reglene i kapittel 8. En søker som både oppfyller vilkårene etter § 25 og reglene i kapittel 8 vil ofte ha interesse av å få en tillatelse etter kapittel 8 fordi en slik tillatelse normalt vil danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. EØS-avtalens regler om hvilke familiemedlemmer som omfattes av retten til oppholdstillatelse følger nå av art. 10 i forordning 1612/68, som er gjort til norsk lov ved lov av 27. november 1992 nr. 112. Når forordningens art. 10 også i EØS-sammenheng blir erstattet av direktiv 2004/38, jf. pkt. 7.7, kan det være hensiktsmessig å ta inn nærmere regler i § 25 om hvilke familiemedlemmer som er omfattet.

§ 26 Fortsatt opphold etter avsluttet yrkesaktivitet i Norge

Kongen kan ved forskrift gi regler om rett til fortsatt opphold etter avsluttet yrkesaktivitet for utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav a og b, og for utlendingens familiemedlemmer, jf. § 25.

Til § 26:
Bestemmelsen viderefører § 53 i gjeldende lov uten endringer.[23]

§ 27 Innholdet av oppholdstillatelse

1. *Første gangs oppholdstillatelse etter §§ 24 til 26 gis i alminnelighet for fem år.*
2. *Når arbeidsforholdet har en varighet av fra tre måneder til ett år, gis tillatelsen til utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav a tilsvarende varighet.*
3. *Tillatelse til utlending som yter eller mottar tjenester, jf. § 24 første ledd bokstav b, gis samme varighet som tjenesteytelsen eller tjenestemottaket.*
4. *Første gangs tillatelse til utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav c kan gis en varighet på to år. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.*
5. *Tillatelse til utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav d gis for et tidsrom tilsvarende utdanningens varighet, likevel ikke ut over ett år.*

Til § 27:
Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 54 første til femte ledd uten endringer.

Lovens § 54 sjette ledd, som åpner for at det i visse tilfeller kan gjøres unntak fra retten til å ta

22. Ot.prp. nr. 72 (1991-92). Innst. O. nr. 21 (1992-93)
23. Ot.prp. nr. 72 (1991-92). Innst. O. nr. 21 (1992-93)

arbeid eller drive ervervsvirksomhet i hele riket, er ikke tatt med. En slik begrensning er i strid med art. 6 nr. 1 bokstav a i direktiv 68/360 og art. 22 i det nye direktiv 2004/38. Begrensningen må uansett vurderes som upraktisk. Utvalget har derfor ikke funnet grunn til å videreføre bestemmelsen i en ny lov.

§ 28 Fornyelse av oppholdstillatelse

1. *Oppholdstillatelse etter §§ 24 til 26 fornyes etter søknad når vilkårene fortsatt er oppfylt. § 27 første til femte ledd gjelder tilsvarende ved beregningen av den fornyede oppholdstillatelsens lengde.*
2. *Dersom søker har vært ufrivillig arbeidsledig i mer enn de siste tolv på hverandre følgende måneder, gis tillatelse for ett år ved første gangs fornyelse.*
3. *Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.*

Til § 28:
Bestemmelsen svarer til bestemmelser man i dag har i utlendingsloven § 55[24] og utlendingsforskriften § 192.

Bestemmelsen i *første ledd* første punktum viderefører gjeldende utlendingslov § 55 første ledd første punktum. Bestemmelsen i *første ledd annet punktum* viderefører i realiteten forskriften § 192 første ledd annet punktum, annet ledd første punktum og tredje ledd. *Tredje ledd* viderefører forskriften § 192 annet ledd tredje punktum. Forskriftshjemmelen i *fjerde ledd* videreføres fra utlendingsloven § 55 annet ledd.

§ 29 Tilbakekall av oppholdstillatelse

1) *Oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom det foreligger forhold som nevnt i § 73, likevel slik at tillatelsen ikke kan tilbakekalles utelukkende med den begrunnelse at utlendingen ikke lenger er yrkesaktiv, dersom dette skyldes midlertidig arbeidsutdyktighet på grunn av sykdom eller ulykke, eller dersom utlendingen er uforskyldt arbeidsledig og dette bekreftes av arbeidsmarkedsmyndighetene.*
2) *Oppholdstillatelse gitt første gang etter § 24 første ledd bokstav a til c kan tilbakekalles dersom utlendingen har oppholdt seg utenfor riket sammenhengende i mer enn seks måneder, såfremt fraværet ikke skyldes verneplikt.*

Til § 29:
Bestemmelsen viderefører gjeldende utlendingslov § 56 uten endringer.[25]

§ 30 Mulighet for å søke oppholdstillatelse etter kapittel 5

Utlending som har rett til oppholdstillatelse etter § 24 første ledd bokstav a og b kan etter eget valg søke om midlertidig oppholdstillatelse i medhold av kapittel 5 med sikte på å oppnå rett til permanent oppholdstillatelse etter § 72.

Til § 30:
Bestemmelsen er ny, men presiserer bare gjeldende rettstilstand: Utlending som oppfyller vilkårene for oppholdstillatelse både i kraft av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, og i kraft av de alminnelige innvandringsbestemmelsene for tredjelandsborgere, kan i stedet søke om oppholdstillatelse etter sistnevnte paragrafer og på den måten eventuelt få en tillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Dersom en innlemmelse av direktiv 2004/38 i EØS-avtalen, jf. pkt. 7.7, medfører at det også i EØS-sammenheng vil bli gitt permanent oppholdstillatelse til personer som grunner sitt opphold på EØS-avtalens regler og dette også gjøres gjeldende i forhold til EFTA-konvensjonen vil bestemmelsen antagelig bortfalle som uaktuell. I stedet må den nye utlendingsloven få bestemmelser om permanent oppholdstillatelse også for EØS-borgere (og sveitsiske statsborgere pga. EFTA-konvensjonen). Der er mulig at det da vil fremstå som hensiktsmessig å regulere innhold og lengde av oppholdstillatelsen også i disse tilfelle i lovutkastets kapittel 9 om allmenne regler om oppholdstillatelse mv., selv om dette skulle medføre enkelte spesialregler for EØS- og EFTA-tilfellene i kapittel 9.

§ 31 Oppholdstillatelse for tredjelandsborgere av hensyn til reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen

Utlending som ikke er statsborger i et land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, men som er arbeidstaker i et foretak som skal utføre arbeid i Norge i henhold til reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, har rett til opphold når dette følger av disse reglene. Kongen gir nærmere regler i forskrift, her-

[24] Ot.prp. nr. 72 (1991-92). Innst. O. nr. 21 (1992-93). Ot.prp. nr. 17 (1998-99). Innst. O. nr. 42 (1998-99)

[25] Ot.prp. nr. 72 (1991-92). Innst. O. nr. 21 (1992-93). Ot.prp. nr. 17 (1998-99). Innst. O. nr. 42 (1998-99)

under om i hvilken grad utlending som nevnt i første punktum må ha oppholdstillatelse.

Til § 31:
Bestemmelsen gir en rett til oppholdstillatelse for en tredjelandsborger som er arbeidstaker i et foretak som skal utføre arbeid i Norge i henhold til reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, i den utstrekning en slik rett til opphold følger av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Retten til oppholdstillatelse for slike tredjelandsborgere er derved regulert i en egen bestemmelse i lovutkastet, i motsetning til hva som er tilfellet etter gjeldende utlendingslov, jf. loven § 51. Det er overlatt til Kongen i forskrift å gi nærmere regler, blant annet om i hvilken grad utlending som nevnt kan ta opphold i riket uten oppholdstillatelse.

§ 32 Overgangsordninger for nye avtaleparter til EØS-avtalen

Ved utvidelse av EØS-avtalen til nye avtaleparter kan Kongen i forskrift gi overgangsbestemmelser som avviker fra bestemmelsene i dette kapittel.

Til § 32:
Bestemmelsen er ny og gir hjemmel for at Kongen kan gi forskrift om overgangsbestemmelser ved utvidelse av EØS-avtalen til nye avtaleparter. Slike overgangsbestemmelser kan avvike fra bestemmelsene i kapitlet for øvrig.

Kapittel 5 Opphold for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende mv. som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

§ 33 Oppholdstillatelse for arbeidstakere

1. *Utlending som ikke har rett til oppholdstillatelse etter kapittel 4, kan få oppholdstillatelse for å utføre arbeid i en annens tjeneste når Kongen i forskrift har åpnet for det og følgende vilkår er oppfylt:*
   a) *Stillingen kan ikke besettes av innenlandsk arbeidskraft eller arbeidskraft fra annet EØS-land innen rimelig tid.*
   b) *Lønns- og arbeidsvilkår må ikke være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.*
   c) *Det foreligger et konkret tilbud om arbeid. Arbeidstilbudet skal gjelde arbeid for én arbeidsgiver, med mindre særlige grunner tilsier noe annet.*
2. *Kongen kan i forskrift gi utfyllende bestemmelser til første ledd. Herunder kan Kongen fastsette:*
   a) *at oppholdstillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. § 72,*
   b) *at oppholdstillatelsen ikke skal kunne fornyes eller bare fornyes for et fastsatt tidsrom,*
   c) *at arbeidstakere som har fagutdanning eller spesielle kvalifikasjoner eller som skal utføre bestemte typer arbeid, skal kunne få oppholdstillatelse uten individuell vurdering av om det finnes alternativ innenlandsk arbeidskraft,*
   d) *at førstegangs oppholdstillatelse kan knyttes til en bestemt type arbeid,*
   e) *at oppholdstillatelse skal kunne gis med kortere varighet enn ett år,*
   f) *at oppholdstillatelsen gir adgang til flere kortere opphold for å utføre arbeid innen bestemte næringsgrener som har behov for ekstra bemanning i avgrensede perioder,*
   g) *at det kan gis forhåndstilsagn om oppholdstillatelse som nevnt i bokstav f for å utføre arbeid innen bestemte næringsgrener,*
   h) *at retten til å ta arbeid er begrenset til bestemte geografiske områder av riket, jf. § 70 tredje ledd bokstav b, og*
   i) *i hvilken grad utlendingen skal ha rett til fortsatt opphold for å søke nytt arbeid i tilfelle av at vedkommende blir arbeidsledig.*

Til § 33:
Bestemmelsen gir en annen regulering av adgangen til oppholdstillatelse enn i gjeldende lov når det gjelder arbeidstakere som ikke er nordiske statsborgere eller er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Gjeldende lov er utformet som en rettighetslov, jf. § 8 første ledd, men overlater til Kongen i forskrift å fastsette innvandringsregulerende vilkår for oppholdstillatelsen, jf. § 5 annet ledd.[26] I utkastet er de sentrale grunnvilkår for oppholdstillatelse fastsatt i loven. Dernest er det overlatt til Kongen i forskrift å fastsette i hvilken grad arbeidstakere som oppfyller disse grunnvilkårene skal gis rett eller adgang til oppholdstillatelse. Det vises til kapittel 7.6.5 i de alminnelige motiver.

Bestemmelsen gjelder også for utlendinger som skal utføre arbeid i Norge for sin utenlandske arbeidsgiver. Hvis kravet om oppholdstillatelse bare skulle gjelde arbeid for norsk arbeidsgiver, ville det være lett å omgå loven. Også de nåværende reglene om arbeidsinnvandring gjelder i

[26] Jf. utlendingsforskriften §§ 2-5a

utgangspunktet uavhengig av om arbeidsgiveren er norsk eller utenlandsk. For korttidsopphold, typisk for det som vanligvis omtales som forretningsreiser, forutsetter utvalget imidlertid at det som i dag vil bli gjort nødvendige unntak i forskrift i medhold av lovutkastet § 22 annet ledd. Videre vil det, uavhengig av vilkårene i § 33, kunne fastsettes særskilte regler for utenlandske korrespondenter, kunstnere, forskere mv. i medhold av § 34. Bestemmelsen i § 33 er ment å regulere innvandring av arbeidskraft som prinsipielt sett står i et konkurranseforhold til innenlandsk arbeidskraft.

Første ledd: Bestemmelsen angir hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne gis adgang til arbeidsinnvandring. Det vises til kapittel 7.6.6 til 7.6.9 i de alminnelige motiver.

Annet ledd: Det fastsettes her at Kongen i forskrift kan gi utfyllende bestemmelser til første ledd. I bokstav a til i er det gitt anvisning på hva det særlig kan være aktuelt å regulere i slik forskrift. Bestemmelsen i annet ledd gir imidlertid ikke noen uttømmende oppregning av hva forskriften kan regulere. Det vises til kapittel 7.6.5 i de alminnelige motiver.

§ 34 Oppholdstillatelse til fremme av økonomisk, vitenskapelig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling

Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift om opphold når dette fremmer økonomisk, vitenskapelig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling, og om innholdet av slik oppholdstillatelse, jf. § 70.

Til § 34:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Arbeidsinnvandring og annen innvandring av slike grunner som nevnt i lovutkastet, er i dag regulert gjennom den generelle rettighetsbestemmelsen i utlendingsloven § 8 første ledd og forskrifter gitt i medhold av loven § 5 annet ledd.

At man i utkastet har valgt å utforme en særskilt hjemmel for forskriftsregulering, innebærer ikke at det er lagt opp til noen endring når det gjelder adgangen til opphold. Tilfeller som tenkes regulert i forskrift er i første rekke nettopp slike tilfeller som i dag er regulert utlendingsforskriften §§ 4 og 4a. Det vises til kapittel 7.4.1.4, 7.4.1.5 og 9.5 i de alminnelige motiver.

Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd (”opphold når dette fremmer økonomisk, vitenskaplig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling”) kunne tolkes som en vid hjemmel for å fastsette adgang til arbeidsinnvandring, skal bestemmelsen ikke tolkes slik at man ut fra økonomiske hensyn kan åpne for innvandring av arbeidskraft som befinner seg i et konkurranseforhold til innenlandsk arbeidskraft. Der hvor det er hensynet til økonomisk samarbeid og utvikling som står sentralt, må det være noe annet enn økonomiske eller ressursmessige avveininger som gjør at det ikke er aktuelt å anvende innenlandsk arbeidskraft. Som praktiske eksempler nevnes korrespondenter for utenlandsk presse, forretningsfolk som er i Norge ut over tre måneder for å gjennomføre forhandlinger o.l.

Det vises for øvrig til bestemmelsen i § 22 annet ledd, som åpner for at det i forskrift kan gis adgang til opphold for visse kategorier av arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende i inntil tre måneder uten oppholdstillatelse.

§ 35 Oppholdstillatelse for å drive selvstendig næringsvirksomhet

Utlending som ikke har rett til oppholdstillatelse etter kapittel 4, og som skal drive varig selvstendig næringsvirksomhet i Norge, kan få oppholdstillatelse på nærmere vilkår som fastsettes av Kongen i forskrift. Det skal godtgjøres at det er økonomisk grunnlag for driften.

Til § 35:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Oppholdstillatelse for å drive selvstendig næringsvirksomhet er i dag regulert gjennom den generelle rettighetsbestemmelsen i utlendingsloven § 8 første ledd og forskrifter gitt i medhold av utlendingsloven § 5 annet ledd.[27] At man i utkastet har valgt å utforme en særskilt hjemmel for forskriftsregulering, innebærer ikke at det er lagt opp til noen endring når det gjelder adgangen til opphold.

Ellers kan det i forhold til visse kategorier av selvstendig næringsdrivende gjelde en adgang til opphold i inntil tre måneder uten oppholdstillatelse, jf. lovutkastet § 22 annet ledd. Bestemmelsen i § 35 er derfor avgrenset til ”varig” virksomhet.

§ 36 Oppholdstillatelse i utdanningsøyemed o.l.

1. *Utlending som ikke har rett til oppholdstillatelse etter kapittel 4, kan få oppholdstillatelse i Norge som*
   a) elev eller student ved utdanningsinstitusjon,
   b) praktikant, eller
   c) au pair.

27. Jf. utlendingsforskriften § 3 tredje ledd bokstav c

2. *Kongen fastsetter nærmere regler i forskrift om vilkårene for å få opphold etter første ledd. Kongen kan også fastsette at oppholdstillatelse skal kunne gis i lignende typer tilfeller som nevnt i første ledd.*
3. *Utlending som har oppholdstillatelse i medhold av første ledd, har ikke alminnelig rett til å ta arbeid i riket med mindre annet er fastsatt av Kongen i forskrift.*
4. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf kan ikke danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf § 72.*
5. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf kan gis for kortere tid enn ett år, jf § 70 første ledd annet punktum.*

Til § 36:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Innvandring i utdanningsøyemed er i dag regulert gjennom den generelle rettighetsbestemmelsen i utlendingsloven § 8 første ledd og de innvandringsregulerende bestemmelsene i utlendingsforskriften som er gitt i medhold av loven § 5 annet ledd.

Bestemmelsen i utkastet innebærer ikke i seg selv noen endring i adgangen til å gi oppholdstillatelse, men forankrer denne adgangen i en ny bestemmelse i selve loven. Det vises til kapittel 9.3 i de alminnelige motiver.

Første ledd: Bestemmelsen fastsetter hvem som i utgangspunktet kan få oppholdstillatelse i utdanningsøyemed.

Annet ledd: Bestemmelsen gir i første punktum en hjemmel for Kongen til å fastsette nærmere regler i forskrift om vilkårene for å få oppholdstillatelse. Kongen kan i medhold av denne bestemmelsen også fastsette begrensninger med hensyn til hvor lenge en utlending til sammen kan ha oppholdstillatelse etter de ulike bestemmelsene i paragrafen. I annet punktum er det gitt hjemmel for at Kongen også kan fastsette at oppholdstillatelse skal kunne gis i liknende typer tilfeller som nevnt i første ledd. Som eksempel vises det til bestemmelsene man i dag har i utlendingsforskriften 5 første ledd bostav a om ett års kompetansegivende arbeidsopphold for utlending som har fullført utdanning i riket, og § 5 annet ledd bokstav c om arbeidende gjest i landbruket.

Tredje ledd: Bestemmelsen fastsetter at utlending som har oppholdstillatelse i medhold av første ledd, ikke har alminnelig rett til å ta arbeid i riket med mindre annet er fastsatt av Kongen i forskrift.[28] Formålet med bestemmelsen er å motvirke at utdanningstillatelsene utnyttes for omgåelse av de alminnelige arbeidsinnvandringsbestemmelsene. Formuleringen "alminnelig rett til å ta arbeid" er valgt ut fra at en utlending som får opphold som praktikant, au pair e.l., selvsagt har adgang til å utføre slikt arbeid som følger med denne posisjonen. Uten særskilt tillatelse har utlendingen ikke ellers noen rett til å ta lønnet arbeid. På samme måte som under gjeldende forskriftsverk, antar utvalget at det vil være aktuelt å gi rom for at studenter i en viss utstrekning kan gis adgang til å ta deltidsarbeid.

Fjerde ledd: Bestemmelsen i fjerde ledd fastsetter at oppholdstillatelser etter paragrafen ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Dette samsvarer med hva som er situasjonen under gjeldende forskriftsverk.

Femte ledd: Bestemmelsen fastsetter at oppholdstillatelse etter paragrafen kan gis for et kortere tidsrom enn ett år.

§ 37 Tilsyn. Sanksjoner mot arbeidsgiver som bryter sine forpliktelser overfor utenlandsk arbeidstaker

1. *Arbeidstilsynet fører tilsyn med at vilkårene for oppholdstillatelse følges i virksomhetene med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår og stillingens omfang. Enhver som er underlagt tilsyn etter bestemmelsen skal, når Arbeidstilsynet krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Petroleumstilsynet har tilsvarende tilsynsansvar innenfor sitt myndighetsområde.*
2. *Dersom en arbeidsgiver i forhold til sine utenlandske arbeidstakere grovt eller gjentatte ganger bryter regler som skal verne om arbeidstakeres lønns- eller arbeidsvilkår, og som er gitt i eller i medhold av denne lov eller lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv., kan utlendingsmyndighetene treffe vedtak om at det ikke skal innvilges oppholdstillatelse for å utføre arbeid hos vedkommende arbeidsgiver. Vedtak etter denne bestemmelsen skal gjelde for inntil to år. Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift.*

Til § 37:
Første ledd: Bestemmelsen er ment å videreføre reglene i gjeldende lov § 11a om på den ene side Arbeidstilsynets og Petroleumstilsynets tilsyns-

28. Jf. i denne sammenheng lovutkastet § 70 tredje ledd bokstav b

plikt, og på den annen side opplysningsplikten overfor tilsynene for dem som er underlagt tilsyn.[29] Det vises til kapittel 7.2 og 7.6.14.

Annet ledd: Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov- og forskriftsverk, jf. kapittel 7.6.14 i de alminnelige motiver. Den gir adgang for myndighetene til å treffe administrative sanksjoner mot arbeidsgivere som grovt eller gjentatte ganger bryter regler som skal verne om arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår etter utlendingsloven eller lov om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven). Slike sanksjoner kan iverksettes ved at det treffes vedtak om å nekte å innvilge oppholdstillatelse for å ta arbeid hos en bestemt arbeidsgiver.

I utgangspunktet er bestemmelsen særlig tenkt å komme til anvendelse ved på brudd på bestemmelsene i lovutkastet § 33 første ledd bokstav b og eventuelle forskrifter med hjemmel i § 33 som har til formål å verne om lønns- og arbeidsvilkår.

En forutsetning for å treffe sanksjoner etter § 37 annet ledd er at krenkelsen av de aktuelle bestemmelsene er grov eller har skjedd gjentatte ganger. Hva som utgjør en grov krenkelse må avgjøres ut fra en konkret vurdering. Gjentatte krenkelser som hver for seg ikke er å anse som grove, kan særlig gi grunnlag for sanksjoner dersom krenkelsene tidligere er påpekt fra offentlig myndighet.

Sanksjonsadgangen i lovutkastet gjelder bare overfor arbeidsgivere, ikke oppdragsgivere. Utvalget har vurdert om samme eller likende tiltak bør kunne treffes i forhold til oppdragsgivere i Norge. I denne forbindelse har utvalget vært særlig oppmerksom på muligheten til å omgå ansvaret som arbeidsgiver ved formelt å opptre som oppdragsgiver. Utvalget har imidlertid kommet til at dette reiser for mange problemer av rettssikkerhetsmessig og håndhevingsmessig karakter i forhold til en oppdragsgivers ansvar for utlendinger som er ansatt annet sted. Utvalget vil også vise til at det generelt vil være anledning til å vurdere de reelle forholdene, dersom det er grunn til å tro at en arbeidsgiver har forsøkt å omgå lovens bestemmelser. Utvalget vil for øvrig vise til at straffebestemmelsen i lovutkastet § 118 også vil kunne brukes mot andre enn arbeidsgivere.

Sanksjoner etter § 37 annet ledd skal i henhold til annet punktum ha virkning for inntil to år. Kongen bør for øvrig kunne gi nærmere bestemmelser i forskrift, jf. tredje punktum.

[29] Se Ot.prp. nr. 77 (2003-2004) og Innst. O. nr. 103 (2003-2004). Tilsynenes opplysningsplikt overfor utlendingsmyndighetene er for øvrig regulert i lovutkastet § 94 annet ledd.

Kapittel 6 Beskyttelse

§ 38 Oppholdstillatelse for utlending som trenger beskyttelse (asyl)

1. *Utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad få oppholdstillatelse som flyktning dersom utlendingen*
   a) *har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951 artikkel 1 avsnitt A og protokoll av 31. januar 1967, eller*
   b) *uten å falle inn under bokstav a likevel ved tilbakevending til hjemlandet vil være utsatt for en slik fare for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff at Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende vedkommende hjem.*
2. *Den omstendighet at beskyttelsesbehovet har oppstått etter at utlendingen forlot hjemlandet, herunder at beskyttelsesbehovet skyldes søkerens egne handlinger utenfor hjemlandet, utelukker ikke at utlendingen har rett til oppholdstillatelse etter første ledd. Dette gjelder ikke dersom formålet med utlendingens egne handlinger utenfor hjemlandet var å oppnå oppholdstillatelse.*
3. *Også ektefelle eller samboer til utlending som gis oppholdstillatelse som flyktning, og flyktningens barn under 18 år uten ektefelle eller samboer, har rett til oppholdstillatelse som flyktning med mindre særlige grunner taler mot det.*
4. *Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om anvendelsen av denne paragraf og §§ 39 og 40.*

Til § 38:

Innledende om første ledd:

Reglene i § 38 første ledd regulerer hvem som har rett til opphold som flyktning, jf. gjeldende lov §§ 16 til 18.

På samme måte som etter gjeldende lov er det bare utlending som befinner seg i riket eller på norsk grense som har krav på oppholdstillatelse.[30] Bestemmelsen er derfor ikke direkte anvendelig i saker der noen søker asyl fra utlandet. I slike tilfeller må vedkommende henvende seg til en organisasjon eller instans - typisk UNHCR - som eventuelt kan henstille til Norge om å gi vedkommende oppholdstillatelse, jf. utkastet § 44 med motiver. Også i tilfeller med såkalte båtflyktninger, dvs.

[30] Jf. gjeldende utlendingslov § 17 første ledd første punktum.

hvor et skip med flyktninger/asylsøkere befinner seg til havs eller i utenlandsk havn, må denne fremgangsmåten anvendes.

Første ledd bokstav a

Som drøftet i kapittel 6.9 foreslår utvalget å gå vekk fra skillet mellom når en utlending har rett til beskyttelse og når vedkommende har rett til anerkjennelse som flyktning, jf. det skillet man i dag opererer med mellom beskyttelsesvurderingen etter flyktningkonvensjonen artikkel 33(1)[31] og statusvurderingen etter flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)[32].

Som forklart i kapittel 6.2.4, skilles det terminologisk og systematisk mellom kravet til bevis og kravet til risiko. Beviskravet gjelder spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som skal til for at et bestemt faktum skal kunne legges til grunn. Risikokravet gjelder spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at risikoen faktisk materialiserer seg i overgrep mot søkeren.

Etter § 38 skal det som nevnt ikke sondres mellom vurderingene etter flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) og artikkel 33(1). Dette innebærer at det vil være de krav til bevis og risiko som følger av artikkel 33(1) som blir avgjørende for om søkeren fyller vilkårene for flyktningbeskyttelse i medhold av § 38. Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 6.9.2.4.

Siden retningslinjene for nye asylkriterier ble gitt i 1998, har utlendingsforvaltningen praktisert et noe lempeligere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt ved flyktningvurderingen. På bakgrunn av uttalelser i utlendingslovens forarbeider har myndighetene heller ikke krevd sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at en utlending er vernet mot forfølgelse i medhold av utlendingsloven § 15 første ledd første punktum, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 33(1). I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) heter det på s. 103 annen spalte:

> "Det er en særegenhet ved asylsaker og saker etter § 15 at de ofte vil måtte avgjøres på grunnlag av mangelfulle bevis. Opplysninger fra søkeren vil i praksis ofte være ukontrollerbare, og den bakgrunnsinformasjon som foreligger, kan være mangelfull og av usikker kvalitet. Det er her grunn til å understreke at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt for å gi utlendinger vern mot utsendelse. I denne forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortoner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse."

Bevisvurderinger etter § 38 første ledd bokstav a skal etter utvalgets forslag foretas i tråd med de uttalelser som er gjengitt over fra Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 103. Beviskravet må tilpasses søkerens muligheter for å føre bevis. Både asylsøkeren og utlendingsmyndighetene må gjøre det de kan for at saken skal bli så godt opplyst som praktisk mulig, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd og UNHCRs håndbok punkt 195 til 205. Det vises til lovutkastet § 104 fjerde ledd.

Ved bevisvurderingen foretas en helhetlig bedømmelse av alle relevante faktiske forhold og anførsler. Dersom det knytter seg begrunnet tvil til hvilket faktum som skal legges til grunn, må det tas hensyn til hvilke konsekvenser en retur kan få for søkeren under den forutsetning at vedkommendes pretensjoner anses tilstrekkelig sannsynliggjort. Jo mer alvorlige overgrep søkeren risikerer ved retur (hvis pretensjonene legges til grunn), og jo større risikoen synes å være, desto mindre kreves for å anse det anførte faktum tilstrekkelig sannsynliggjort. Utvalget understreker at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for å legge asylsøkerens forklaring til grunn.

Det kreves heller ikke at risikoen for at forfølgelse vil skje er større enn muligheten for at forfølgelse ikke vil skje. Kravet etter § 38 første ledd bokstav a er at det skal foreligge "velgrunnet frykt", jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Det er tilstrekkelig at det foreligger en reell fare for forfølgelse. Også her vil det spille en rolle hva slags overgrep risikoen gjelder. Jo mer alvorlige overgrep, desto mindre krav kan det stilles til risikoen.

I noen saker knytter det seg en viss usikkerhet til utlendingens sikkerhetssituasjon ved retur, men uten at det foreligger tilstrekkelig usikkerhet til at det er grunnlag for å innvilge opphold etter lovutkastet § 38. I slike tilfeller oppstår spørsmålet om utlendingen bør innvilges en tillatelse i medhold av utkastet § 47 om opphold av sterke rimelighetsgrunner. Det vises til drøftelsen i de alminnelige motiver i kapittel 9.6.2.2, samt til merknadene til § 47.

Første ledd bokstav b

Som nevnt i kapittel 6.9.3 går utvalget inn for at alle utlendinger som har rett til beskyttelse etter våre internasjonale forpliktelser skal få opphold som flyktninger med mindre utlendingen er utelukket fra retten til anerkjennelse som flyktning i henhold til lovutkastet § 45, jf. kapittel 6.9.7. Utkastet § 38 første ledd bokstav b kommer til anven-

31. Jf. gjeldende utlendingslov § 15 første ledd første punktum.
32. Jf. gjeldende utlendingslov § 16 første ledd.

delse i tilfeller der Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende en utlending ut av landet fordi han eller hun risikerer å bli utsatt for overgrep som nevnt i bestemmelsen. Hva som er årsaken til at utlendingen vil være i fare ved retur, er uten betydning. Dette er en forskjell fra ordlyden i gjeldende lov § 15 første ledd annet punktum, som krever at det må foreligge "liknende grunner som angitt i flyktningdefinisjonen" for at utlendingen skal være vernet mot forfølgelse. Sistnevnte bestemmelse har imidlertid, i lys av Norges folkerettslige forpliktelser, vært praktisert på grunnlag av de samme kriterier som i utkastet § 38 første ledd bokstav b.

Som beskrevet i avsnitt 6.4.2.2 vil det i henhold til Den europeiske menneskerettsdomstols praksis kunne foreligge et vern mot utsendelse etter EMK artikkel 3 også i tilfeller hvor selve utsendelsen i seg selv må karakteriseres som umenneskelig behandling for eksempel på grunn av ekstraordinære forhold knyttet til utlendingens helsemessige situasjon. Denne typen tilfeller er imidlertid ikke tenkt regulert av beskyttelsesbestemmelsen i utkastet § 38. Bestemmelsen i § 38 retter seg kun mot de tilfeller hvor utlendingen risikerer å bli utsatt for overgrepshandlinger i returlandet, og regulerer ikke de situasjoner hvor det er andre ekstraordinære forhold som gjør at utsendelsen i seg selv utgjør umenneskelig behandling. I den sistnevnte typen situasjoner vil utlendingen måtte gis opphold etter rimelighetsbestemmelsen i lovutkastet § 47.

Bestemmelsen i § 38 første ledd bokstav b antas å være mest praktisk for såkalte krigsflyktningers vedkommende, dvs. personer som flykter fra krigshandlinger uten at de er forfulgt på grunn av sin rase, religion, politiske oppfatning osv. Ser man bort fra slike tilfeller, vil en utlending som er omfattet av bokstav b gjerne også være omfattet av bokstav a, men ikke alltid.

Bokstav b kan f.eks. også omfatte utlendinger som risikerer umenneskelig straff som ledd i straffeforfølgning i hjemlandet. I slike tilfeller kan det likevel komme på tale å utelukke vedkommende fra flyktningbeskyttelse i medhold av § 45. I så fall er det §§ 84 og 85 i lovutkastet som kan komme til anvendelse.

En utlending som faller utenfor både bokstav a og b, vil for øvrig kunne gis opphold etter en konkret rimelighetsvurdering i medhold av utkastet § 47.

Det er bare personer som risikerer å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende form for behandling som kan ha krav på oppholdstillatelse i medhold av § 38 første ledd bokstav b. Det at bestemmelsen bygger på internasjonale forpliktelser, må gjenspeiles ved tolkning og anvendelse av den.

Det bemerkes at utvalget ikke har foreslått en slik bestemmelse som den man har i EUs statusdirektiv artikkel 15 bokstav c om at det skal gis beskyttelse i tilfeller av "serious and individual threat to a civilian`s life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict." Grunnen til at utvalget har unnlatt å foreslå en slik særskilt bestemmelse, er at forholdet etter utvalgets vurdering allerede må anses dekket gjennom bestemmelsen i bokstav b.

Når det gjelder hvilket alvor et overgrep må ha for å utgjøre "tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff", vises det til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.2-6.4.2.5. Begrepene "umenneskelig eller nedverdigende behandling" vil også dekke alle tilfeller som gjelder tortur. De vanskelige tolkningsspørsmål vil gjelde hva som er den nedre grense i forhold til begrepene.

Begrepene må tolkes i en folkerettslig kontekst, jf. at bestemmelsen i bokstav b regulerer situasjoner hvor "Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende vedkommende hjem."

Det må legges til grunn at ikke ethvert tilfelle som vil utgjøre "forfølgelse" etter flyktningkonvensjonen og lovutkastet § 38 første ledd bokstav a, vil kunne anses som umenneskelig eller nedverdigende behandling. Det må dermed stilles noe strengere krav til forholdets alvor etter § 38 bokstav b enn etter bokstav a.

Som det fremgår i de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.2-6.4.2.5, anvender Den europeiske menneskerettsdomstol, gjerne følgende standardformulering for å beskrive hvilket alvor som kreves for at det skal foreligge en krenkelse av EMK art. 3:

> "[I]ll-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context ot the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim."[33]

Når det gjelder hvilke krav som gjelder i forhold til bevis og risiko, vises det til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.2 til 6.4.2.5. Det vises særlig til fremstillingen av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol i kapittel 6.4.2.2.

33. Cruz Varas v. Sverige, 15576/89

Når bestemmelsen i bokstav b krever at utlendingen "ved tilbakevending til hjemlandet" vil risikereslike overgrep som bestemmelsen angir, ligger det i dette at utlendingen må være forfulgt *i hele hjemlandet*. På dette punkt er det derfor en prinsipiell forskjell i forhold til vurderingen etter § 38 første ledd bokstav a, jf. lovutkastet § 39 fjerde ledd. Dersom retur til en annen del av landet enn det området vedkommende opprinnelig kom fra fremstår som et urimelig alternativ, vil det imidlertid kunne innvilges oppholdstillatelse med grunnlag i en regulær vurdering av humanitære grunner etter § 47.

Annet ledd

Bestemmelsen omhandler *sur place*-tilfellene. Sur place er forklart og omtalt i kapittel 6.2 og 6.9.4 i de alminnelige motiver.

Første punktum innebærer at begge kategoriene av sur place-tilfeller - "objektive" og "subjektive" ("broteori"-tilfellene inkludert) - vil kunne danne grunnlag for flyktningbeskyttelse etter § 38 første ledd. Det er uten betydning når forfølgelsesfaren oppsto, og i hvilken grad faren er "selvutløst" ved utlendingens egne handlinger. Både personer som omfattes av første ledd bokstav a og b kan påberope seg bestemmelsen i annet ledd. Men det vil nok være lite praktisk utenfor de tilfeller som faller inn under bokstav a.

Annet punktum gjør unntak for visse subjektive sur place-tilfeller. Dersom utlendingens handlemåte har hatt som eneste motiv å skaffe ham oppholdstillatelse, vil han ikke ha krav på beskyttelse i medhold av § 38. Men det vil være forbudt å sende ham ut av landet, jf. § 84.

Når det gjelder spørsmålet om hvilket beviskrav som skal praktiseres etter § 38 annet ledd, gjør det seg ikke gjeldende de samme hensyn som etter første ledd. Det lempelige beviskravet i første ledd er begrunnet med at personer som flykter fra forfølgelse kan ha vanskelig for å dokumentere at de har behov for beskyttelse. I subjektive sur place-tilfeller vil utlendingen derimot ofte ha mindre problemer med å dokumentere hva han har gjort. Også i en del objektive sur place-tilfeller vil det kunne være forholdsvis enkelt å sannsynliggjøre at situasjonen i hjemlandet har forandret seg, for eksempel hvis det har funnet sted et militærkupp eller utlendingen er blitt dømt til døden in absentia i full offentlighet. Som et utgangspunkt bør derfor det alminnelige beviskrav om sannsynlighetsovervekt gjelde både i forhold til påstander om at man har begått handlinger utenfor hjemlandet, og i forhold til anførsler om at det har funnet sted omstendigheter der etter utreisen, som har satt en i fare ved retur. Dette må imidlertid alltid vurderes konkret.

Det samme bør gjelde i forhold til eventuelle anførsler fra statens side om at det eneste formål med søkerens handlinger har vært å skaffe vedkommende opphold i Norge.

Tredje ledd

Bestemmelsen viderefører prinsippet i gjeldende lov § 17 tredje ledd, og verner om hensynet til familiens enhet.[34] Det vises til kapittel 6.1.1.2 og 6.9.5 i de alminnelige motiver. Det forutsettes at utgangspunktet om avledet status bare fravikes i tilfeller hvor det fremstår som klart at flyktningbeskyttelse ikke bør gis til de nærmeste familiemedlemmene.[35] I de tilfeller hvor flyktningen har inngått ekteskap etter at vedkommende fikk opphold som flyktning, bør som utgangspunkt beskyttelsesspørsmålet vurderes konkret.

Det bemerkes for øvrig at selv om det strengt tatt kan hevdes at et familiemedlem som fremsetter søknad om oppholdstillatelse fra hjemlandet ikke oppfyller vilkårene for anerkjennelse som flyktning fordi vedkommende ikke befinner seg utenfor hjemlandet og ikke er i riket eller på norsk grense, jf. første ledd, er dette selvsagt ikke et grunnlag for å avslå søknad fra et familiemedlem.

§ 39 Nærmere om forfølgelsesbegrepet i § 38 første ledd bokstav a

1) For at handlinger skal anses å utgjøre forfølgelse i forhold til § 38 første ledd bokstav a må de enten
   a) enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, særlig slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av artikkel 15 nr. 2 i den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950, eller
   b) utgjøre flere forskjellige tiltak, inkludert krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a.

2) Forfølgelse kan blant annet ta form av
   a) fysisk eller psykisk vold, herunder seksualisert vold,
   b) lovgivning og administrative, politimessige og judisielle tiltak, enten de er diskriminerende i seg selv eller praktiseres på en diskriminerende måte,
   c) strafforfølgelse og straffullbyrdelse som er uforholdsmessig eller diskriminerende,

34. NOU 1983:47 s. 358-359. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 86 og 205-206.
35. Sml. NOU 1983:47 s. 359 første spalte

d) fravær av muligheten for rettslig overprøving når dette fører til straffer som er uforholdsmessige eller diskriminerende,
e) strafforfølgelse for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser eller handlinger som nevnt i § 45 første ledd, eller
f) handlinger som er motivert av kjønn eller rettet særskilt mot barn.

3) Forfølger kan være
a) staten,
b) organisasjoner eller grupperinger som kontrollerer statsapparatet eller en så stor del av statens territorium at utlendingen ikke kan henvises til å søke beskyttelse i andre deler av landet, jf. § 38 første ledd bokstav a, eller
c) ikke-statlige aktører hvis de aktører som er nevnt i bokstav a og b, inkludert internasjonale organisasjoner, er ute av stand til eller ikke er villige til å treffe rimelige tiltak for å forhindre forfølgelsen, blant annet gjennom et virksomt system for å oppdage, rettsforfølge og straffe handlinger som utgjør forfølgelse.

4) Retten til oppholdstillatelse etter § 38 første ledd bokstav a gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henvise søkeren til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet.

Til § 39:
Innledende om første ledd:

Verken i utlendingsloven eller utlendingsforskriften finnes en definisjon av forfølgelsesbegrepet. Definisjonen i lovutkastet § 39 første ledd bygger på den tolkning av forfølgelsesbegrepet som anvendes i utlendingsretten i dag, og svarer til EUs statusdirektiv artikkel 9. Bestemmelsen tar ikke sikte på å endre forfølgelsesbegrepets innhold.[36] Det vises for øvrig til kapittel 6.9.2.3.

Forståelsen av forfølgelsesbegrepet i flyktningkonvensjonen, som er inkorporert i § 38 første ledd bokstav a, vil kunne utvikle seg over tid. En slik utvikling må i så fall reflekteres i tolkningen og anvendelsen av lovens forfølgelsesbegrep.

Første ledd bokstav a

Bestemmelsen definerer forfølgelse som alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter. Det angis videre at begrepet grunnleggende menneskerettigheter særlig skal anses å dekke slike rettigheter som er ufravikelige rettigheter etter EMK artikkel 15 nr. 2, det vil si retten til liv (artikkel 2), retten til ikke å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdigende behandling (artikkel 3), retten til ikke å bli utsatt for slaveri (artikkel 4 para. 1), og retten til ikke å bli straffet etter en lov med tilbakevirkende kraft (artikkel 7). Det er imidlertid klart at også menneskerettskrenkelser som ikke har et slikt alvor at de utgjør krenkelse av de kategoriene menneskerettigheter som er angitt i EMK artikkel 15 nr. 2, vil kunne utgjøre forfølgelse. Det bemerkes særlig at en menneskerettskrenkelse ikke trenger å utgjøre tortur eller umenneskelig eller nedverdigende behandling etter EMK artikkel 3 for å regnes som forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand.

Bestemmelsen i bokstav a stiller videre krav om at det skal foreligge fare for en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter. Det er med andre ord slik at man i tillegg til å konstatere en fare for brudd på grunnleggende menneskerettigheter, må vurdere behovet for internasjonal beskyttelse, jf. her drøftelsen i de alminnelige motiver kapittel 6.2.3

Selv om ikke en enkelt handling er tilstrekkelig til å utgjøre en alvorlig krenkelse av en grunnleggende menneskerettighet, kan gjentakelse av et slikt tiltak føre til at man samlet sett må si at det foreligger forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. For ordens skyld er dette presisert i bokstav a.

Første ledd bokstav b

I motsetning til bokstav a beskytter bokstav b menneskerettigheter som ikke er "grunnleggende". Etter bokstav b kan også tiltak som ikke kan karakteriseres som krenkelse av "menneskerettigheter" falle inn under forfølgelsesbegrepet, jf. uttrykket "*inkludert* krenkelser av menneskerettigheter". I prinsippet er det altså ikke et vilkår at tiltaket er forbudt verken etter folkeretten eller nasjonal rett.

Motstykket til at krenkelsene verken behøver å knytte seg til grunnleggende menneskerettigheter eller menneskerettigheter i det hele tatt, er at de handlingene utlendingen påberoper seg må bestå av *flere forskjellige tiltak*. For at bokstav b ikke skal uthule betydningen av bokstav a, er det uttrykkelig sagt at tiltakene i sum må berøre et menneske på en måte som kan sammenliknes med situasjonen som beskrevet i bokstav a.

Bokstav b gir med andre ord uttrykk for at tiltak som hver for seg ikke kan karakteriseres som forfølgelse kan måtte anses som forfølgelse etter en kumulativ vurdering.

36. Forarbeider: NOU 1983:47 s. 143 flg. og 152 flg. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 84-85, 87, 89-91, 95 flg. og 201-202. Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 13-15. St.meld. nr. 39 (1987-88) s. 35.

Annet ledd

Bestemmelsen gir eksempler på handlinger og tiltak som kan utgjøre forfølgelse, gitt at de er tilstrekkelig alvorlige etter første ledd. Oppregningen er ikke uttømmende. Bestemmelsen er først og fremst foreslått av informasjonshensyn.

Særlig om annet ledd bokstav c

Med henvisningen til "uforholdsmessig" straffeforfølgelse og -fullbyrdelse siktes det i første rekke til tiltak som fremstår som en klar overreaksjon med det formål å straffe individet spesielt hardt av grunner som angitt i flyktningdefinisjonen. Et lands myndigheter undertrykker for eksempel opposisjonelle ved å straffeforfølge dem etter lovgivning som i og for seg gjelder for alle, men utmåler svært streng straff sammenliknet med andre forseelser som er minst like straffverdige. Det presiseres at det i utgangspunktet ikke er norske normer for straffutmåling mv. som her vil være målestokk. Det vil være mer aktuelt å se hen til hva folkerettssamfunnet som helhet kan antas å ville finne akseptabelt i de sakene det er snakk om.

Karakteristikkene "uforholdsmessig" og "diskriminerende" vil i høy grad kunne overlappe hverandre. Det kan imidlertid ikke ses bort fra at alternativene kan ha selvstendig betydning i enkelte saker, hvilket er bakgrunnen for at begge er nevnt i bestemmelsen.

Saklig begrunnet forskjellsbehandling vil i utgangspunktet ikke falle inn under diskrimineringsbegrepet i bokstav c.

Særlig om annet ledd bokstav e

Som nevnt i bestemmelsen kan forfølgelse ta form av straffeforfølgelse eller straff for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser eller handlinger som nevnt i § 45 første ledd, dvs. handlinger som kan danne grunnlag for utelukkelse fra flyktningbeskyttelse. (I saker om unndratt militærtjeneste og desertering er alternativet om krigsforbrytelser særlig aktuelt, jf. § 45 første ledd bokstav a.) I helt spesielle saker vil militærnektere eller desertører etter en konkret vurdering kunne gis beskyttelse også utenfor de tilfeller som er regulert i § 39 første ledd bokstav e, for eksempel hvis straffeforfølgelsen eller straffefullbyrdelsen er uforholdsmessig eller diskriminerende, jf. bokstav c.

Tredje ledd

Tredje ledd gir eksempler på hvem som kan opptre som forfølger.

Etter bokstav c kan ikke-statlige aktører i visse tilfeller anses som forfølgere. Forutsetningen er at statlige myndigheter, eller den som kontrollerer hele eller deler av statens territorium, er ute av stand til eller ikke er villige til å treffe rimelige tiltak for å forhindre forfølgelse. Et praktisk eksempel på et slikt tiltak, er lovgivning som forbyr ulike former for overgrep som kan kvalifisere for flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), og som belegger overtredelser med et straffansvar som står i forhold til overgrepets art. Myndighetenes håndheving av slik lovgivning vil også være et relevant moment. Dersom det foreligger et mønster av unnfallenhet overfor visse forfølgere, eller et mønster av fravær av adekvat beskyttelse overfor visse ofre, kan det være et argument for at ordensmakten ikke er tilstrekkelig villig til å gi beskyttelse. Det samme vil kunne være tilfellet dersom asylsøkeren sannsynliggjør at han eller hun allerede har prøvd å få beskyttelse i hjemlandet uten å få det. Men dersom en mangelfull rettshåndheving/beskyttelse må antas å ha sammenheng med knapphet på ressurser, eller med at mulighetene for å straffeforfølge overgriperen er små - for eksempel fordi vedkommendes identitet er ukjent - vil fraværet av beskyttelse ikke uten videre være en indikasjon på at myndighetene er uvillige til å gi beskyttelse.

Fjerde ledd

Bestemmelsen i § 39 fjerde ledd gir anvisning på en internfluktvurdering, og gjør unntak fra retten til flyktningbeskyttelse. Internflukt er omtalt i kapittel 6.2.6. Se også kapittel 6.2.3 om såkalte "actors of protection".

Som beskrevet i kapittel 6.2.6 i de alminnelige motiver, består internfluktvurderingen etter § 39 fjerde ledd systematisk av to delvurderinger: En relevansvurdering og en rimelighetsvurdering.

Relevansvurderingen

Med "relevansvurdering" menes i denne sammenheng en vurdering av om en person faktisk kan få beskyttelse i et internfluktområde. Hvis dette ikke er mulig, kan det ikke forutsettes at han tar opphold der.

Det aktuelle internfluktområdet må være trygt, beboelig og tilgjengelig for søkeren. Her som ellers er det situasjonen på vedtakstidspunktet som er avgjørende. Internflukt behøver derfor ikke å ha vært et aktuelt alternativ på det tidspunkt søkeren forlot hjemlandet. Asylsøknaden kan avslås selv om internfluktområdet først ble et aktuelt alternativ i ettertid.

Rimelighetsvurderingen

Det er et vilkår for å kunne anvende unntaket i § 39 fjerde ledd at det ikke er urimelig å henvise

utlendingen til å søke beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området vedkommende flyktet fra. Ved denne vurderingen skal det tas stilling til om humanitære grunner tilsier at det vil være utilrådelig å henvise søkeren til å ta opphold i det aktuelle internfluktområdet. Mange av de samme momenter vil være relevante ved denne vurderingen som ved vurderingen av om tillatelse bør gis fordi sterke rimelighetsgrunner tilsier det, jf. utkastet § 47 første ledd. Det er imidlertid tale om to forskjellige typer vurderinger.

Ved vurderingen etter § 39 fjerde ledd skal det tas stilling til om situasjonen for internflyktninger flest i det aktuelle området er eller ville være av en slik art at det fremstår som urimelig å returnere asylsøkere (nye internflyktninger) dit. Lovteksten bruker derfor uttrykket søkere i ubestemt form. Dersom situasjonen for internflyktninger i området generelt sett må anses tilfredsstillende, vil vilkårene i § 39 fjerde ledd være oppfylt, og søknaden om beskyttelse etter § 38 første ledd bokstav a vil ikke føre frem.

Forhold knyttet til den enkelte søker vil derimot være relevante ved vurderingen av om oppholdstillatelse bør gis fordi sterke rimelighetsgrunner tilsier det, jf. § 47 første ledd. Det kan for eksempel tenkes tilfeller hvor søkeren ikke vil ha mulighet for å livnære seg i det aktuelle internfluktområdet på grunn av høy alder, sykdom eller forsørgeransvar for små barn. Saken må i så fall vurderes i forhold til § 47.

§ 40 Nærmere om grunnlaget for forfølgelse i henhold til § 38 første ledd bokstav a

1. *Ved anvendelsen av § 38 første ledd bokstav a skal følgende legges til grunn ved vurderingen av grunnlaget for forfølgelsen:*
   a) *Rase skal særlig anses å omfatte hudfarge, avstamning og tilhørighet til en bestemt etnisk gruppe.*
   b) *Religion skal særlig anses å omfatte*
      – *både religiøse og andre typer livssyn,*
      – *deltakelse i eller tilsiktet fravær fra formell gudsdyrkelse, enten det skjer privat eller offentlig, alene eller sammen med andre,*
      – *andre handlinger eller meningsytringer knyttet til vedkommendes religion eller livssyn,*
      – *individuelle eller kollektive handlemåter som er diktert av religiøs eller livssynsmessig overbevisning.*
   c) *Begrepet nasjonalitet skal foruten statsborgerskap eller mangel på statsborgerskap også omfatte medlemskap i en gruppe som er definert ved sin kulturelle, etniske eller språklige identitet, sin geografiske eller politiske opprinnelse eller sin forbindelse med befolkningen i en annen stat.*
   d) *En spesiell sosial gruppe skal særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegn kan være iboende eller av andre grunner uforanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den.*
   e) *Politisk oppfatning skal blant annet anses å omfatte oppfatninger om de aktuelle forfølgerne eller deres politikk eller metoder, uansett om søkeren har handlet i henhold til denne oppfatningen.*
2. *Ved vurderingen av om det foreligger en velgrunnet frykt for forfølgelse er det irrelevant om søkeren har de kjennetegn eller den politiske oppfatning som fører til forfølgelsen, såfremt forfølgeren mener at søkeren har kjennetegnet eller oppfatningen.*

Til § 40:
Bestemmelsen inneholder legaldefinisjoner av konvensjonsgrunnene i § 38 første ledd bokstav a. Reglene er nye. Det er redegjort for konvensjonsgrunnene i de alminnelige motiver i kapittel 6.2.2 og 6.9.2.2.

Legaldefinisjonene i første ledd er ikke uttømmende.

Definisjonen av konvensjonsgrunnen "spesiell sosial gruppe" i første ledd bokstav d bygger på definisjonen i EUs statusdirektiv artikkel 10 bokstav d.

Annet ledd likestiller søkerens egne kjennetegn og politiske oppfatning med tillagt oppfatning. Myndighetene forfølger for eksempel en person fordi de feilaktig legger til grunn at vedkommende er kritisk til regimet.

§ 41 Internasjonalt samarbeid mv. om behandling av søknader om opphold av beskyttelsesgrunner

1. *Søknad om oppholdstillatelse etter § 38 kan avvises dersom utlendingen*
   a) *har fått asyl eller annen form for beskyttelse i et annet land,*
   b) *kan kreves mottatt av et annet land som deltar i samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap*

om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet),

c) kan kreves mottatt av annen nordisk stat etter reglene i den nordiske passkontrolloverenskomsten,

d) har reist til riket etter å ha hatt opphold i en stat eller et område hvor utlendingen ikke var forfulgt, og hvor utlendingen vil få en søknad om beskyttelse behandlet.

2. Adgangen til å avvise søknad fra utlending som nevnt i første ledd kan ikke benyttes dersom § 84 er til hinder for det.

Til § 41:
Reglene i § 41 svarer i det store og hele til gjeldende lov § 17 første ledd annet punktum bokstav b til e og annet ledd. At en søknad om oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner (søknad om asyl) på visse vilkår kan "avvises", innebærer at myndighetene ikke tar stilling til om utlendingen fyller vilkårene for flyktningbeskyttelse. Vurderingen av utlendingens beskyttelsesbehov foretas av den stat som er ansvarlig for vedkommende. Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 6.11.4.

Det fremgår av § 41 første ledd at utlendingsmyndighetene i utgangspunktet vil stå fritt til å avgjøre hvilke saker som skal realitetsbehandles når Norge ikke er folkerettslig forpliktet til det. I Dublin-saker må forvaltningen imidlertid forholde seg til retningslinjene i humanitærklausulen i Dublin II-forordningen artikkel 15. (Prinsippene i humanitærklausulen kan eventuelt også anvendes på avvisningsgrunnlagene i § 41 første ledd bokstav a, c og d.)

Det er et uttrykkelig vilkår for avvisning etter bokstav d at utlendingen vil få en søknad om beskyttelse behandlet i det land det er aktuelt å sende vedkommende tilbake til. Det er ikke nødvendig å si dette i bokstav b og c. Alle land som deltar i Dublinsamarbeidet og/eller er part i passkontrolloverenskomsten behandler søknader om beskyttelse.

Forbudet mot refoulement gjelder selvsagt også i saker som omfattes av § 41 første ledd. Henvisningen i annet ledd til non refoulement-bestemmelsen i § 84 er strengt tatt overflødig, men er tatt med av informasjons- og signalhensyn.

§ 42 Adgang til å stille saksbehandlingen i bero

Ved utsikt til en snarlig bedring i situasjonen i det område der søkere om oppholdstillatelse etter § 38 kommer fra, slik at det ikke lenger vil være grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse etter § 38, kan departementet beslutte at behandlingen av søknadene fra personer fra dette området skal stilles i bero i inntil seks måneder. På samme vilkår kan perioden hvor saksbehandlingen stilles i bero forlenges med ytterligere seks måneder.

Til § 42:
Som påpekt i de alminnelige motiver i kapittel 6.11.11.9, mener utvalget at en adgang for departementet til å stille saker om beskyttelse i bero bør hjemles i en egen bestemmelse i kapittel 6.

Perioden hvor saksbehandlingen stilles i bero kan bare forlenges én gang.

§ 43 Kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon

1. Dersom det foreligger en massefluktsituasjon, kan Kongen i statsråd beslutte at bestemmelsene i denne paragraf får anvendelse. Kongen i statsråd beslutter også når adgangen til å gi kollektiv beskyttelse etter annet ledd skal bortfalle.

2. Utlending som omfattes av massefluktsituasjonen som nevnt i første ledd, og som kommer til riket eller er her når denne paragraf får anvendelse, kan etter søknad få en midlertidig oppholdstillatelse på grunnlag av en gruppevurdering (kollektiv beskyttelse). Tillatelsen danner ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Tillatelsen gjelder for ett år, og kan fornyes eller forlenges i inntil tre år fra det tidspunkt utlendingen første gang fikk oppholdstillatelse. Deretter kan det gis en midlertidig tillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Etter ett år med slik tillatelse skal det gis permanent oppholdstillatelse såfremt de øvrige vilkår er oppfylt, jf. § 72.

3. Søknad om oppholdstillatelse etter § 38 fra utlending som nevnt i annet ledd, kan stilles i bero i inntil tre år fra det tidspunkt utlendingen første gang fikk tillatelse. Når adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt, eller det er gått tre år siden utlendingen første gang fikk tillatelse, skal utlendingen informeres om at søknaden bare vil bli tatt under behandling dersom utlendingen innen en fastsatt frist uttrykkelig tilkjennegir et ønske om det.

4. Vedtak etter annet og tredje ledd treffes av Utlendingsdirektoratet. Direktoratet kan gi politiet myndighet til å gi oppholdstillatelse og stille søknad som nevnt i bero.

Til § 43:
Bestemmelsen viderefører i det store og hele reglene i gjeldende lov § 8a.[37] Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 6.10.

§ 44 Oppholdstillatelse etter anmodning fra internasjonal organisasjon mv.

1. *Etter anmodning fra FNs høykommissær for flyktninger, annen internasjonal organisasjon eller fra annen instans etter nærmere regler fastsatt av Kongen, kan utlending gis oppholdstillatelse etter §§ 38 eller 47. Når det tas stilling til søknaden etter innreise, skal det legges vekt på om søkeren hadde grunn til å regne med å bli behandlet som flyktning.*
2. *Forvaltningsloven kapittel IV og V om saksforberedelse og vedtak gjelder ikke sak etter første ledd, med mindre vedtak først skal treffes etter innreise.*
3. *Forvaltningsloven kapittel VI om klage og omgjøring kommer bare til anvendelse i sak hvor Utlendingsdirektoratet har innvilget oppholdstillatelse, eller vedtak om dette først treffes etter innreise.*

Til § 44:
Bestemmelsen regulerer det samme som utlendingsloven §§ 22 og 21 annet ledd annet punktum, samt utlendingsforskriften § 80 første ledd.[38] Av informasjonshensyn er utkastet § 44 annerledes formulert, men tilsikter ingen endring i realiteten.

Første ledd: Bestemmelsens primære anvendelsesområde vil fortsatt være saker etter initiativ fra UNHCR, selv om anvendelsesområdet er videre. Bestemmelsen vil for eksempel også være anvendelig dersom en stat skulle anmode Norge om å gi vitnebeskyttelse til en person som risikerer å bli utsatt for overgrep i hjemlandet på grunn av sitt vitnemål.

I enkelte saker er det i det vesentlige humanitære overveielser som ligger til grunn for en anmodning om overføring. På bakgrunn av utvalgets grunnholdning om at det bør skilles så klart som mulig mellom beskyttelse og opphold av rent humanitære grunner, bør det fortsatt være slik at den som overføres ikke skal ha krav på oppholdstillatelse som flyktning, men etter forholdene vil kunne få opphold av sterke rimelighetsgrunner. I utlendingslovens forarbeider understreket departementet imidlertid at det bare er i tilfeller hvor den overførte åpenbart ikke har en berettiget forventning om å bli anerkjent som flyktning, at det burde være aktuelt å gi opphold på humanitært grunnlag i stedet for asyl.[39] Fremmedlovutvalget ga uttrykk for liknende vurderinger i sin utredning.[40] Utvalget finner ikke grunn til å innta et annet standpunkt, og forutsetter at utkastet § 44 første ledd annet punktum blir praktisert på samme måte som § 21 annet ledd annet punktum i gjeldende lov.

Annet ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 22 tredje ledd, med den endring at reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V skal gjelde i saker hvor vedtaket treffes etter at utlendingen er reist inn i landet. Det vises for øvrig til kapittel 6.9.9 i de alminnelige motiver.

Tredje ledd: Som nevnt i kapittel 6.9.9 i de alminnelige motiver, går utvalget inn for å fjerne klageadgangen i saker om overføring hvor den saken gjelder ikke innvilges oppholdstillatelse, med unntak for tilfeller hvor vedtak først treffes etter innreise. I praksis vil det da stort sett bare være dem som faktisk blir overført som vil kunne klage over vedtaket, dvs. over hvilken type tillatelse som er innvilget (statusspørsmålet). En person som har fått oppholdstillatelse etter § 47, vil altså kunne klage over at vedkommende ikke er innvilget flyktningbeskyttelse i medhold av § 38. Omvendt vil en person som er innvilget flyktningbeskyttelse, men som ikke ønsker å bli ansett som flyktning, kunne be om å få opphold av sterke rimelighetsgrunner i stedet. Det kan tenkes tilfeller hvor for eksempel ektefellen til en flyktning ikke har et selvstendig behov for beskyttelse, og ønsker å beholde muligheten til å reise tilbake til hjemlandet og til å beholde sitt hjemlands reisedokument.

§ 45 Utelukkelsesgrunner

1. *Rett til oppholdstillatelse etter § 38 foreligger ikke dersom det er alvorlig grunn til å anta at utlendingen*
   a) *har gjort seg skyldig i en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten, slik disse forbrytelser er definert i internasjonale avtaler som tar sikte på å gi bestemmelser om slike forbrytelser,*
   b) *har gjort seg skyldig i en alvorlig ikke-politisk forbrytelse utenfor Norges grenser, eller*
   c) *har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med FNs formål og prinsipper, herunder Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 av 28. desember 2001 om bekjempelse av terrorisme.*

37. Forarbeider: Ot.prp. nr. 38 (1995-96), Innst. O. nr. 24 (1996-97) pkt. 3.1.
38. Forarbeider: NOU 1983:47 s. 83-84, 302 og 364-366. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 106-109 og 211-213.
39. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 109 annen spalte
40. NOU 1983:47 s. 366 første spalte

2. *Rett til oppholdstillatelse etter § 38 foreligger heller ikke dersom utlendingen med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet, eller har fått en dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for det norske samfunn.*
3. *Rett til oppholdstillatelse etter § 38 første ledd bokstav b foreligger ikke dersom utlendingen forlot hjemlandet for å unngå straffreaksjoner for en eller flere straffbare handlinger som kunne ha blitt straffet med fengsel dersom handlingene var blitt begått i Norge.*
4. *For utlendinger som faller inn under første til tredje ledd, men som etter § 84 annet ledd likevel er vernet mot utsendelse, gjelder § 85.*

Til § 45:
Bestemmelsens første og annet ledd bygger på reglene i gjeldende lov § 15 tredje ledd, § 16 annet ledd og § 17 annet ledd bokstav f, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1F og 33(2).[41] Innholdet i utkastet § 45 første og annet ledd er imidlertid ikke fullt ut sammenfallende med gjeldende rett. Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 6.2.8 og 6.9.7, særlig 6.9.7.3.

Bestemmelsen slår fast at utlending som omfattes av utelukkelsesgrunnene ikke har rett til oppholdstillatelse etter § 38. (Utkastet går lenger enn det som følger av flyktningkonvensjonen artikkel 1F, idet § 45 annet ledd har tilsvarende regler som EUs statusdirektiv artikkel 14 nr. 4 og 5.) Det er likevel ikke noe i veien for å gi tillatelse i medhold av § 38 dersom myndighetene finner grunn til det.

Første ledd

Bestemmelsen gjengir flyktningkonvensjonen artikkel 1F i noe bearbeidet form.

Det er et vilkår for utelukkelse etter første ledd at det er *alvorlig grunn til å anta* at vedkommende har gjort seg skyldig i et forhold som kan danne grunnlag for eksklusjon.

Utvalget legger til grunn at beviskravet etter § 45 første ledd normalt vil være sammenfallende med det ordinære kravet om sannsynlighetsovervekt i sivilprosessen.

Et spørsmål under første ledd bokstav a og b er om personer som har blitt frikjent, eller som har sonet straff, mottatt amnesti eller benådning, kan utelukkes fra flyktningstatus. Utvalget legger til grunn at verken frifinnelse, soning av utmålt straff, mottatt amnesti eller benådning, uten videre er til hinder for utelukkelse etter § 45 første ledd. Det må i hvert enkelt tilfelle foretas en rimelighetsvurdering.

Når det gjelder hva som ligger i formuleringen "alvorlig ikke-politisk forbrytelse", vises det til de alminnelige motiver kapittel 6.2.8.2.

Når det gjelder artikkel 1F(c), har denne som nevnt i de alminnelige motiver liten praktisk betydning som selvstendig eksklusjonsgrunnlag.

Annet ledd

Bestemmelsen i § 45 annet ledd bygger på ordlyden i flyktningkonvensjonen artikkel 33(2), men har et annet anvendelsesområde.

Annet ledd første alternativ gir hjemmel for utelukkelse fra flyktningbeskyttelse dersom utlendingen *med rimelig grunn* anses som en *fare for rikets sikkerhet*. Ettersom bestemmelsen bygger på en oversettelse av artikkel 33(2) i konvensjonen, er uttrykket "rikets sikkerhet" her ikke byttet ut med "grunnleggende nasjonale interesser".

Slike aktiviteter som typisk kan utgjøre "fare for rikets sikkerhet" er blant annet spionasje, sabotasje, undergravningsvirksomhet osv., som regel til fordel for fremmed stat. Det siktes videre til personer som har en eller annen form for tilknytning til terroristvirksomhet, hva enten det er norske eller utenlandske interesser i landet som er truet. Uttrykket "rikets sikkerhet" forekommer i en rekke ulike lover, og har ikke uten videre den samme mening overalt.

Uttrykket "med rimelig grunn anses" åpner for at myndighetene kan treffe vedtak om utelukkelse på grunnlag av mistanke. Man må imidlertid ha konkrete holdepunkter for at utlendingen representerer en fare, og kravet til mistanke kan ikke stilles for lavt. Det må også foretas en individuell vurdering. Grupper av utlendinger kan ikke utelukkes fra flyktningbeskyttelse på grunn av mistanke om at enkelte medlemmer av gruppen er en fare for rikets sikkerhet.

For at *annet ledd annet alternativ* skal komme til anvendelse, må det i utgangspunktet foreligge en rettskraftig dom. Bare *særlig alvorlige forbrytelser* kan danne grunnlag for utelukkelse etter dette alternativet, og faren må ha årsakssammenheng nettopp med det forhold forbrytelsen gjelder, jf. uttrykket "av den grunn". Dette har vært tolket som et krav om gjentakelsesfare.[42] Som nevnt over er det naturlig å tolke uttrykket "særlig alvorlig forbrytelse" mer strengt enn uttrykket "alvorlig ikke-politisk forbrytelse".

41. Forarbeider: NOU 1983:47 s. 143-146, 154-155, 305 flg. og 354 flg. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 97-98, 104 og 202-204.

42. Eli Fisknes: Utlendingsloven, kommentarutgave (Oslo, 1994) s. 168

Tredje ledd

Bestemmelsen i tredje ledd er ny og svarer til bestemmelsen i EUs statusdirektiv artikkel 17 nr. 3. Bestemmelsen fastsetter at en utlending som har forlatt hjemlandet for å unngå straffreaksjoner for straffbare forhold som kunne blitt straffet med fengsel også i Norge, ikke skal ha rett til beskyttelse etter § 38. Dersom utlendingen i forbindelse med straffeforfølgningen i hjemlandet risikerer å bli utsatt for alvorlige overgrep i strid med f.eks. EMK artikkel 3, vil vedkommende ha rett til beskyttelse etter bestemmelsene i lovutkastet §§ 84 og 85.

Fjerde ledd:

Bestemmelsen fastslår at dersom det etter en vurdering av § 45 er grunnlag for å utelukke utlendingen fra beskyttelse etter § 38, gjelder bestemmelsen om opphold i § 85 dersom utlendingen er vernet mot utsendelse etter § 84.

§ 46 Opphør og tilbakekall av oppholdstillatelse etter §§ 38 eller 43

1. *Ved siden av tilbakekall etter § 73 kan en midlertidig oppholdstillatelse etter §§ 38 og 43 også tilbakekalles dersom:*
   a) *utlendingen faller inn under § 45,*
   b) *utlendingen frivillig på nytt har søkt det lands beskyttelse han er borger av; eller*
   c) *han etter å ha mistet sitt statsborgerskap, frivillig har gjenervervet det; eller*
   d) *han har erverevet nytt statsborgerskap og nyter beskyttelse av det land han er blitt borger av; eller*
   e) *han frivillig på nytt har bosatt seg i det land han forlot, eller som han oppholdt seg utenfor på grunn av frykt for forfølgelse; eller*
   f) *han ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning etter § 38 eller fikk beskyttelse etter § 43 ikke lenger er til stede; eller*
   g) *han ikke er borger av noe land, og på grunn av de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning etter § 38 eller fikk beskyttelse etter § 43 ikke lenger er tilstede, er i stand til å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin bopel.*
2. *Oppholdstillatelse skal ikke tilbakekalles etter første ledd bokstav f eller g dersom utlendingen kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avvise beskyttelse fra det land i hvilket han har statsborgerrett eller å nekte og vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel.*

Til § 46:

Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov, men innebærer få endringer i realiteten.

Første ledd: Regelen i bokstav a er ny. Bokstav b til g regulerer det samme som gjeldende lov § 18 annet ledd første punktum første alternativ, og svarer til EUs statusdirektiv artikkel 11(1). Statusdirektivet artikkel 11 bygger igjen på flyktningkonvensjonens regler om opphør av flyktningstatus, jf. artikkel 1C. Artikkel 11(2) i direktivet avviker likevel noe fra flyktningkonvensjonen artikkel 1C.

Annet ledd: Bestemmelsen reflekterer unntakene fra hovedreglene i artikkel 1C(5) og (6). (Første ledd bokstav f og g tilsvarer hovedreglene i artikkel 1C(5) og 1C (6).) Unntaket i artikkel 1C(5) og (6) knytter seg etter sin ordlyd til artikkel 1A(1), ikke artikkel 1A(2), men bygger på hensyn som etter utvalgets oppfatning bør tillegges avgjørende vekt i de tilfeller de gjør seg gjeldende. Dersom en flyktning har tvingende grunner for ikke å vende tilbake til hjemlandet selv om det strengt tatt er trygt der, bør oppholdstillatelsen ikke kunne kalles tilbake i medhold av bokstav f og g.

Utlending som har fått kollektiv beskyttelse har ennå ikke fått et vedtak som innebærer at det er tatt stilling til om de fyller vilkårene for flyktningstatus. For å gjøre det klart at også denne kategorien kan få oppholdstillatelsen tilbakekalt dersom det foreligger omstendigheter som nevnt i § 46 første ledd bokstav f og g, er både personer med flyktningstatus og kollektiv beskyttelse nevnt i disse bestemmelsene. Også unntaket fra bokstav f og g i annet ledd kommer til anvendelse i saker om kollektiv beskyttelse.

Kapittel 7 Adgang til opphold av sterke rimelighetsgrunner

§ 47 Oppholdstillatelse av sterke rimelighetsgrunner

1. *Utlendingsmyndighetene kan av eget tiltak innvilge oppholdstillatelse til en utlending som har fått avslag på sin søknad om opphold på annet grunnlag dersom det på grunn av særlige omstendigheter eller ut fra en totalvurdering av situasjonen ville fremstå som urimelig å nekte opphold.*
2. *Som særlige omstendigheter etter første ledd regnes blant annet:*
   a) *utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,*

b) tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket, eller
c) utlendingen har en særlig sterk tilknytning til riket.

3. *Ved vurderingen av om tillatelse bør gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.*
4. *I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.*
5. *Når behovet er midlertidig eller andre særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Tillatelsen kan også gis med kortere varighet enn ett år.*
6. *Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift, og kan herunder åpne for at det kan søkes om oppholdstillatelse direkte etter denne paragraf.*

Til § 47:
Bestemmelsen gir en generell adgang til å gjøre unntak fra lovens øvrige materielle vilkår for oppholdstillatelse, og svarer i denne sammenheng til § 8 annet ledd i gjeldende lov.[43] Mens gjeldende lov § 8 annet ledd også gir en generell adgang til å gjøre unntak fra lovens prosessuelle bestemmelser, er rimelighetsbestemmelsen i § 47 utelukkende tenkt som en materiell unntakshjemmel.

Bestemmelsen i utkastet er drøftet i kapittel 9.6.2 i de alminnelige motiver. Som det fremgår der anser utvalget at det på samme måte som under gjeldende lov er nødvendig med en bestemmelse som åpner for et skjønn som ikke er bundet av loven. Dette gjelder både i forhold til asylsøkere og andre utlendinger.

Utvalget har ikke foretatt noen endring av unntaksbestemmelsen med sikte på å endre praksis.[44] Bakgrunnen for at det er gitt mer utfyllende kriterier for skjønnsutøvelsen i utkastet enn hva man i dag finner i § 8 annet ledd,[45] er at utvalget mener at det bør gis en noe mer detaljert veiledning for skjønnsutøvelsen fra lovgivers side. Dette er særlig begrunnet i pedagogiske hensyn, herunder hensynet til å fremme likebehandling.

Første ledd: Bestemmelsen angir at utlendingsmyndighetene kan innvilge oppholdstillatelse dersom det på grunn av særlige omstendigheter eller ut fra en totalvurdering av situasjonen ville fremstå som urimelig å nekte opphold. Eksempel på omstendigheter som alene vil kunne begrunne at oppholdstillatelse innvilges, er gitt i annet ledd. Hva som kreves for at det skal kunne innvilges opphold ut fra en totalvurdering, må overlates til en konkret bedømmelse. I kapittel 9.6.2.2 i de alminnelige motiver angis følgende situasjoner som særlig aktuelle med hensyn til anvendelse av rimelighetsbestemmelsen i asylsaker:

- situasjoner hvor det er belastende forhold ved sikkerhetssituasjonen som likevel ikke kan begrunne at det gis opphold etter beskyttelsesbestemmelsene i lovutkastet kapittel 6,
- situasjoner hvor beskyttelseshensyn og andre humanitære hensyn gjør seg gjeldende i kombinasjon, herunder situasjoner som gjelder
  - helsemessige forhold,
  - humanitære og sosiale forhold ved retursituasjonen,
  - tilknytning til Norge gjennom familie og/eller botid, og
  - hensynet til om enslige mindreårige har tilgjengelig omsorgsperson ved retur,
- situasjoner hvor det er fattet vedtak om eksklusjon fra beskyttelsesstatus etter kapittel 6, og hvor det anses ønskelig å innvilge opphold etter den generelle rimelighetsbestemmelsen snarere enn etter den særskilte bestemmelsen i § 85.

Det vises for øvrig til kapittel 9.6.

Første ledd: Det følger av første ledd at det er i tilfeller hvor utlendingen har fått avslag på sin søknad om opphold på annet grunnlag at rimelighetsbestemmelsen kommer til anvendelse, og at opphold da kan innvilges etter utlendingsmyndighetenes "eget tiltak". I utgangspunktet kan det altså ikke fremsettes noen søknad om opphold direkte etter paragrafen. Kongen kan imidlertid åpne for dette i forskrift, jf. sjette ledd.

Som hovedregel bør det være *søkerens* situasjon som er avgjørende ved rimelighetsvurderingen. Det er likevel ingen absolutt hindring for at det også kan legges vekt på rimelighetshensyn som knytter seg til andre enn søkeren.

Annet ledd: I annet ledd er det angitt eksempler på slike omstendigheter som etter første ledd alene vil kunne danne grunnlag for oppholdstillatelse. Eksemplene er ikke uttømmende, men antas å angi de praktisk sett viktigste grunnlagene.

Tredje ledd: Bestemmelsen fastsetter at det ved vurderingen etter første og annet ledd kan legges vekt

43. NOU 1983:47 s. 193 og 321-322. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 69 og 194. Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 4 og 8. Se også Innst. O. nr. 59 (2001-2002) punkt 1.1.2.
44. Som nevnt i kapittel 9.6.2, har utvalget ikke tatt stilling til om praksis under utlendingsloven § 8 annet ledd er for restriktiv eller liberal.
45. Utlendingsloven § 8 annet ledd henviser bare til at det må foreligge "sterke menneskelige hensyn" eller en "særlig tilknytning til riket".

på innvandringsregulerende hensyn. Det er anerkjent også under gjeldende lov at innvandringsregulerende hensyn kan tillegges vekt ved vurderingen. Grunnen til at utvalget har valgt å innta en uttrykkelig presisering av dette i lovteksten, er at man ønsker å tydeliggjøre den avveiningen som må foretas selv om det er klart at sterke rimelighetsgrunner gjør seg gjeldende. Bestemmelsen er ikke ment å innebære noen endring i realiteten i forhold til hva som er gjeldende praksis.

Fjerde ledd: Bestemmelsen gjengir prinsippet i barnekonvensjonen artikkel 3 om at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som gjelder barn. Som beskrevet i kapittel 4.10.3 i de alminnelige motiver, vil barnekonvensjonens bestemmelser allerede i kraft av menneskerettsloven § 2 nr. 4, jf. § 3, ha forrang foran annen lovgivning, jf. i denne forbindelse også lovutkastet § 2. Bestemmelsen i utkastet § 47 fjerde ledd innebærer derfor ikke annet enn en presisering av det som allerede følger av gjeldende rett. Som angitt i kapittel 4.10.3.2, har utvalget likevel ønsket å synliggjøre hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn i de sammenhenger i loven hvor dette er særlig nærliggende.

Femte ledd: Det følger av femte ledd første punktum at det kan fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse i de tilfeller hvor behovet for oppholdstillatelse er midlertidig eller hvor andre særlige grunner tilsier det. Bestemmelsen som i dag fremgår av utlendingsforskriften § 21 syvende ledd foreslås dermed inntatt i loven. I lovutkastet § 47 femte ledd annet punktum er det videre fastsatt at tillatelsen kan gis med kortere varighet enn ett år, jf. ellers utkastet § 70 første ledd om at en oppholdstillatelse som hovedregel gis med minst ett års varighet.

Sjette ledd: Bestemmelsen gir hjemmel for Kongen til å fastsette nærmere regler i forskrift. Innenfor den rammen som følger av paragrafen, har Kongen dermed frihet til å foreta en nærmere regulering. Det følger eksplisitt av bestemmelsen at Kongen herunder kan åpne for at det kan søkes om oppholdstillatelse direkte etter paragrafen, jf. motsetningsvis utgangspunktet i første ledd.

§ 48 Oppholdstillatelse når det foreligger praktiske returhindringer

1. *Utlending som har fått endelig avslag på sin søknad om oppholdstillatelse som for tiden ikke iverksettes, kan få en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for hjemreise bortfaller. Tillatelsen gir rett til å ta arbeid.*
2. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å besøke andre land som deltar i Schengensamarbeidet.*
3. *Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for vedtak etter denne paragraf.*
4. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

Til § 48:
Bestemmelsen svarer til § 17 sjette ledd annet, tredje og femte punktum i gjeldende lov. Presiseringen i annet ledd er ny i forhold til gjeldende lov. Det er ellers bare foretatt språklige endringer uten at noen endringer i realiteten er tilsiktet. Det vises for øvrig til kapittel 9.7. i de alminnelige motiver.

Kapittel 8 Familieinnvandring

I bestemmelsene om familieinnvandring er uttrykket "referanseperson" benyttet som betegnelse på den person som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med. Definisjonen av referanseperson er også angitt i utkastet paragraf 55.

I Familiegjenforening

§ 49 Familiegjenforening mellom ektefeller

1. *Søker som er ektefelle til en referanseperson som er:*
   a) *norsk eller nordisk statsborger,*
   b) *utlending med permanent oppholdstillatelse i riket,*
   c) *utlending som har eller får lovlig opphold i riket med oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, eller*
   d) *utlending som har oppholdstillatelse etter bestemmelsen i § 43 uten at ordningen med kollektiv beskyttelse har opphørt,*

   og som har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge med oppholdstillatelse, har rett til oppholdstillatelse.
2. *Det er et vilkår for familiegjenforening etter første ledd at begge parter har fylt 21 år, med mindre:*
   a) *referansepersonen har fått oppholdstillatelse i riket etter §§ 38 eller 43 og samlivet var etablert før søkeren ankom Norge, eller*
   b) *partene har levd i et etablert samliv i Norge mens begge har hatt oppholdstillatelse.*
3. *Med mindre særskilte omstendigheter foreligger er det et vilkår for familiegjenforening etter første ledd at ektefellene skal bo sammen.*

4. *Dersom referansepersonen får opphold i riket etter å ha inngått ekteskap med flere, kan bare én av de ektede få oppholdstillatelse. Dersom referansepersonen har opphold i riket og inngår ekteskap i utlandet med mer enn én, kan bare den først ektede få oppholdstillatelse. Har referansepersonen opphold i riket og inngår ekteskap i utlandet med en som er gift, kan vedkommende ikke få oppholdstillatelse.*

Til § 49:
Bestemmelsen viderefører med enkelte endringer et rettskrav på familiegjenforening for ektefeller, jf. gjeldende lov § 9 og utlendingsforskriften §§ 22 og 23. Også inngått partnerskap mellom to personer av samme kjønn vil gi rett til opphold, jf. lov om registrert partnerskap 30. april 1993 nr. 40 § 3, som fastsetter at bestemmelser i norsk lovgivning som omhandler ekteskap og ektefeller gjelder tilsvarende for registrert partnerskap og registrerte partnere.

Første ledd: Bestemmelsen angir innledningsvis i bokstav a til d hvilken status referansepersonen må ha for at det skal foreligge en rett til familiegjenforening. I bokstav a til c videreføres gjeldende krav om at referansepersonen er norsk eller nordisk borger, utlending med permanent oppholdstillatelse, eller utlending som har eller får lovlig opphold i riket med oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. I bokstav d er det foretatt en innstramning i forhold til gjeldende rett[46] ved at retten til familiegjenforening for ektefellen til utlending som har kollektiv beskyttelse, bortfaller fra det tidspunkt ordningen med kollektiv beskyttelse opphører. Når ordningen er brakt til opphør, vil utgangspunktet normalt være at de som har hatt beskyttelse skal returnere. Det er da ikke noe tilstrekkelig grunnlag for at det fortsatt skal foreligge en rett til familiegjenforening i Norge. I dag er ordningen at det foreligger en rett til familiegjenforening inntil den individuelle tillatelsen som er gitt i kraft av ordningen med kollektiv beskyttelse utløper.

For at forholdet skal kunne kategoriseres som familiegjenforening (og ikke familieetablering, jf. utkastet § 58), er det et vilkår at partene har levd i et etablert samliv i utlandet eller i Norge med gyldig oppholdstillatelse. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 8.5.3.4. I utgangspunktet synes det rimelig at det i normaltilfellene kreves minst et halvt års samliv før det er naturlig å anse at samlivet faktisk er etablert i relasjon til § 49.

46. Jf. utlendingsforskriften § 22 annet ledd.

Annet ledd: I annet ledd er det oppstilt en hovedregel om at begge parter må være fylt 21 år. Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende rett, hvor alderskravet er 18 år. Bakgrunnen for innstramningen er behovet for å motvirke at særlig unge mennesker presses til å inngå ekteskap mot sin vilje. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 8.5.4.8 og 8.5.4.9 for en nærmere fremstilling av problematikken omkring ekteskapspress og utvalgets drøftelse av 21-års kravet. I utgangspunktet er det særlig i forhold til tilfeller av familieetablering at det etter utvalgets vurdering er behov for et 21-års krav, men for å hindre omgåelsestilfeller er det nødvendig å innføre kravet også i forhold til gjenforening. Unntak fra 21-års kravet er foreslått for de tilfeller hvor referansepersonen har fått opphold i riket etter beskyttelsesbestemmelsene i loven kapittel 6 og samlivet var etablert før søkeren ankom Norge. Tilsvarende er det foreslått et unntak for de tilfeller hvor partene har bodd sammen i riket med oppholdstillatelse. Situasjonen kan for eksempel være at partene har etablert et samliv i Norge mens søkeren har hatt opphold som student e.l.

Tredje ledd: Bestemmelsen viderefører et hovedkrav om at partene skal bo sammen. Utvalget har foreslått at det fastsettes en uttrykkelig adgang til å gjøre unntak fra hovedkravet dersom særskilte omstendigheter foreligger. De tilfeller utvalget særlig har hatt i tankene, er de tilfeller hvor referansepersonen for eksempel skal arbeide for norske interesser eller for en humanitær organisasjon i utlandet. Under gjeldende regelverk ville et unntak fra kravet om at partene skal bo sammen eventuelt måtte søkes i den generelle unntaksbestemmelsen i utlendingsforskriften § 24 annet ledd, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd.

Fjerde ledd: Bestemmelsen viderefører de begrensninger i adgangen til familiegjenforening som i dag er fastsatt i utlendingsforskriften § 23 første ledd og som har til hensikt å motvirke familieinnvandring med grunnlag i polygame ekteskap. Bestemmelsen er noe annerledes formulert enn nevnte forskriftsbestemmelse, men det er ikke tilsiktet noen endringer i det materielle innholdet.

§ 50 Familiegjenforening mellom samboere

1) *Søker som har levd i et fast og etablert samboerforhold i minst to år eller som har barn med en referanseperson som nevnt i § 49 første ledd, har*

rett til oppholdstillatelse. Det er et vilkår at ingen av partene er gift.

2) *Begge parter må være over 21 år, med mindre referansepersonen har fått oppholdstillatelse i riket etter §§ 38 eller 43 og samlivet var etablert før søkeren ankom Norge.*
3) *Oppholdstillatelse kan gis til parter som ikke har levd i et fast og etablert samboerforhold i minst to år dersom partene venter barn sammen.*
4) *Oppholdstillatelse kan også gis selv om en av partene er gift, dersom det foreligger varige hindringer for å oppfylle vilkåret i første ledd om at ingen av partene må være gift.*
5) *Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.*

Til § 50:
Bestemmelsen regulerer retten til familiegjenforening mellom samboere. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 8.5.3.5. Retten gjelder også for samboere av samme kjønn.

Første ledd: Bestemmelsen gir rett til oppholdstillatelse for samboer til slik referanseperson som nevnt i § 49 første ledd. Det er et vilkår at partene har levd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år eller at de har felles barn. Det er i tillegg et vilkår at ingen av partene er gift.

Retten til familiegjenforening for samboere som har levd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år er en videreføring av den bestemmelsen som i dag er nedfelt i utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav b. Utvalget har sløyfet den presiseringen som er innarbeidet i gjeldende forskriftsbestemmelse om at partene må "akte å fortsette samlivet". En slik hensikt er en selvsagt forutsetning.

Forslaget innebærer en styrking av retten til familiegjenforening i tilfeller hvor samboerne har felles barn. I henhold til bestemmelsen i § 24 i gjeldende utlendingsforskrift, *kan* det i disse tilfellene gis adgang til familiegjenforening. Etter utvalgets forslag foreligger det et rettskrav på oppholdstillatelse.

Annet ledd: Bestemmelsen innebærer en innstramning ved at den fastsetter en hovedregel som hever alderskravet for familiegjenforening for samboere fra 18 år til 21 år. Det vises til merknadene til § 49 annet ledd.

Tredje og fjerde ledd: Bestemmelsene åpner for at oppholdstillatelse kan gis også i visse tilfeller hvor vilkårene etter første ledd ikke er oppfylt, og svarer til bestemmelsene i gjeldende utlendingsforskrift § 24 første ledd bokstav b.

Femte ledd: Bestemmelsen fastsetter en adgang for Kongen til å gi nærmere regler i forskrift.

§ 51 Familiegjenforening mellom barn og foreldre

1. *Søker som er barn under 18 år, har rett til oppholdstillatelse når begge foreldre har eller får oppholdstillatelse i riket.*
2. *Søker som er barn under 18 år, har rett til oppholdstillatelse når én av foreldrene har oppholdstillatelse i riket, med mindre hensynet til barnets beste taler mot det. Det er et vilkår at referansepersonen har foreldreansvaret, alene eller delt med den andre av foreldrene. Er foreldreansvaret delt, må samtykke foreligge fra den andre av foreldrene, med mindre dette er umulig å innhente eller særlige grunner tilsier at oppholdstillatelse uansett bør gis. Barn over 12 år skal gis anledning til å uttale seg. Dersom referansepersonen har flere enn én ektefelle, kan oppholdstillatelse bare gis til flere enn ett barn når de er helsøsken.*
3. *Første og annet ledd gjelder tilsvarende for barn under 18 år som blir adoptert etter utenlandsk lov eller vil bli adoptert etter lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon. Samtykke må være gitt av Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen før barnet er innreist i riket.*
4. *Søker som er barn under 21 år uten ektefelle eller samboer, og som er forsørget av en utlending som er borger av en stat som har tiltrådt Den europeiske sosialpakt 18. oktober 1961, har rett til opphold når begge foreldrene har oppholdstillatelse i riket.*
5. *Retten til oppholdstillatelse etter første til fjerde ledd gjelder ikke dersom foreldrene er gitt oppholdstillatelse i medhold av loven §§ 48 eller 85. Kongen kan også fastsette unntak fra retten til oppholdstillatelse i andre tilfeller hvor foreldrene er gitt oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.*

Til § 51
Første til fjerde ledd: Bestemmelsene svarer til utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav c til f, og innebærer at bestemmelsene innarbeides i loven uten noen endringer i det materielle innholdet. Det vises til kapittel 8.5.3.6 i de alminnelige motiver.

Femte ledd: Bestemmelsen fastsetter et unntak fra retten til oppholdstillatelse etter første til fjerde ledd i de tilfeller hvor foreldrene er gitt oppholdstillatelse i medhold av §§ 48 eller 85 i utkastet, dvs. de tilfeller hvor utlendingen har fått opphold på grunn av praktiske returhindringer eller uteluk-

kende fordi vedkommende er vernet mot utsendelse etter non refoulement-bestemmelsen i § 84 i utkastet. For øvrig fastsettes det at andre unntak kan gjøres i forskrift i de tilfeller hvor foreldrene er gitt oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.

§ 52 Familiegjenforening mellom barn med opphold etter §§ 38 eller 43 og barnets foreldre og søsken

1. *Søkere som er foreldre til barn under 18 år med opphold i riket etter §§ 38 eller 43 har rett til opphold, med mindre familiegjenforening kan finne sted i foreldrenes hjemland eller eventuelt det land hvor de oppholder seg, og hensynet til barnets beste ikke taler avgjørende mot det. Dersom søkeren er enslig far eller mor, har den av foreldrene som hadde foreldreansvar og som barnet bodde fast sammen med i hjemlandet, fortrinnsrett til opphold i Norge.*
2. *Tilsvarende gjelder for søsken under 18 år som ikke har ektefelle eller samboer og som bor sammen med foreldrene, eller den av dem som får opphold.*

Til § 52:
Det vises til kapittel 8.5.3.9 i de alminnelige motiver.

Bestemmelsen gjelder foreldres og søskens rett til å gjenforenes med herboende mindreårig barn som har fått opphold som flyktning (jf. § 38) eller i medhold av ordningen med kollektiv beskyttelse (jf. § 43). Bestemmelsen svarer til § 23 første ledd bokstav g og h i gjeldende utlendingsforskrift, men har et noe videre anvendelsesområde som følge av den endring utvalget har foreslått med hensyn til flyktningbegrepet, jf. utkastet § 38.

I første ledd er det inntatt et forbehold om at familiegjenforening i Norge kan nektes dersom familiegjenforening kan finne sted i foreldrenes hjemland eller eventuelt det land hvor de oppholder seg og hensynet til barnets beste ikke taler avgjørende mot det. Det er ingen grunn til at det i disse tilfellene skal gjelde noe rettskrav på familiegjenforening i Norge. Tvert i mot vil hensynet til barnets beste i en god del tilfeller kunne tilsi at gjenforening bør skje i hjemlandet.

§ 53 Familiegjenforening mellom norsk barn og barnets far eller mor

1. *Søker som er mor eller far til norsk barn under 18 år som søkeren har foreldreansvar for og bor fast sammen med, har rett til oppholdstillatelse for å bo sammen med barnet i Norge.*
2. *Oppholdstillatelse kan likevel nektes dersom dette ville lede til at søkeren ville bli gjenforent med en herboende ektefelle som allerede er gift med eller samboer med en annen person her.*

Til § 53:
Bestemmelsen gjelder retten til gjenforening med barn som er norsk borger under 18 år som søkeren har foreldreansvar for og bor fast sammen med, og svarer til utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav i. Utvalget har foreslått en viss lemping i vilkårene for familiegjenforening i samværstilfellene ved at man har sløyfet gjeldende vilkår om at søkeren ikke må være gift eller samboer. Man har i stedet foreslått en særskilt bestemmelse i annet ledd som skal motvirke polygame forhold. Det vises for øvrig til de alminnelige motivene kapittel 8.5.3.7.

§ 54 Mor eller far som skal ha samvær med barn i Norge

1. *Søker som er mor eller far til barn under 18 år som har oppholdstillatelse og bor fast sammen med den andre av foreldrene i riket, har rett til oppholdstillatelse. Det er et vilkår at søkeren:*
   a) har bodd sammen med barnet eller har utøvet samvær av et visst omfang det siste året i utlandet,
   b) har samværsrett av et visst omfang i riket, og
   c) sannsynliggjør at vedkommende vil benytte samværsretten.
2. *Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift om tidsberegningen etter første ledd bokstav a og om kravet til omfanget av samværsretten etter bokstav a og b.*

Til § 54
Bestemmelsen regulerer adgangen til gjenforening for mor eller far som skal ha samvær med barn under 18 år i Norge. I gjeldende utlendingsforskrift § 23 første ledd bokstav j er det fastsatt en adgang til ny oppholdstillatelse i kraft av en samværsordning for utlending som allerede har hatt oppholdstillatelse i riket det siste året. Gjeldende forskriftsverk gir imidlertid ikke rett til noen første gangs oppholdstillatelse slik som det er lagt opp til i utkastet. Bestemmelsen i utkastet er en innvandringsbestemmelse som gir rett til første gangs oppholdstillatelse i riket.[47]

Det vises til de alminnelige motiver kapittel 8.5.3.8

[47] Spørsmålet om ny oppholdstillatelse i kraft av samværsavtale etter et samlivsbrudd, er regulert i utkastet § 63.

§ 55 Enslig mor eller far med voksent barn i Norge

Mor eller far over 60 år uten ektefelle, samboer eller slektninger i opp- eller nedstigende linje i hjemlandet, kan gis oppholdstillatelse dersom referansepersonen er søkerens barn over 18 år, og er:

a) norsk eller nordisk borger,
b) utlending som har permanent oppholdstillatelse i riket,
c) utlending som har eller får lovlig opphold i riket med oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, eller
d) utlending som har oppholdstillatelse etter bestemmelsen i § 43 uten at ordningen med kollektiv beskyttelse har opphørt.

Til § 55

Bestemmelsen svarer til gjeldende utlendingsforskrift § 24 første ledd bokstav c. Det vises til kapittel 8.5.3.10 i de alminnelige motiver.

Mens nevnte forskriftsbestemmelse også har en passus om at familiegjenforening kan gis til eldre foreldrepar i særlige tilfeller, foreslår utvalget at loven kun retter seg mot enslige foreldre.

Utvalget har på den annen side sløyfet gjeldende vilkår om at referansepersonen må antas å ha et særlig ansvar for søkeren. Et slikt vilkår ville i praksis ha betydning i de tilfeller hvor søkeren eventuelt har nærstående familiemedlemmer bosatt i andre land, og hvor det kunne anses mer nærliggende at vedkommende ble gjenforent med en av de andre familiemedlemmene. Utvalget har imidlertid kommet til at det er lite heldig at man skal være presset til en bevisførsel om hvem som ut fra kulturelle eller familiemessige forhold skal anses å ha et særskilt ansvar for søkeren.

Utvalget har beholdt vilkåret om at søkeren må være uten slektninger i opp- eller nedstigende linje i hjemlandet. Det vises i denne sammenheng til drøftelsen i de alminnelige motiver.

§ 56 Korttidsopphold for å besøke barn i riket

1. *Oppholdstillatelse av inntil ni måneders varighet kan gis til foreldre som skal besøke barn som er bosatt i riket, og som er:*
   a) norsk eller nordisk borger,
   b) utlending som har permanent oppholdstillatelse i riket, eller
   c) utlending som har oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.
2. *Ved vurderingen av om tillatelse bør gis, skal det blant annet tas hensyn til sannsynligheten for at søkeren vil returnere til hjemlandet etter besøksperioden.*
3. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å ta arbeid og danner ikke grunnlag for permanent opphold.*
4. *Ny tillatelse etter denne bestemmelsen kan tidligst gis etter ett års opphold utenfor riket.*
5. *Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.*

Til § 56:

Bestemmelsen svarer til den bestemmelsen man i dag har i utlendingsforskriften § 24 fjerde ledd. Det er foreslått en innstramning ved at bestemmelsen ikke gir adgang til gjenforening med utlending som har kollektiv beskyttelse. I praksis ville det trolig være lite aktuelt også under gjeldende regelverk å innvilge korttidsopphold til foreldre med barn med kollektiv beskyttelse i riket. Returforutsetningen ville sjelden være oppfylt i slike tilfeller.

§ 57 Familiegjenforening i andre tilfeller

1. *Dersom sterke rimelighetsgrunner tilsier det, kan oppholdstillatelse også gis til annet familiemedlem enn nevnt i §§ 49 til 56, og det kan gjøres unntak fra vilkår knyttet til referansepersonens status.*
2. *Ved vurderingen av om oppholdstillatelse bør innvilges, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.*
3. *Når særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse eller at oppholdstillatelsen ikke skal gi rett til å ta arbeid.*
4. *Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.*

Til § 57:

Bestemmelsen gir adgang til å gjøre unntak fra de vilkår som ellers gjelder med hensyn til familietilknytning og referansepersonens status. Bestemmelsen svarer dermed til § 24 annet ledd i utlendingsforskriften, som er gitt med hjemmel i utlendingsloven § 8 annet ledd. Det vises til kapittel 8.5.3.11 i de alminnelige motiver.

Første ledd: De typetilfellene som i dag er opplistet i utlendingsforskriften § 24 første ledd (og som eventuelt ikke er fanget opp gjennom de øvrige forslag til bestemmelser), vil måtte vurderes i forhold til den her foreslåtte bestemmelsen. For øvrig er bestemmelsen særlig aktuell i tilfeller hvor søkeren er det siste medlem (”last link”) av en familieenhet som har levd i husstandsfellesskap i hjemlandet og hvor alle øvrige familiemedlemmer er

gitt rett til opphold i Norge, samtidig som søkeren i et slikt tilfelle er avhengig av å forsørges av de øvrige familiemedlemmene. For øvrig vises det til de alminnelige motivene.

Annet ledd: Den foreslåtte bestemmelsen i første ledd er i likhet med gjeldende unntaksbestemmelse en "kan-bestemmelse" og ikke en rettighetsbestemmelse, og det følger således forutsetningsvis at utlendingsmyndighetene må foreta innvandringspolitiske avveininger når praksis skal fastlegges. Det er pedagogiske hensyn som gjør at utvalget foreslår å presisere innvandringsregulerende hensyn som et relevant vurderingsmoment i loven. Tanken er at dette vil kunne gi en mer tydelig forklaring på hvorfor praksis i mange tilfeller vil oppleves som restriktiv og hvorfor vekten av aktuelle rimelighetshensyn ikke alltid kan tillegges avgjørende betydning. Det vil følgelig kunne forekomme en restriktiv praksis i forhold til saker hvor tungtveiende rimelighetshensyn gjør seg gjeldende, mens praksis i enkelte sammenhenger vil kunne være mer liberal i forhold til andre saker som berører mindre tungtveiende hensyn, men hvor innvandringsregulerende hensyn i liten grad taler mot at opphold gis.

Tredje ledd: Bestemmelsen gir hjemmel å fastsette begrensninger i retten til å ta arbeid og til å fastsette at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent opphold. Typisk vil dette kunne være aktuelt dersom referansepersonen ikke har en tillatelse som gir rett til å ta arbeid eller en tillatelse som kan danne grunnlag for permanent opphold. Tilsvarende adgang til å fastsette begrensninger følger av gjeldende forskriftsverk, jf. utlendingsforskriften §§ 22 tredje ledd og 24.

Fjerde ledd: Bestemmelsen fastsetter at Kongen kan gi nærmere regler i forskrift. Kongen kan i denne sammenheng også fastsette unntak som ikke er begrunnet i at det foreligger sterke rimelighetsgrunner. Typisk vil det for eksempel kunne være aktuelt å åpne en mulighet for familiegjenforening for de nærmeste familiemedlemmene til en referanseperson med oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.

II Familieetablering

§ 58 Familieetablering gjennom ekteskap

1. *Søker som er ektefelle til referanseperson som:*
   a) er norsk eller nordisk borger,
   b) er utlending som har permanent oppholdstillatelse i riket,
   c) utlending som har eller får oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, eller
   d) utlending som har oppholdstillatelse etter bestemmelsen i § 43 uten at ordningen med kollektiv beskyttelse har opphørt,

   men som ikke har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge,har rett til oppholdstillatelse.
2. *Dersom referansepersonen allerede er gift med en annen, kan oppholdstillatelse etter denne paragraf ikke gis. En søker som selv allerede er gift i utlandet før ekteskap ble inngått med referansepersonen, kan ikke få oppholdstillatelse etter denne paragraf.*
3. *Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.*
4. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf kan nektes dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge en tillatelse.*
5. *Bestemmelsene i § 49 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.*
6. *Ekteskap inngått ved fullmektig gir ikke rett til familieetablering.*
7. *Kongen kan fastsette regler i forskrift om rett til familieetablering med referanseperson med oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent opphold.*

Til § 58:
Bestemmelsen viderefører med enkelte endringer ektefellers rettskrav på oppholdstillatelse i familieetableringstilfellene, jf. gjeldende lov § 9, jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23. Også inngått partnerskap mellom to personer av samme kjønn vil gi rett til opphold, jf. merknadene til § 49. Det vises til kapittel 8.5.4 i de alminnelige motiver.

Første ledd: Bestemmelsen fastsetter samme krav til referansepersonens status som i gjenforeningstilfellene, jf. utkastet § 49. Skillet mot gjenforeningstilfellene må trekkes ut fra om ektefellene "har levd i et etablert samliv i utlandet eller i Norge". Det vises i denne sammenheng til merknadene til § 49 og til kapittel 8.5.3.4 i de alminnelige motiver.

Annet ledd: Bestemmelsen viderefører de begrensninger i adgangen til familiegjenforening som i dag

er fastsatt i utlendingsforskriften § 23 første ledd og som har til hensikt å motvirke familieinnvandring med grunnlag i polygame ekteskap. Bestemmelsen er noe annerledes formulert enn nevnte forskriftsbestemmelse ved at den kun retter seg mot etableringstilfellene, men det er ikke tilsiktet noen endringer i det materielle innholdet i denne sammenheng.

Tredje ledd: Bestemmelsen er ny og har til hensikt å motvirke proformatilfeller. For at det skal foreligge en rett til oppholdstillatelse i kraft av et etablert ekteskap, skal det stilles som vilkår at forholdet har en realitet også ut over det formelle. At forholdet har en realitet, er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig dersom det hovedsaklige formålet likevel har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren. Det er myndighetene som må sannsynliggjøre at det foreligger grunn til å nekte opphold i medhold av denne bestemmelsen.

Bestemmelsen er ellers drøftet i de alminnelige motivene, og det vises til kapittel 8.5.4.2. Det understrekes, slik det er påpekt i de alminnelige motivene, at avslagsbestemmelsen må anvendes med varsomhet i forhold til de tilfeller hvor det ikke er klar grunn til å betvile at ekteskapet er ment å ha en realitet fra partenes side.

Fjerde ledd: Bestemmelsen er ny og gir adgang til å nekte opphold dersom det er slik risiko for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse at det ville virke støtende i forhold til den alminnelige rettsfølelse å innvilge en tillatelse.

I utgangspunktet vil det måtte kreves at det foreligger en fare for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for vold eller annen alvorlig mishandling, men en slik forutsetning gjelder ikke absolutt. Det kan også tenkes tilfeller hvor det fremgår at referansepersonen tidligere har hentet ektefelle fra utlandet en rekke ganger, og hvor omstendighetene samlet gir et klart bilde av at kvinnene utsettes for en kynisk utnyttelse uten at det er tale om bruk av fysisk vold eller annen mishandling. Det er samtidig grunn til å understreke at myndighetene ikke må tre inn i en formynderrolle som går lenger enn til å gripe inn overfor de klart støtende tilfellene. Myndighetene må også foreta en vurdering av hvilke konsekvenser et avslag eventuelt vil ha for søkeren.

Det vises for øvrig til de alminnelige motiver kapittel 8.5.4.5 hvor bestemmelsen er nærmere drøftet.

Femte ledd: Bestemmelsen fastsetter at alderskravet i § 49 annet ledd og kravet om at ektefellene skal bo sammen i § 49 tredje ledd, gjelder tilsvarende. Når det gjelder kravet om at partene må ha fylt 21 år, er det nettopp i forhold til familieetableringstilfellene at dette har sin sterkeste begrunnelse. Bakgrunnen for bestemmelsen er å motvirke at unge mennesker utsettes for et utilbørlig press i ekteskapssammenheng. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 8.5.4.8 og 8.5.4.9.

Sjette ledd: Bestemmelsen er ny og fastsetter at ekteskap inngått ved fullmektig ikke gir rett til familieetablering. Dette gjelder selv om ekteskapet i andre sammenhenger godkjennes i henhold til internasjonal privatrett. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 8.5.4.3.

Sjuende ledd: Bestemmelsen fastsetter at det kan gis regler i forskrift om rett til familieetablering med referanseperson med oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent opphold.

§ 59 Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap

1. *Oppholdstillatelse med inntil 6 måneders varighet kan innvilges til søker som skal inngå ekteskap med slik referanseperson som nevnt i § 58 første ledd. Bestemmelsene i § 49 annet og tredje ledd og § 58 annet til fjerde ledd gjelder tilsvarende. Kongen kan fastsette nærmere vilkår i forskrift.*
2. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf danner ikke grunnlag for permanent opphold og gir ikke rett til å ta arbeid.*

Til § 59:
Bestemmelsen viderefører adgangen til såkalt "forlovelsesopphold" som i dag gis i medhold av utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav a. Det vises til kapittel 8.5.4.4 i de alminnelige motiver.

III Andre bestemmelser om familieinnvandring

§ 60 Referanseperson

Med referanseperson menes i denne lov den person som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med.

Til § 60:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov, og definerer hvem det i loven siktes til med begrepet "referanseperson".

§ 61 Barn under 18 år

Når det er avgjørende for en persons rettigheter etter dette kapittel om vedkommende er eller har

barn under 18 år, er barnets alder på det tidspunkt rettigheten påberopes overfor utlendingsmyndighetene avgjørende. Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift.

Til § 61:
Bestemmelsen angir hva som er skjæringstidspunktet for aldersberegningen i saker hvor utlendingen anfører å være eller ha barn under 18 år. Det er her foreslått en endring fra gjeldende rett hvor aldersberegningen skjer med utgangspunkt i det tidspunkt søknaden med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den innkommer til vedtaksmyndigheten, jf. gjeldende utlendingsforskrift § 23 annet ledd. Utvalgets forslag innebærer at det som hovedregel skal være det tidspunkt utlendingen påberoper de aktuelle rettigheter overfor utlendingsmyndighetene som er avgjørende. Dersom en søknad om familiegjenforening fremsettes ved norsk utenriksstasjon, vil det derfor være tidspunktet for når søknaden innkommer til utenriksstasjonen og ikke tidspunktet for når den innkommer til Utlendingsdirektoratet som er avgjørende. Det åpnes likevel for at Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift. Det vises i denne sammenheng til de alminnelige motiver kapittel 8.5.3.6.

§ 62 Unntak fra retten til familieinnvandring

1. *Dersom det ville være i strid med forutsetningene for referansepersonens oppholdstillatelse å innvilge oppholdstillatelse til søkeren etter dette kapitlet, og det ut fra en helhetsvurdering ikke fremstår som urimelig, kan tillatelse nektes.*
2. *Oppholdstillatelse etter bestemmelsene i kapitlet her kan nektes dersom referansepersonen etter forespørsel ikke samtykker i at søkeren gis tillatelse eller dersom det er grunn til å anta at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje.*

Til § 62:
Bestemmelsen er ny og fastsetter begrensninger i retten til familieinnvandring.

Første ledd: Bestemmelsen fastsetter at oppholdstillatelse kan nektes dersom det ville være i strid med forutsetningene for referansepersonens oppholdstillatelse å innvilge en tillatelse til søkeren. Den type tilfeller som her søkes regulert, er for eksempel tilfeller hvor referansepersonen er en kvinne som har fått opphold i Norge på grunn av risiko for overgrep fra ektefellen i hjemlandet. Dersom partene forsones etter at kvinnen har fått opphold, er det i utgangspunktet mer nærliggende at en eventuell gjenforening skjer i hjemlandet enn i Norge. Tilsvarende skal ikke foreldrene til en ung jente som har flyktet fra foreldrenes forsøk på å tvangsgifte henne i hjemlandet kunne gjøre gjeldende noe krav på familiegjenforening med datteren i Norge selv om datteren skulle gi sin støtte til søknaden.

Utvalget understreker at det i hvert tilfelle må foretas en helhetsvurdering av om det er rimelig å nekte oppholdstillatelse.

Annet ledd: Bestemmelsen angir to grunnlag for å nekte oppholdstillatelse som begge er begrunnet i hensynet til å motvirke at familieinnvandring skjer med grunnlag i ekteskap inngått mot den ene partens vilje. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 8.5.4.9.

Det første avslagsgrunnlaget gjelder situasjoner hvor referansepersonen etter forespørsel ikke samtykker i at søkeren gis tillatelse. Det må legges til grunn at det i mange sammenhenger vil være vanskelig for den som har vært utsatt for press å reagere aktivt mot at ektefellen innvilges opphold. Tanken bak den foreslåtte bestemmelsen er derfor å gjøre det klart at også en unnlatelse av å gi aktiv støtte til søknaden, skal kunne gi grunnlag for å avslå den. Dette er trolig ikke mer enn hva som uansett ville følge ut fra en naturlig tolkning, men utvalget har funnet det hensiktsmessig å tydeliggjøre forholdet i loven. Det bemerkes for øvrig at bestemmelsen i prinsippet kan ha anvendelse også i sammenhenger som gjelder annet enn mistanke om ekteskapspress.

Det andre avslagsgrunnlaget gjelder adgangen til å nekte opphold dersom det er grunn til å anta at et ekteskap er inngått mot en av partenes vilje. Som påpekt i de alminnelige motivene har utvalget ønsket å innta dette avslagsgrunnlaget i loven for å tydeliggjøre at man ikke skal være bundet av de samme vurderingsnormer og beviskrav som anvendes når det skal avgjøres om et ekteskap er ugyldig etter ekteskapsloven.

På den annen side må det understrekes at selv om et ekteskap opprinnelig ble inngått mot den ene partens vilje, må det foretas en helhetsvurdering av situasjonen på vedtakstidspunktet. Dersom ekteskapsinngåelsen ligger tilbake i tid og det ikke lenger er grunn til å tro at det er noe press fra andre som holder partene sammen – partene kan for eksempel også ha barn sammen – skal ikke opphold nektes fordi det er grunn til å anta at en av partene opprinnelig var utsatt for press ved ekteskapsinngåelsen, uten at det foretas en grundig helhetsvurdering.

§ 63 Særskilte bestemmelser om fortsatt oppholdstillatelse på grunnlag av samværsordning med barn

1. *Søker som er mor eller far til barn under 18 år som har opphold i riket sammen med den andre av foreldrene som barnet bor fast sammen med, har rett til oppholdstillatelse dersom søkeren har oppholdt seg i riket med tillatelse det siste året, har samværsrett av et visst omfang og benytter denne.*
2. *Søker som ikke oppfyller vilkåret om samvær etter første ledd, kan likevel gis oppholdstillatelse dersom det sannsynliggjøres at vilkåret vil være oppfylt i løpet av et angitt tidsrom, som ikke kan overstige ett år.*
3. *Ved samlivsbrudd som fører til at utlending mister oppholdstillatelsen, kan utlendingen få ny oppholdstillatelse dersom utlendingen har foreldreansvar for barn under 18 år som bor fast sammen med utlendingen, og den andre av foreldrene oppfyller vilkårene etter § 49 første ledd og dokumenterer samværsrett av et visst omfang med barnet og oppfyller denne retten. Tilsvarende gjelder for barnet dersom barnet gjennom samlivsbruddet mistet oppholdstillatelsen.*

Til § 63:
Bestemmelsen gjelder oppholdstillatelse på grunnlag av samværsordning med barn for utlending som tidligere har hatt oppholdstillatelse på annet grunnlag. Bestemmelsen er altså ingen innvandringsbestemmelse i den forstand at den kan gi grunnlag for førstegangs oppholdstillatelse i riket. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 8.5.9.2

Første ledd: Bestemmelsen svarer til § 23 første ledd bokstav j i gjeldende utlendingsforskrift, og innebærer at bestemmelsene innarbeides i loven uten annet enn redigeringsmessige endringer.

Annet ledd: Bestemmelsen svarer til § 37 fjerde ledd annet punktum i gjeldende utlendingsforskrift og innebærer at bestemmelsen innarbeides i loven.

Tredje ledd: Bestemmelsen svarer til § 37 femte ledd i gjeldende utlendingsforskrift og innebærer at denne bestemmelsen innarbeides i loven uten endringer.

§ 64 Ny oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag

1. *Søker som nevnt i §§ 49, 50 eller 58 første ledd skal gis oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag dersom samlivet er opphørt på grunn av referansepersonens død.*
2. *Oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag til søker som nevnt i §§ 49, 50 eller 58 første ledd, kan også gis dersom:*
   a) *samlivet er opphørt og det er grunn til å anta at søkeren eller eventuelle barn har blitt mishandlet i samlivsforholdet,*
   b) *søkeren som følge av samlivsbruddet vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der, eller*
   c) *søkeren for øvrig vil komme i en særlig vanskelig situasjon dersom tillatelse nektes.*

Til § 64:
Bestemmelsen gjelder adgangen til ny oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag til utlending som mister oppholdstillatelse som ektefelle som følge av ektefellens død eller samlivsbrudd. Disse forhold er i dag regulert gjennom utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. utlendingsforskriften §§ 21 og 37 sjette og sjuende ledd. Utvalget har foreslått å regulere de aktuelle forholdene i en særskilt bestemmelse i loven og har foreslått enkelte innholdsmessige endringer. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 8.5.9.3 til 8.5.9.6.

Et vilkår for å innvilge en ny oppholdstillatelse i medhold av de ulike grunnlag som er angitt i den foreslåtte bestemmelsen, er at utlendingen har hatt en tillatelse som har dannet grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Dersom vedkommende har hatt en tillatelse som har vært begrenset i denne sammenheng, må eventuelt en selvstendig oppholdstillatelse søkes i medhold av den alminnelige rimelighetsbestemmelsen i utkastet § 47.

Første ledd: Bestemmelsen angir at det foreligger en rett til ny oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag til utlending som nevnt i §§ 49, 50 eller 58 første ledd dersom samlivet opphører på grunn av referansepersonens død. Under gjeldende regelverk vil spørsmålet om ny oppholdstillatelse bero på en skjønnsmessig vurdering etter forskriften § 21.

Annet ledd: Bestemmelsen fastsetter i bokstav a at tillatelse på selvstendig grunnlag kan gis til søker som nevnt i §§ 49, 50 eller 58 første ledd dersom samlivet er opphørt og det er grunn til å anta at søkeren eller eventuelle barn har blitt mishandlet i samlivsforholdet.

Bestemmelsen er noe endret i forhold til gjeldende regel i utlendingsforskriften § 37 sjette ledd annet punktum. For det første er bestemmelsen i utkastet gjort kjønnsnøytral, slik at den også kan

påberopes av menn. For det andre er bestemmelsen omformet fra en rettighetsbestemmelse til en "kan-bestemmelse", slik at det kan være aktuelt å nekte oppholdstillatelse dersom dette ut fra en helhetsvurdering ikke fremstår som urimelig. Utvalget har imidlertid ikke tilsiktet noen endringer med hensyn til hva slags mishandling som skal kunne tillegges betydning. Bedømmelsen må her foretas konkret i den enkelte sak. Det skal heller ikke gjelde noe krav om sannsynlighetsovervekt for at mishandlingen har funnet sted.

I annet ledd bokstav b er det fastsatt at tillatelse på selvstendig grunnlag kan gis dersom søkeren som følge av samlivsbruddet vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der. Denne bestemmelsen svarer til § 37 sjette ledd første punktum i gjeldende utlendingsforskrift.

I annet ledd bokstav c gis det en generell hjemmel for å innvilge selvstendig tillatelse dersom søkeren vil komme i en særlig vanskelig situasjon hvis tillatelse nektes. Under gjeldende regelverk er det utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. utlendingsforskriften § 21 femte ledd, som har gitt det aktuelle grunnlag for opphold i disse tilfellene.

I gjeldende utlendingsforskrift § 37 sjuende ledd har man en bestemmelse om midlertidig opphold til utlending som har reist søksmål etter ekteskapsloven for å få et ekteskap kjent ugyldig fordi det ble inngått ved tvang, samt en bestemmelse om vilkårene for videre opphold på dette grunnlag etter at rettskraftig avgjørelse foreligger. Utvalget har vurdert behovet for å foreslå en tilsvarende bestemmelse inntatt i loven, men har kommet til at de bestemmelsene som er foreslått i annet ledd bokstav a til c må anses å fange opp alle tilfeller hvor det med hensyn til tvangsekteskap er behov for å kunne innvilge opphold.

Kapittel 9 Allmenn regel om oppholdstillaelse mv.

§ 65 Anvendelsesområdet for bestemmelsene i dette kapittel

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder for alle oppholdstillatelser i medhold av loven, med unntak for:

a) oppholdstillatelse etter kapittel 3 (om kortvarig opphold) og kapittel 4 (om opphold i forbindelse med arbeid, studier mv. for nordiske statsborgere og statsborgere som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen),
b) oppholdstillatelse etter § 48, og
c) oppholdstillatelse etter § 85.

Til § 65:
Bestemmelsen er ny og angir anvendelsesområdet for bestemmelsene i kapittel 9 i lovutkastet. Unntakene i bokstav a til c er begrunnet med de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for de nevnte typer av oppholdstillatelser.

§ 66 Søknad om oppholdstillatelse

1. *Første gangs oppholdstillatelse skal være gitt før innreise i riket.*
2. *Bestemmelsen i første ledd innebærer ingen begrensning i retten til å søke asyl, jf. § 38, eller til å påberope et vern mot utsendelse, jf. § 84.*
3. *Utlendingsmyndighetene kan i enkelttilfeller gjøre unntak fra vilkårene i første ledd når sterke rimelighetsgrunner tilsier det.*
4. *Dersom oppholdstillatelse søkes etter §§ 49, 50 eller 58, og ekteskapet er inngått eller samboerforholdet er etablert i utlandet etter at referansepersonen, jf. § 60, først har vært bosatt i Norge, kan oppholdstillatelse ikke innvilges før referansepersonen har returnert til Norge og har vært til intervju hos utlendingsmyndighetene, med mindre*
   a) saken gjelder en søknad etter §§ 49 eller 58 og referansepersonen var til intervju i anledning saken før ekteskapet ble inngått, eller
   b) søkeren har rett til innreise uten visum.
5. *Kongen kan fastsette unntak fra første og fjerde ledd i forskrift. Kongen kan også gi nærmere bestemmelser i forskrift om fremgangsmåten ved fremsettelse av søknad om oppholdstillatelse og om gjennomføringen av slikt intervju som nevnt i fjerde ledd.*
6. *Når søkeren ikke fyller vilkårene for å søke fra riket, avslås søknaden på dette grunnlag. Det samme gjelder når søkeren ikke fyller vilkårene for å reise inn i riket før tillatelse er gitt.*

Til § 66:
Første ledd: Bestemmelsen tilsvarer gjeldende lov § 6 femte og syvende ledd, som er utfylt ved § 10 i gjeldende forskrift.[48]

Annet ledd: Bestemmelsen medfører ingen endring i forhold til gjeldende lov, men foreslås av informasjonshensyn.

Tredje ledd: Bestemmelsen tilsvarer unntakshjemmelen i gjeldende forskrift § 10 femte ledd, som av

48. NOU 1983:47 s. 188-190 og 319 til 320, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 52-54 og 190-192. Det vises for øvrig til kapittel 5.5 i de alminnelige motiver.

informasjonshensyn bør stå i loven. Det foreslås imidlertid at bestemmelsen bare skal være anvendelig i enkelttilfeller. Dersom myndighetene skulle ønske å gjøre unntak for større grupper av søkere, må det gjøres ved forskrift i medhold av femte ledd.

Fjerde ledd: Formålet med bestemmelsen er å motvirke tvangsekteskap. Det vises til kapittel 8.5.4.9 i de alminnelige motiver.

Femte ledd: Forskriftshjemmelen regulerer i det vesentlige det samme som gjeldende lov § 6 sjette ledd.

Sjette ledd: Det fremgår av utlendingsforskriften § 10 siste ledd at en søknad skal avslås uten realitetsbehandling dersom søkeren ikke fyller vilkårene for å søke fra riket, eller for å reise inn i riket, før tillatelse er gitt. Utvalget går inn for å videreføre denne regelen, og foreslår at den inntas i loven av informasjonshensyn.

§ 67 Oppholdstillatelse under søknadsbehandlingen

1. *Når det er sannsynlig at søknaden vil bli innvilget, kan utlendingen etter anmodning gis en oppholdstillatelse som løper inntil vedtak foreligger.*
2. *Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke for utlending som søker oppholdstillatelse etter kapittel 6 i denne lov.*
3. *Oppholdstillatelse etter denne paragraf danner ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse.*
4. *Forvaltningsloven kapittel IV til VI gjelder ikke for vedtak om oppholdstillatelse etter denne paragraf.*

Til § 67:
Første ledd: Gjeldende forskrift § 14 har regler om såkalt foreløpig tillatelse, gitt med hjemmel i utlendingsloven § 17 sjette ledd.[49] Lovutkastet § 67 første ledd er noe annerledes utformet, uten at det har vært meningen å gjøre endringer i realiteten. Uttrykket "foreløpig tillatelse" er erstattet med "oppholdstillatelse som løper inntil vedtak foreligger." Med "inntil vedtak foreligger" siktes det til vedtak i førsteinstans. Hvorvidt utlendingen skal kunne oppholde seg i riket under en eventuell klagebehandling av et negativt vedtak i førsteinstansen, vil bero på de generelle regler om muligheten for å gi en klage oppsettende virkning.

Utlendingsforskriften § 14 første ledd oppstiller et vilkår om at søkeren må ha fulgt ordinær søknadsprosedyre for at foreløpig tillatelse kan gis. Kontroll- og preventive hensyn ligger til grunn for regelen. Men all den stund utkastet § 67 ikke gir utlendingen et rettskrav på tillatelse, er det ikke nødvendig å ha et slikt vilkår i loven.

Annet ledd: Utkastet § 67 gjelder ikke for utlendinger som søker beskyttelse etter kapittel 6, dvs. asylsøkere. Asylsøkere kan imidlertid gis tillatelse til å ta arbeid i medhold av § 105 annet ledd.

Tredje ledd: Det fremgår ikke klart verken av utlendingsloven eller utlendingsforskriften at en "foreløpig tillatelse" ikke danner grunnlag for bosettingstillatelse. Det fremgår imidlertid av motivene at loven § 12 første ledd første punktum skal tolkes slik.[50] Av informasjonshensyn bør det sies tydelig i en ny lov at en tillatelse gitt i medhold av § 67 ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse.

Femte ledd: Bestemmelsen viderefører regelen i gjeldende lov § 17 i.f.

§ 68 Krav om sikret underhold

Kongen kan i forskrift stille som krav for oppholdstillatelse at søkeren er sikret underhold og bolig i den perioden søknaden gjelder for.

Til § 68:
Bestemmelsen innebærer at man går bort fra utgangspunktet i gjeldende lov[51] om at underhold og bolig som hovedregel skal være sikret for at det skal gis arbeids- eller oppholdstillatelse. Det overlates til Kongen i forskrift å fastsette i hvilken utstrekning det skal gjelde et krav om sikret bolig og underhold. Det vises til kapittel 5.7.2 i de alminnelige motiver.

§ 69 Krav til utlendingens vandel mv.

1. *En utlending som ellers oppfyller vilkårene for oppholdstillatelse, kan nektes tillatelse dersom det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven.*
2. *Oppholdstillatelse kan likevel ikke nektes etter § 38 med hjemmel i denne paragraf.*

Til § 69:
Etter gjeldende lov §§ 8 første ledd nr. 3, 9 første ledd og 51 tredje ledd, er det et vilkår for rett til

49. NOU 1983:17 s. 366-367, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 206-207

50. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 198 første spalte

51. Jf. utlendingsloven § 8 første ledd nr. 1 og § 9 første ledd

arbeids- eller oppholdstillatelse at det ikke foreligger omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid i medhold av andre regler i loven.[52]

Også lovutkastet § 69 første ledd gir myndighetene hjemmel for å avslå en søknad om oppholdstillatelse dersom det foreligger omstendigheter som gir nektelsesgrunn. Aktuelle omstendigheter som gir grunn til å nekte tillatelse, er bortvisnings- og utvisningsgrunner, jf. §§ 17 og 76 til 78, samt utenrikspolitiske hensyn og grunnleggende nasjonale interesser, jf. § 116 første ledd.

Flyktningbeskyttelse etter § 38 kan ikke nektes i medhold av § 69, jf. annet ledd. Dette innebærer ingen endring i forhold til gjeldende lov. Bestemmelsen i § 69 gjør heller ingen skår i retten til oppholdstillatelse for den som er vernet mot utsendelse. Reglene i kapittel 9 gjelder ikke for tillatelser etter § 85, jf. § 65 bokstav c.

§ 70 Oppholdstillatelsens innhold

1. *Første gangs oppholdstillatelse gis som en midlertidig oppholdstillatelse for inntil tre år. Med mindre annet er fastsatt i eller i medhold av loven, skal tillatelsen gis for minst ett år . Varigheten av tillatelse gitt etter bestemmelsene i kapittel 8 skal likevel ikke overstige utløpet av tillatelsen til referansepersonen, jf § 60.*
2. *Kongen kan gi nærmere regler om varigheten av oppholdstillatelser etter første ledd.*
3. *Med mindre annet er særskilt fastsatt i eller i medhold av loven, gjelder følgende:*
   a) *Oppholdstillatelsen gir rett til opphold i hele riket,*
   b) *Oppholdstillatelsen gir rett til å ta arbeid og til å drive ervervsvirksomhet i hele riket,*
   c) *Oppholdstillatelsen gir adgang til gjentatte innreiser i riket så lenge den gjelder, og*
   d) *Oppholdstillatelsen danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. § 72.*
4. *For tillatelse gitt til familiemedlem i medhold av bestemmelsene i kapittel 8 gjelder på tilsvarende måte de begrensninger i tillatelsen som er fastsatt for tillatelsen til referansepersonen, jf § 60.*
5. *De vilkår og begrensninger som er fastsatt, skal fremgå av tillatelsen.*

Til § 70:
Bestemmelsen omhandler forhold som i dag er regulert i utlendingsloven § 7[53] samt i utlendingsforskriften §§ 15 til 17 og 22. Flere av reglene i forskriften er flyttet til lovutkastet av informasjons- og systematiske hensyn. Det vil imidlertid fortsatt være behov for å gi utfyllende regler i forskrift.

Første og annet ledd: Lovutkastet § 70 første ledd første punktum tilsvarer § 7 første ledd første punktum i gjeldende lov. Det er foretatt en språklig endring slik at oppholdstillatelse gis "for inntil tre år", og ikke som i dag "i alminnelighet for ett, to eller tre år", uten at det innebærer noen endring i realiteten. Heller ikke utkastet § 70 første ledd annet punktum innebærer noen nevneverdig endring i realiteten sammenholdt med gjeldende lov § 7 første ledd annet punktum. Forskriftshjemmelen i utlendingsloven § 7 første ledd tredje punktum er videreført i utkastet § 70 annet ledd med en språklig justering. Rekkevidden av Kongens kompetanse foreslås verken utvidet eller innskrenket.

Utkastet § 70 første ledd tredje punktum viderefører regelen i § 15 sjette ledd i gjeldende forskrift, jf. også forskriften § 22 femte ledd første punktum, med en justering av ordlyden uten innholdsmessig betydning. Definisjonen av "referanseperson" i § 60 skal legges til grunn også ved behandlingen av saker etter § 70 første og fjerde ledd, derav henvisningene i § 70 til § 60.

Tredje ledd: Bokstav a viderefører regelen i gjeldende lov § 7 annet ledd. Bokstav b tilsvarer § 7 tredje ledd i loven (se også § 16 tredje ledd i forskriften). Bokstav c viderefører regelen i forskriften § 16 fjerde ledd. At en oppholdstillatelse som regel danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. bokstav d, fremgår av gjeldende lov § 12 første ledd.

Fjerde og femte ledd: Bestemmelsen i fjerde ledd er ny, men innholdet er sammenfallende med det som fremgår fragmentarisk av regler i gjeldende forskrift. Det vises blant annet til forskriften § 22 annet ledd siste punktum, som slår fast at en oppholdstillatelse ikke danner grunnlag for bosettingstillatelse med mindre hovedpersonens (referansepersonens) tillatelse gjør det. Utkastet § 70 femte ledd viderefører bestemmelsen i utlendingsforskriften § 16 annet ledd.

§ 71 Fornyelse av oppholdstillatelse

1. *Utlending har etter søknad rett til fornyelse av midlertidig oppholdstillatelse dersom grunnlaget for første gangs tillatelse fortsatt er til stede. Dette*

52. NOU 1983:47 s. 184 flg. (særlig s. 186-187) og 321 første spalte, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 194

53. NOU 1983:47 s. 184 flg., 196-197 og 322-323. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 192-193.

gjelder likevel ikke dersom det fremgår av loven eller forskrift i medhold av loven at oppholdstillatelsen ikke kan fornyes, eller det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven.

2. *Med mindre det er grunnlag for opphør eller tilbakekall etter § 46, skal oppholdstillatelse etter §§ 38 og 43 fornyes. Oppholdstillatelse etter § 43 annet ledd kan likevel ikke fornyes dersom det er besluttet at adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt, jf. § 43 første ledd.*
3. *For tillatelse etter kapittel 8 gjelder ikke krav om at barn skal være under 18 eller 21 år ved fornyelse.*
4. *Vilkårene i § 33 første ledd bokstav a gjelder ikke ved fornyelse.*
5. *Fornyet tillatelse gis som midlertidig oppholdstillatelse og i alminnelighet for ett eller to år.*
6. *Utlending som søker om fornyelse av midlertidig oppholdstillatelse, kan få fortsatt opphold på samme vilkår inntil søknaden er avgjort, og har rett til slikt opphold dersom utlendingen søker om fornyelse senest én måned før tillatelsen utløper. Dette gjelder ikke dersom det fremgår av loven eller forskrift i medhold av loven at oppholdstillatelsen ikke skal kunne fornyes.*
7. *Utlending som søker oppholdstillatelse på nytt faktisk eller rettslig grunnlag kan få fortsatt opphold på samme vilkår som tidligere tillatelse inntil søknaden er avgjort, og har rett til dette dersom utlendingen søker om ny tillatelse senest en måned før utløpet av gjeldende tillatelse, og vedkommende har hatt lovlig opphold i medhold av tidligere tillatelse minst de siste ni månedene.*
8. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

Til § 71:
Bestemmelsen omhandler forhold som er regulert i gjeldende lov § 11 og gjeldende forskrift §§ 32 til 42.[54] Utkastet tar sikte på å gi uttrykk for de grunnleggende regler om fornyelse som av informasjons- og systematiske hensyn bør stå samlet i en ny lov. Det tas ikke sikte på å gjøre endringer i realiteten.

Første ledd: Hovedregelen om fornyelse står i første punktum. Den tilsvarende hovedregel i gjeldende lov fremgår av loven § 11 første ledd første punktum. Av presisjons- og informasjonshensyn er det uttrykkelig sagt i utkastet at retten til fornyelse er betinget av at grunnlaget for første gangs tillatelse fortsatt er til stede. De omstendigheter det siktes til i annen del av annet punktum, er de samme som i § 69 første ledd. Det vises til motivene til § 69.

Annet ledd: Det foreslås særregler for oppholdstillatelser gitt i medhold av §§ 38, 43 og 44. For at søkeren ikke skal ha rett til fornyelse av en slik tillatelse, må det i utgangspunktet være grunnlag for tilbakekall etter § 46, med mindre det dreier seg om kollektiv beskyttelse. I tilfeller hvor adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt, ville det ikke harmonere med ordningens formål om personer som har slik oppholdstillatelse skulle ha krav på fornyelse.

Tredje ledd: Bestemmelsen viderefører regelen i gjeldende forskrift § 37 første ledd annet punktum.

Fjerde ledd: Bestemmelsen viderefører første del av forskriften § 34 annet ledd annet punktum.

Femte ledd: Bestemmelsen tilsvarer § 11 annet ledd første punktum i gjeldende lov.

Sjette ledd: Bestemmelsen viderefører regelen i utlendingsloven § 11 tredje ledd, men med en liten endring i ordlyden.

Syvende ledd: Bestemmelsen viderefører regelen i utlendingsforskriften § 42 første ledd i mindre detaljert form.

Åttende ledd: Forskriftshjemmelen står i dag i utlendingsloven § 11 annet ledd første punktum.

§ 72 Permanent oppholdstillatelse

1. *Utlending har etter søknad rett til permanent oppholdstillatelse dersom*
   a) *utlendingen har bodd sammenhengende i riket med midlertidig oppholdstillatelse de siste tre årene [mindretallet: de siste fem årene] uten begrensninger i retten til å få permanent oppholdstillatelse,*
   b) *utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for en oppholdstillatelse uten begrensninger i retten til å få permanent oppholdstillatelse, og*
   c) *det ikke foreligger forhold som nevnt i § 77.*
2. *Permanent oppholdstillatelse gir rett til opphold i riket uten tidsbegrensning, og gir et utvidet vern mot utvisning, jf. 79. Bestemmelsen i § 70 tredje ledd bokstav a til c gjelder tilsvarende. En permanent oppholdstillatelse kan ikke inneholde unntak fra bokstav a til c.*

54. NOU 1983:47 s. 199-200 og 324-325. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 70-73 og 196-197.

3. *Tillatelsen faller bort når innehaveren har hatt bopel eller faktisk opphold utenfor riket sammenhengende i mer enn to år. Vedtak om bortfall treffes av Utlendingsdirektoratet. Utlending kan etter søknad gis adgang til å oppholde seg utenfor riket i mer enn to år uten at tillatelsen skal falle bort.*
4. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om bortfall av permanent oppholdstillatelse, og om behandlingen av søknad som nevnt i tredje ledd.*
5. *Kongen kan fastsette i forskrift at permanent oppholdstillatelse skal kunne gis i andre tilfeller enn nevnt i første ledd, og fastsette regler om beregning av tilleggstid dersom det foreligger forhold som kan gi grunnlag for utvisning.*

Til § 72:
Bestemmelsen viderefører mye av det sentrale innhold i gjeldende regelverk om bosettingstillatelse, jf. utlendingsloven § 12 og utlendingsforskriften §§ 43 flg.[55] Men som nevnt i kapittel 10.2.1, er uttrykket "bosettingstillatelse" erstattet med "permanent oppholdstillatelse" for å tydeliggjøre hva tillatelsen innebærer.

Lovutkastet § 72 første ledd bokstav a stiller krav om at man må ha bodd sammenhengende i riket i tre [mindretallet: fem] år med midlertidig oppholdstillatelse, men ikke at tillatelsen må ha vært gitt på ett og samme grunnlag. Det er tilstrekkelig at man har hatt en oppholdstillatelse uten begrensninger i retten til å få permanent tillatelse. Forslaget innebærer en endring i forhold til gjeldende regelverk, idet utlendingsforskriften § 43 første ledd siste punktum forutsetter "at vilkårene for den gitte tillatelse fortsatt er oppfylt". (Med "den gitte tillatelse" siktes det til den først gitte tillatelse.) Det vises for øvrig til de alminnelige motiver.

Bokstav b krever at vilkårene for midlertidig oppholdstillatelse "fortsatt" må være oppfylt. Utlending som ikke kvalifiserer for midlertidig oppholdstillatelse, bør heller ikke ha krav på permanent tillatelse. Med "en oppholdstillatelse" er det meningen å få frem at en hvilken som helst type oppholdstillatelse (som kan danne grunnlag for permanent tillatelse) er relevant. Vilkårene for oppholdstillatelse - både midlertidig og permanent - må være oppfylt på vedtakstidspunktet.

Etter gjeldende lov § 12 første ledd første punktum er det et vilkår for bosettingstillatelse at det ikke foreligger forhold som nevnt i loven § 29 første ledd om utvisning. Vilkåret foreslås videreført i utkastet § 72 første ledd bokstav c, med henvisning til utkastet § 78 første ledd.

§ 73 Tilbakekall av oppholdstillatelse

Midlertidig og permanent oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Til § 73:
Bestemmelsen viderefører § 13 første ledd første punktum i gjeldende lov uten endringer.[56]

§ 74 Vedtaksmyndighet

1. *Vedtak om midlertidig og permanent oppholdstillatelse, fornyelse og tilbakekall, fattes av Utlendingsdirektoratet.*
2. *Kongen kan i forskrift fastsette at politiet kan avgjøre søknad om midlertidig og permanent oppholdstillatelse og fornyelse.*

Til § 74:
Bestemmelsen viderefører saksbehandlingsreglene i gjeldende lov §§ 6 siste ledd, 12 tredje ledd og 13 første ledd annet punktum uten endringer i realiteten.

§ 75 Reisebevis for flyktning og utlendingspass

1. *Utlending som får oppholdstillatelse etter § 38, skal etter søknad også gis reisebevis for flyktning for reise utenfor Norge dersom ikke særlige grunner taler mot det. Har flyktningen reisedokument utstedt av fremmed stat, gjelder denne retten bare når Norge i henhold til internasjonal avtale har plikt til å utstede reisebevis for flyktning.*
2. *Utlending som får oppholdstillatelse etter § 43, skal gis utlendingspass for reise utenfor Norge dersom utlendingens forhold til hjemlandets myndigheter tilsier det. Utlendingspass kan også utstedes i andre tilfeller etter nærmere regler fastsatt av Kongen.*
3. *Pass eller annet reisedokument søkeren er i besittelse av, må innleveres sammen med søknad om reisebevis for flyktning eller utlendingspass.*
4. *Kongen kan gi forskrift om utstedelse, gyldighetsområde, fornyelse og inndragning av reisebevis*

55. NOU 1983:47 s. 200-201 og 326, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 73-47, 78 og 197-199, Ot.prp. nr. 17 (1998-99)

56. NOU 1983:47 s. 197-199 og 324, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 74-78 og 199-200

for flyktning og utlendingspass og de nærmere vilkårene for dette.

Til § 75:
Første ledd: Bestemmelsen viderefører prinsippet i § 19 første ledd i gjeldende lov.[57] Kretsen av personer som har krav på reisebevis for flyktning er imidlertid noe utvidet i praksis, i og med at utvalget foreslår et nytt flyktningbegrep i den nye loven, jf. utkastet § 38. Det vises til kapittel 13.10.2 i de alminnelige motiver.

Annet ledd: Utlending som får oppholdstillatelse etter ordningen med kollektiv beskyttelse, skal gis utlendingspass dersom vedkommendes forhold til hjemlandets myndigheter tilsier det. For andre utlendinger som får opphold på grunnlag av en søknad om asyl uten å falle inn under første ledd, vil spørsmålet om utlendingspass - på samme måte som for utlendinger i sin alminnelighet - bli nærmere regulert av regler fastsatt av Kongen i forskrift.

Tredje og fjerde ledd: Bestemmelsene viderefører uendret gjeldende lov § 19 annet ledd annet punktum, tredje ledd og fjerde ledd.

Kapittel 10 Bortvisning og utvisning

§ 76 Bortvisning etter innreise

1. *Utlending kan bortvises etter reglene i kapittel 2 også etter innreise i riket.*
2. *Beslutning om bortvisning etter innreise treffes av politimesteren eller den han bemyndiger. Påberoper en utlending seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, eller det bortvises på grunnlag av § 17 første ledd bokstav k, skal saken forelegges Utlendingsdirektoratet til avgjørelse. Tilsvarende gjelder dersom det bortvises senere enn tre måneder etter innreise.*

Til § 76:
Første ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende ordning med at det også etter innreise kan fattes vedtak om bortvisning, jf. utlendingsloven §§ 27 og 28.[58] Når det gjelder de nærmere vilkårene for bortvisning, vises det til motivene til utkastet § 17.

Annet ledd: Bestemmelsen legger kompetanse til å fatte vedtak om bortvisning til politimesteren eller den han bemyndiger i et videre omfang enn hva som følger direkte av gjeldende lov, jf. kapittel 12.2.1.3 i de alminnelige motiver. I gjeldende lov er ordningen at vedtak om bortvisning må fattes av Utlendingsdirektoratet i forhold til enkelte bortvisningsgrunnlag.[59] Videre er utgangspunktet at det er Utlendingsdirektoratet som skal fatte vedtak om bortvisning i de tilfeller hvor sak reises senere enn syv dager etter innreise. I sistnevnte tilfeller åpner imidlertid også gjeldende lov for at kompetansen kan delegeres til politimesteren eller den han bemyndiger i forskrift.

Politimesterens delegasjonsadgang i den foreslåtte bestemmelsen skal forstås slik at myndighet kan delegeres til personell med juridisk embetseksamen. Det presiseres at det ikke er nødvendig at juristen har påtalekompetanse.

§ 77 Utvisning

Utlending kan utvises:

a) når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her eller unndrar seg gjennomføring av vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket,
b) når utlendingen for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbart forhold som nevnt,
c) når utlendingen her i riket er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder eller flere ganger i løpet av de siste tre år er ilagt fengselsstraff,
d) når en administrativ myndighet i et land som deltar i Schengensamarbeidet har truffet endelig avgjørelse om bortvisning eller utvisning av utlendingen på grunn av manglende overholdelse av landets bestemmelser om utlendingers innreise eller opphold,
e) når utlendingen har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse,
f) når hensynet til grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.

---

57. NOU 1983:47 s. 145-146, 151 og 360-361, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 87-88, 104 og 209-210, Ot.prp. nr. 17 (1998-99)

58. Bestemmelsen i § 27 tillater at det fattes vedtak om bortvisning inntil syv dager etter innreise, mens § 28 gir hjemmel for å bortvise også etter utløpet av syvdagersfristen. Det vises for øvrig til NOU 1983:47 s. 203, 206-213 og 327-333, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 119-126 og 220-228, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 17, Ot.prp. nr. 22 (1994-95), Innst. O. nr. 44 (1994-95), Ot.prp. nr. 38 (1995-96), Innst.O. nr. 24 (1996-97), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst.O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 56 (1998-99) og Innst.O. nr. 89 (1998-99).

59. Jf. utlendingsloven § 27 bokstav e til i

Til § 77:
Bestemmelsen svarer til gjeldende lov § 29 første ledd.[60] Utvalget har bare endret rekkefølgen mellom utvisningsgrunnlagene, slik at hensynet til grunnleggende nasjonale interesser (som erstatter begrepet rikets sikkerhet i gjeldende lov)[61] er angitt som det avsluttende grunnlag for utvisning.

Det vises til kapittel 12.3.1 og 12.3.3 i de alminnelige motiver.

§ 78 Begrensning i adgangen til å utvise utlending som har midlertidig oppholdstillatelse

Utlending som har midlertidig oppholdstillatelse kan bare utvises dersom det straffbare forholdet kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år eller dersom straffeloven §§ 228 første ledd, 237, 342 første ledd bokstav b eller c, 352a, 384 eller 385 er overtrådt.

Til § 78:
Bestemmelsen svarer til gjeldende lov § 29 annet ledd.[62] Det vises til kapittel 12.3.1.3 og 12.3.3.5 i de alminnelige motiver.

§ 79 Begrensning i adgangen til å utvise utlending som har permanent oppholdstillatelse

1. *Utlending som har permanent oppholdstillatelse kan bare utvises:*
   a) *når utlendingen for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i to år eller mer. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbare forhold som nevnt,*
   b) *når utlendingen for mindre enn ett år siden her i riket har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i to år eller mer. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbare forhold som nevnt,*
   c) *når utlendingen har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse,*
   d) *når hensynet til grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.*
2. *Første ledd gjelder tilsvarende for utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og som har hatt opphold i riket med oppholdstillatelse i tre år [mindretallet: fem år].*

Til § 79:
Bestemmelsen svarer i første ledd hovedsak til gjeldende lov § 30 annet ledd.[63] I annet ledd er det inntatt en ny bestemmelse som sikrer utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen det samme utvidede vernet mot utvisning når vedkommende har hatt lovlig opphold i riket i tre år.

Første ledd: Den innholdsmessige endring som er foreslått av materiell betydning er at det utvidede vernet mot utvisning kun skal gjelde utlending som faktisk har fått innvilget bosettingstillatelse. Etter utlendingsloven § 30 annet ledd omfattes også utlending "som fyller kravene til å få bosettingstillatelse".

Utvalget har ellers bare foretatt enkelte tekniske endringer for å gjøre bestemmelsen mer oversiktlig, og har flyttet det utvisningsgrunnlaget som gjelder hensynet til grunnleggende nasjonale interesser (som tilsvarer begrepet rikets sikkerhet i gjeldende lov)[64] ned som det avsluttende utvisningsgrunnlag.

Annet ledd: Bestemmelsen er som nevnt ny. I praksis vil det ikke ha noen stor betydning at de skjerpede kravene til strafferamme for utlending som har permanent oppholdstillatelse også kan påberopes av utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og har hatt lovlig opphold i riket i tre år. Slik utlending vil uansett kunne påberope det utvidede vernet etter § 80.

§ 80 Begrensning i adgangen til å utvise utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan bare utvises når det foreli-

60. Forarbeider til utlendingsloven § 29 med endringer er å finne i NOU 1983:47 s. 213-227 og 333-336, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 126-133 og 228-231, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 17-18, Ot.prp. nr. 87 (1993-94), Innst. O. nr. 34 (1996-97), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 46 (2000-2001), Innst. O. nr. 113 (2000-2001), Ot.prp. nr. 61 (2001-2002), Innst. O. nr. 70 (2001-2002), Ot.prp. nr. 49 (2002-2003), Innst. O. nr. 97 (2002-2003), Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) og Innst. O. nr. 93 (2003-2004).
61. Se kapittel 13.5.4.1
62. For en oversikt over forarbeidene til § 29, se note over.
63. Forarbeider til utlendingsloven § 30 med endringer er å finne i NOU 1983:47 s. 202-206, 213 flg. og 336-337, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 126-133 og 231-232, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 17-18, Ot.prp. nr. 53 (1992-93), Innst. O. nr. 89 (1992-93), Ot.prp. nr. 13 (1994-95), Innst. O. nr. 67 (1994-95), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 31 (1999-2000), Innst. O. nr. 66 (1999-2000), Ot.prp. nr. 61 (2001-2002), Innst. O. nr. 70 (2001-2002), Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) og Innst. O. nr. 93 (2003-2004).
64. Se kapittel 13.5.4.1

ger grunnlag som nevnt i §§ 77 til 79 og de EØS-rettslige hensyn til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det. Det er et vilkår at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn. Utlending som har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse, kan utvises.

Til § 80:
Bestemmelsen svarer til §§ 58 første ledd, 58 annet ledd første punktum og 58 tredje ledd i gjeldende lov.[65] Det vises til kapittel 12.2.1.3 i de alminnelige motiver. Bestemmelsen er imidlertid noe annerledes utformet ved at den ikke er en selvstendig hjemmel for utvisning, men er utformet som en begrensning i adgangen til å utvise etter de foregående bestemmelser i loven. Som det fremgår av kapittel 12.3.3.7 i de alminnelige motiver, har utvalget ønsket å fremheve at de grunnvilkårene for utvisning som ellers gjelder, også må være oppfylt for at det skal kunne fattes vedtak om utvisning av en utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen.

Som nevnt i kapittel 12.3.3.7, har utvalget funnet bestemmelsen i gjeldende lov § 58 annet ledd annet punktum overflødig, og den foreslås derfor ikke videreført.

Utvalget har videre unnlatt å videreføre bestemmelsen i § 58 fjerde ledd om at utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan utvises når utlendingen ikke fyller vilkårene for opphold. Det vises til kapittel 12.3.3.7.

§ 81 Krav til forholdsmessighet

1. *Utvisning besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.*
2. *Utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her, kan ikke bortvises eller utvises.*

Til § 81:
Første ledd: Bestemmelsen er i første punktum ment å videreføre bestemmelsene i gjeldende utlendingslov §§ 29 annet ledd, 30 tredje ledd og 58 femte ledd.[66] Det vises til kapittel 12.3.1.4 og 12.3.3.8 i de alminnelige motiver for en nærmere presentasjon og drøftelse av forholdsmessighetsvurderingen. Både Den europeiske menneskerettsdomstols praksis i forhold til EMK artikkel 8 og EF-domstolens praksis i forhold til utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen, vil være av stor interesse.

Utvalget foreslår å fjerne det unntak som i dag gjelder fra plikten til å vurdere om vedtaket er uforholdsmessig når grunnlaget for utvisning er hensynet til rikets sikkerhet (i lovutkastet kalt grunnleggende nasjonale interesser).[67] Det vises til kapittel 12.3.3.8 i de alminnelige motiver.

I annet punktum har utvalget inntatt en bestemmelse om at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Det vises igjen til kapittel 12.3.3.8, samt til kapittel 4.10.3.

Annet ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 30 første ledd. Utvalget finner grunn til å presisere at bestemmelsen ikke fritar en utlending som er født i riket fra kravet om oppholdstillatelse. Den er således ikke til hinder for at en utlending som aldri har hatt noen gyldig oppholdstillatelse, for eksempel barn født i Norge mens foreldrene oppholder seg her som asylsøkere, kan pålegges å forlate landet.

§ 82 Utvisningens varighet

Utvisning er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn to år. Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Dersom særskilte omstendigheter foreligger, kan den som er utvist etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen.

Til § 82:
Bestemmelsene i første og annet punktum tilsvarer gjeldende lov §§ 29 fjerde ledd første og annet punktum samt 58 sjette ledd første og annet punktum, men med den endring at innreiseforbudet ikke kan være kortere enn to år. Forslaget er

65. Forarbeider til utlendingsloven § 58 er å finne i Ot.prp. nr. 72 (1991-92), Innst. O. nr. 21 (1992-93), Ot.prp. nr. 38 (1995-96), Innst. O. nr. 24 (1996-97), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 48 (2001-2002), Innst. O. nr. 59 (2001-2002), Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) og Innst. O. nr. 70 (2001-2002).

66. For en oversikt over forarbeidene til utlendingsloven §§ 29, 30 og 58, se notene over.

67. Se kapittel 13.5.4.1

begrunnet i kapittel 12.3.3.10 i de alminnelige motiver.

I tredje punktum i utkastet har utvalget inntatt den bestemmelsen som i dag gjelder for utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, og som står i utlendingsloven § 58 sjette ledd tredje punktum. Bestemmelsen fastsetter heller ikke i forhold til tredjelandsborgere noe annet enn det som allerede i dag er gjeldende praksis.

I fjerde punktum har utvalget innarbeidet en tilsvarende bestemmelse som det som i dag gjelder for tredjelandsborgere, og som er nedfelt i § 29 tredje ledd tredje punktum. Etter utvalgets vurdering er det ingen grunn til at en tilsvarende bestemmelse ikke også skulle gjelde i forhold til utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen. Utvalget har for øvrig inntatt en presisering i bestemmelsen om at det kreves "særskilte omstendigheter" for at en tillatelse til innreise skal kunne gis når det foreligger et fortsatt virksomt innreiseforbud.

§ 83 Vedtaksmyndighet

1. *Vedtak om utvisning treffes av Utlendingsdirektoratet. Sak om utvisning forberedes av politiet.*
2. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

Til § 83:
Bestemmelsen viderefører gjeldende rett, jf. utlendingsloven §§ 31 første ledd annet punktum, 31 annet ledd første punktum og 59.[68]

Kapittel 11 Absolutt vern mot utsendelse (non refoulement)

§ 84 Absolutt vern mot utsendelse

1. *Utlending kan ikke sendes til område der vedkommende ville være i en situasjon som nevnt i § 38 første ledd bokstav a, med mindre utlendingen etter § 45 er utelukket fra beskyttelse.*
2. *Utlending kan heller ikke sendes til et område der vedkommende er i en situasjon som nevnt i § 38 første ledd bokstav b. Dette gjelder også den som er utelukket etter § 45.*
3. *Vernet etter første og annet ledd gjelder også mot utsendelse til et område der vedkommende ikke ville være trygg mot å bli sendt videre til et slikt område som nevnt i § 38 første ledd.*
4. *Vernet etter første til tredje ledd kommer til anvendelse ved alle former for vedtak etter loven. Bestemmelser i loven og lovgivningen for øvrig som gir adgang til å sende utlendinger ut av riket, viker for denne bestemmelsen.*

Til § 84:
Bestemmelsen gir et absolutt vern mot utsendelse. Reglene i § 84 svarer til bestemmelsen i § 15 i gjeldende lov,[69] men har et noe videre anvendelsesområde. Det vises til at vernet også gjelder utlending som er utelukket fra flyktningbeskyttelse i medhold av lovutkastet § 45, herunder personer som representerer en fare for samfunnet eller rikets sikkerhet. Gjeldende lov § 15 tredje ledd sier det motsatte. Dette innebærer imidlertid liten endring i realiteten. Også etter gjeldende rett er det forbudt å sende en utlending ut av landet i strid med forbudet mot *refoulement* selv om vedkommende skulle være ekskludert fra vernet etter utlendingsloven § 15 første ledd, jf. § 4 og menneskerettsloven §§ 2 nr. 1 og 3. Bestemmelsen i § 84 representerer her en klargjøring av gjeldende rett. Det vises for øvrig til de alminnelige motiver, særlig kapittel 6.4, 6.9.7 og 6.9.8.

Vernet etter § 84 vil også omfatte *sur place*-tilfellene (jf. nærmere om *sur place* i kapittel 6.2.7 og 6.9.4). Det er situasjonen ved retur som er avgjørende for om bestemmelsen kommer til anvendelse. Spørsmålet om hvor og på hvilket tidspunkt faren for forfølgelse oppsto, er uten betydning.

Fordi utvalgets innstilling og lovforslag legger opp til å fjerne skillet mellom beskyttelsesvurderingen og statusvurderingen som man opererer med i gjeldende rett, vil ikke non refoulement-bestemmelsen i § 84 få den samme praktiske betydning som gjeldende lov § 15. Personer som søker asyl, vil få sin sak vurdert direkte på grunnlag av § 38. Bestemmelsen i § 84 vil bare få betydning for følgende tilfeller:

- Personer som omfattes av § 45 og som dermed ikke kan få oppholdstillatelse i medhold av §§ 38 eller 43,
- personer som allerede er her på annet grunnlag enn etter §§ 38 eller 43, men som i forbindelse med utvisning eller bortfall av oppholdstillatelsen av andre grunner, påberoper at de har behov for vern, og
- asylsøkere som andre land har ansvar for etter Dublin-regelverket, passkontrolloverenskomsten (POK) eller første asyllandregelen.

68. Vedrørende utlendingsloven § 59, se NOU 1983:47 s. 375, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 186-187 og 256. Vedrørende utlendingsloven § 31, se Ot.prp. nr. 38 (1995-96), Innst. O. nr. 24 (1996-97), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 46 (1998-99), Innst. O. nr. 99 (1998-99).

69. NOU 1983:47 s. 298-299 og 354-356. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 96-98, 103-104 og 201-203. Innst. O. nr. 42 (1987-88) s. 14.

Bestemmelsens tredje ledd omfatter både asylproduserende land (områder) og stater det kan være aktuelt å sende asylsøkere tilbake til i medhold av første asyllandregelen. For at § 84 ikke skal være til hinder for retur (eller overføring) til et annet ansvarlig land, må vedkommende stat for det første ha ratifisert flyktningkonvensjonen. For det annet må staten respektere sine folkerettslige forpliktelser i praksis. Et antatt "trygt" første asylland kan således måtte anses som utrygt etter en konkret vurdering. Også land som deltar i Dublinsamarbeidet eller er part i POK, er i prinsippet omfattet.

Det er ikke uvanlig at asylsøkere som har fått avslag i et annet Dublin-land anfører at det ville være i strid med forbudet mot refoulement å returnere vedkommende til førstelandet. Dette begrunnes gjerne med at myndighetene i førstelandet har begått en feilvurdering, at saksbehandlingen ikke har vært tilstrekkelig betryggende o.l. Andre varianter er at asylsøkere som ankommer Norge på Schengenvisum anfører at det land som utstedte visumet ikke respekterer prinsippet om non refoulement, behandler asylsøkere dårlig, at asylprosedyrene der ikke er tilfredsstillende, og at Norge derfor ikke kan overføre vedkommende dit. All den stund alle landene som deltar i samarbeidet både har forpliktet seg til å etterleve non refoulement-prinsippet og anser hverandre som trygge land, jf. Dublin II-forordningens fortale pkt. 2, vil det være naturlig å bygge på en presumsjon om at retur til den ansvarlige stat ikke vil være i strid med § 84. Dersom utlendingsmyndighetene derimot har klare holdepunkter - ut over utlendingens påstander - for at den ansvarlige stat ikke akter å respektere prinsippet om non refoulement, vil det kunne være i strid med § 84 å sende utlendingen dit.

Kriteriene for vern i § 84 er de samme som kriteriene for flyktningbeskyttelse i §§ 38 flg. Dette fremgår av henvisningene til § 38 første ledd. Også kravene til bevis og risiko er felles for §§ 38 og 84.

Som i gjeldende lov § 15 fjerde ledd kommer vernet mot utsendelse til anvendelse ved alle former for vedtak etter loven, jf. utkastet § 84 fjerde ledd første punktum.

Forrangsbestemmelsen i § 84 fjerde ledd annet punktum er ny. Ettersom menneskerettsloven § 3 allerede gir EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 forrang, og lovutkastet § 2 slår fast at loven skal anvendes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser når disse har til formål å styrke utlendingens stilling, er bestemmelsen formodentlig overflødig. Informasjonshensyn tilsier likevel at bestemmelsen tas inn i loven.

§ 85 Utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84

Utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84, får en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for utsendelse bortfaller. I oppholdstillatelsen kan det gis pålegg om at utlendingen skal oppholde seg på et bestemt sted. Det kan også fastsettes at tillatelsen ikke skal gi rett til å ta arbeid. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift. Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å besøke andre land som deltar i Schengensamarbeidet.

Til § 85

Bestemmelsen i § 85 er ny.

Bestemmelsen i § 85 annet punktum om at utlending med konstatert behov for beskyttelse kan pålegges å oppholde seg på et bestemt sted, rekker videre enn gjeldende lov §§ 37 syvende ledd første punktum og 41 annet ledd bokstav a og c. I dag er det bare adgang til å pålegge utlending meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted når vedkommende nekter å oppgi sin identitet, når det er skjellig grunn til mistanke om at vedkommende oppgir falsk identitet, eller når det er nødvendig for å sikre iverksettelsen av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate landet. Det vises for øvrig til de alminnelige motiver i kapittel 6.9.8.

Det fremgår av § 65 bokstav c at en tillatelse gitt i medhold av § 85 ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Det fremgår av bestemmelsene i kapittel 8 om familieinnvandring at tillatelsen dermed ikke danner grunnlag for familieinnvandring.

Oppholdstillatelsens varighet er begrenset "inntil hinderet for utsendelse bortfaller." Det mest praktiske vil antakelig være at en søknad om fornyelse avslås etter at Utlendingsdirektoratet har konstatert at § 84 ikke lenger er til hinder for utsendelse, jf. § 71 første ledd. I enkelte tilfeller kan det imidlertid være ønskelig å kalle tillatelsen tilbake eller treffe vedtak om bortfall, for eksempel hvis hinderet for retur opphører kort tid etter at tillatelsen ble innvilget. Utvalget mener at dette kan reguleres i forskrift.

Det er ikke en forutsetning for å anvende § 85 at det er sannsynlig at returhindringen vil falle bort. I enkelte saker kan det allerede på vedtakstidspunktet knytte seg betydelig usikkerhet til om hinderet for utsendelse kommer til å falle bort i overskuelig fremtid. I andre saker, hvor det på vedtakstidspunktet kan ha blitt lagt til grunn at hindringen mest sannsynlig ville være av midlertidig karakter, kan situasjonen i hjemlandet endre

seg i en slik grad at denne prognosen ikke slår til. Utlendingens situasjon i Norge kan også bli endret, for eksempel ved at vedkommende blir alvorlig syk.

I slike tilfeller *kan* det etter hvert bli aktuelt å innvilge en tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring og/eller permanent oppholdstillatelse. I praksis vil det da være mest aktuelt for myndighetene å vurdere en tillatelse i medhold av lovutkastet § 47 om opphold av sterke rimelighetsgrunner. Ved den konkrete vurderingen bør det i så fall legges tilbørlig vekt på hva som i sin tid var grunnlaget for vedtaket om utelukkelse eller utvisning, og i hvilken grad de hensyn som begrunnet vedtaket fortsatt gjør seg gjeldende.

Dersom § 84 tredje ledd skulle være til hinder for å sende en asylsøker til et tredjeland, betyr ikke det at vedkommende må få oppholdstillatelse i medhold av § 85, men at asylsøknaden ikke kan avvises i medhold av § 41. Søknaden må da realitetsbehandles på vanlig måte.

Kapittel 12 Organisering av utlendingsmyndigheten)

§ 86 Utøvelse av myndighet etter loven

1. *Kongen gir forskrift om regulering av innvandringen. For øvrig gjennomføres loven av Kongen, departementet, Utlendingsnemnda, Utlendingsdirektoratet, politiet og andre offentlige myndigheter. Dersom det ikke fremgår direkte av loven, bestemmer Kongen hvilke oppgaver og hvilken myndighet de ulike offentlige instanser skal ha etter loven.*
2. *Enkeltvedtak i medhold av loven treffes av Utlendingsdirektoratet, med mindre annet følger av loven eller kompetansen er delegert til politiet, utenriksstasjon eller annen forvaltningsmyndighet. Direktoratets vedtak etter loven påklages til Utlendingsnemnda.*
3. *Departementet kan instruere om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder hensynet til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, og om avgjørelsen av enkeltsak som innbefatter slike hensyn. Videre kan departementet instruere om prioritering av saker. For øvrig kan departementet verken instruere om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker.*

Til § 86:
Første ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 5 annet og tredje ledd.

Annet ledd: Bestemmelsens første punktum er nytt i forhold til gjeldende lov, uten å innebære en endring i realiteten. Annet punktum tilsvarer gjeldende lov § 38 tredje ledd annet punktum, men er gitt en annen ordlyd.

Tredje ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 38 første og annet ledd.

§ 87 Utlendingsnemnda

1. *Innenfor de rammer som følger av § 86 tredje ledd avgjør Utlendingsnemnda som et uavhengig organ de klagesaker som er lagt til den.*
2. *Utlendingsnemnda ledes av en direktør. Nemnda skal videre ha nemndledere i heltids- eller deltidsstilling. Direktøren og nemndlederne må fylle kravene til dommere og beskikkes på åremål av Kongen i statsråd. Åremålsperioden er seks år for direktøren og fire år for nemndlederne. Gjenoppnevning kan foretas for én periode.*
3. *Nemnda skal ha nemndmedlemmer oppnevnt av Kongen i statsråd etter forslag fra Kommunal- og regionaldepartementet, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og humanitære organisasjoner. De oppnevnes for fire år. Gjenoppnevning kan foretas én gang. Vervet er frivillig. Suppleringer i løpet av perioden foretas av departementet etter forslag fra de samme instansene. Departementet kan løse et nemndmedlem fra vervet dersom medlemmet ikke har overholdt sin taushetsplikt, grovt har krenket andre plikter som følger av vervet eller selv ber om det. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.*
4. *Nemnda skal ha et koordineringsutvalg med en leder og fire medlemmer, ett fra hver medlemsgruppe, jf. tredje ledd. De oppnevnes av departementet for fire år, fortrinnsvis blant dem som har erfaring med nemndarbeidet. Utvalget behandler spørsmål om alminnelige retningslinjer for nemndas arbeid mv.*
5. *Nemndas møter foregår for lukkede dører. Enhver som deltar ved behandlingen av sak for nemnda, har taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13e. Overtredelse straffes etter straffeloven § 121.*
6. *Ved søksmål mot staten om lovmessigheten av Utlendingsnemndas vedtak etter loven her eller om erstatning som følge av slike vedtak, opptrer staten ved Utlendingsnemnda. Ved søksmål mot staten om lovmessigheten av Utlendingsdirektoratets vedtak truffet etter loven her etter 1. januar 2001 eller om erstatning som følge av slike vedtak, opptrer staten ved Utlendingsdirektoratet.*

§ 88 Behandlingsformer mv. i Utlendingsnemnda

1. *I den enkelte sak deltar en nemndleder og to medlemmer, jf. likevel annet ledd. Det ene medlemmet trekkes ut blant dem som er oppnevnt etter forslag fra Kommunal- og regionaldepartementet, Utenriksdepartementet og Norges Juristforbund. Det andre medlemmet trekkes ut blant dem som er oppnevnt etter forslag fra humanitære organisasjoner. Den enkelte nemnd kan behandle flere saker.*
2. *Saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, kan avgjøres av en leder alene. I slike saker kan nemnda også delegere vedtaksmyndighet til sekretariatet. Saker som kan avgjøres av en leder alene, er blant annet klager der vilkårene for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart må anses å foreligge, og klager som må anses grunnløse. Det samme gjelder anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket. På samme vilkår kan en leder under behandlingen av slik anmodning beslutte at det ikke skal tas hensyn til opplysninger, dokumenter eller andre bevismidler som kunne ha vært gitt eller fremlagt under den tidligere behandlingen av saken.*
3. *Nemnda bestemmer selv behandlingsformen. Saker som behandles etter første ledd, avgjøres ved flertallsvedtak.*
4. *Klageren kan gis adgang til å møte personlig og uttale seg i sak som behandles etter første ledd. I saker hvor reglene i § 38 er påberopt, skal slik adgang som hovedregel gis. Klagerens advokat eller en annen representant for klageren kan møte sammen med klageren. Også andre kan gis adgang til å møte og avgi uttalelse.*
5. *Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for beslutninger om behandlingsform og personlig fremmøte.*
6. *Kongen kan gi regler om nemndas arbeidsform og om den nærmere behandlingen av sakene.*

Til §§ 87 og 88:
Som nevnt i kapittel 12.8.3, foreslår utvalget ingen endringer i reglene som omhandler Utlendingsnemnda, jf. utlendingsloven §§ 38a og 38b. Utkastet §§ 87 og 88 vil derfor ikke bli kommentert her.[70]

[70] Motivene til utlendingsloven §§ 38a og 38b er å finne i Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 31 (1999-2000), samt Innst. O. nr. 66 (1999-2000).

Kapittel 13 Saksbehandlingsregler m.m.

I. Alminnelige regler om saksbehandlingen m.m.

§ 89 Forholdet til forvaltningsloven

Forvaltningsloven gjelder når ikke annet følger av loven her.

Til § 89:
Bestemmelsen viderefører § 32 i gjeldende lov uten endringer.[71] Det vises til kapittel 13.1.1 i de alminnelige motiver.

§ 90 Utlendingens rett til å uttale seg

I saker etter §§ 38 og 84, samt i saker som gjelder bortvisning og utvisning, skal utlendingsmyndighetene sørge for at utlendingen får mulighet til å fremlegge sine synspunkter på et språk utlendingen kan kommunisere forsvarlig på. Dette skal skje så snart som mulig, og under enhver omstendighet før det treffes vedtak i saken. Det skal legges til rette for utlendinger med spesielle behov. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

Til § 90:
Bestemmelsen regulerer samme forhold som gjeldende lov § 33.[72] Utkastet § 90 første og annet punktum viderefører gjeldende § 33 annet ledd første og annet punktum uten materielle endringer.

Gjeldende § 33 første ledd slår fast at "utlending som har krav på forhåndsvarsel og informasjon etter forvaltningsloven §§ 16 og 17, skal ha rett til å uttale seg skriftlig eller muntlig." Bestemmelsen i § 33 første ledd er gitt av informasjonshensyn, men foreslås ikke videreført i lovutkastet. Det kan eventuelt gis nærmere regler om utlendingers rett til å uttale seg skriftlig eller muntlig i forskrift, jf. utkastet § 90 i.f.

Etter utvalgets mening er det en selvfølge at saksbehandlingen bør legges til rette for utlendinger med spesielle behov, og et påbud om dette foreslås i utkastet § 90 tredje punktum. Det siktes blant annet til at kvinnelige asylsøkere kan gi uttrykk for ønske om kvinnelig tolk, hvilket bør respekteres så langt det er praktisk mulig. En slik regel er i dag fastsatt i utlendingsforskriften § 55.

[71] NOU 1983:47 s. 338, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 133-135 og 232, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 19-20
[72] NOU 1983:47 s. 246 flg. og 338-339, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 135-142 og 233-234, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 19-20

§ 91 Unntak fra plikten til å fremlegge saksopplysninger for søkeren til uttalelse

I saker som gjelder:
a) visum etter §§ 9 til 11,
b) familieetablering etter §§ 58 og 59,
c) oppholdstillatelse etter bestemmelsene i kapittel 4 eller 5, eller
d) oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse,

og hvor søkeren befinner seg i utlandet, gjøres det unntak fra den plikten som ellers måtte følge av forvaltningsloven § 17 med hensyn til å forelegge saksopplysninger for søkeren til uttalelse.

Til § 91:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 13.1.8.1.

Selv om det ikke skal foreligge en plikt for utlendingsmyndighetene til å forelegge saksopplysninger for søkeren til uttalelse, understreker utvalget at det ikke er noe til hinder for at dette likevel gjøres. Alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk kan tilsi at dette i visse tilfeller bør skje.

Det understrekes videre at søkeren fortsatt vil ha rett til å kreve innsyn i saksdokumentene, jf. forvaltningsloven § 18.

§ 92 Veiledningsplikt

I sak om bortvisning, utvisning og tilbakekall av gitt tillatelse, og når utlending påberoper seg å være flyktning, skal politiet gi veiledning om at utlendingen har rett til fullmektig, jf. forvaltningsloven § 12, og rettshjelp, jf. denne lovs § 103, samt rett til å sette seg i kontakt med sitt lands representasjon, en representant for FNs høykommissær for flyktninger og en norsk flyktningorganisasjon.

Til § 92:
Bestemmelsen viderefører § 34 i gjeldende lov uten realitetsendring.[73] Det vises for øvrig til kapittel 13.1.2 i de alminnelige motiver.

§ 93 Utlendingens møte- og opplysningsplikt

1. *I forbindelse med sak etter loven, kan den utlending saken gjelder pålegges å møte personlig for å gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket.*
2. *Ved innreise, og frem til antatt korrekt identitet er registrert, har utlending plikt til å medvirke til å avklare sin identitet i den grad utlendingsmyndighetene krever det. Utlendingsmyndighetene kan også senere pålegge utlending slik plikt dersom det er grunn til å anta at den registrerte identiteten ikke er den riktige.*
3. *Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift om hva utlendinger kan pålegges å gjøre for å oppfylle plikten etter første og annet ledd.*

Til § 93:
Første ledd: Bestemmelsen tilsvarer gjeldende lov § 44 annet ledd.[74]

Annet ledd: Bestemmelsen tilsvarer gjeldende lov § 37 første ledd første og annet punktum.[75]

Tredje ledd: Forskriftshjemmelen tilsvarer utlendingsloven § 37 første ledd tredje punktum, med den endring at bestemmelsen også gir hjemmel for å gi regler i forskrift om møte- og opplysningsplikten. Gjeldende lov § 44 har ingen egen forskriftshjemmel.

§ 94 Opplysningsplikt

1. *Offentlig myndighet skal etter anmodning gi utlendingsmyndighetene opplysninger om utlendingers personlige forhold til bruk i sak etter loven uten hinder av taushetsplikt etter lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv. § 8-8 eller lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 6-7.*
2. *Ved mistanke om overtredelse av vilkårene for oppholdstillatelse etter kapittel 4 og 5, eller om at utlendingen ikke har nødvendig oppholdstillatelse, skal Arbeidstilsynet varsle utlendingsmyndighetene. Det samme skal petroleumsmyndighetene ved mistanke om tilsvarende overtredelse innenfor sitt myndighetsområde.*

Til § 94:
Første ledd: Bestemmelsen regulerer det samme som gjeldende lov § 45 første ledd bokstav h sammenholdt med gjeldende forskrift § 157.[76] Med utvalgets forslag vil plikten til å gi utlendingsmyndighetene opplysninger imidlertid omfatte alle opplysninger om utlendingers personlige forhold, og ikke bare vedkommendes navn og adresse. Det vises til drøftelsen i kapittel 13.1.8.6 i de alminnelige motiver.

73. NOU 1983:47 s. 257-259, 261-262 og 339-340, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 139-142 og 234-235, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 20

74. NOU 1983:47 s. 309-310 og 370, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 172-174 og 247, Ot.prp. nr. 17 (1998-99) punkt 3.2.15 og 4, Innst. O nr. 42 (1998-99)

75. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) punkt 3.2.10, Innst. O. nr. 42 (1998-99) punkt 3.1.10

76. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 174-178 og 248, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 22-23

Annet ledd: Bestemmelsen er ment å videreføre reglene i gjeldende lov § 11a om Arbeidstilsynets og Petroleumstilsynets opplysningsplikt overfor utlendingsmyndighetene.[77]

§ 95 Vandelskontroll i sak om familieetablering, jf. §§ 58 og 59

1. *Politiet kan som ledd i forberedelse av sak etter §§ 58 eller 59 benytte vandelsopplysninger om referansepersonen, jf. § 60.*
2. *Dersom politiet har opplysninger om forhold knyttet til referansepersonens vandel mv. som er av betydning for om oppholdstillatelse skal avslås etter § 58 fjerde ledd, kan det i slik sak gis en uttalelse om dette til det organ som avgjør saken.*

Til § 95:
Bestemmelsen er ny og gjelder innhenting av vandelsopplysninger for å vurdere om det kan være grunnlag for å nekte oppholdstillatelse i sak om familieetablering i henhold til bestemmelsen i lovutkastet § 58 fjerde ledd. Sistnevnte bestemmelse fastsetter at opphold kan nektes dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge en tillatelse.

Som det fremgår i kapittel 8.5.4.6 anser ikke utvalget at det uten videre er behov for å lovfeste politiets adgang til å foreta vandelskontroll av referansepersonen, men man har likevel valgt å tydeliggjøre adgangen til vandelskontroll gjennom bestemmelsen i første ledd. Selv om det alltid vil være adgang til å foreta vandelskontroll i saker som nevnt i første ledd, er det nærliggende at man ut fra ressursgrunner vurderer nærmere i hvilket omfang det er hensiktsmessig å gjennomføre slik kontroll.

Det følger av sammenhengen med bestemmelsen i annet punktum at det bare er i de saker hvor politiet som forvaltningsmyndighet finner grunn til det, at de innhentede opplysningene skal videreformidles til Utlendingsdirektoratet, som deretter tar stilling til om opphold skal nektes. Dersom det er grunn til å videreformidle vandelsopplysningene, skal dette gjøres på den måten at politiet utarbeider en "skikkethetsvurdering" med opplysninger som er relevante for å bedømme om søkeren risikerer å bli utsatt for mishandling eller annen alvorlig krenkelse dersom opphold innvilges. Det vises for øvrig til de alminnelige motiver, hvor det blant annet er referert fra NOU 2003:21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern, vedrørende innholdet av en slik bredere uttalelse fra politiet som det her er gitt hjemmel for.

§ 96 Vandelskontroll i sak om visum etter § 9

Dersom Utlendingsdirektoratet finner at det foreligger særlig grunn til å undersøke referansepersonens vandel i sak om visum for å avgjøre om det kan være grunn til å nekte visum i henhold til § 9 tredje ledd, kan det innhentes uttalelse fra politiet om forhold som er av betydning for å bedømme dette spørsmål.

Til § 96:
Bestemmelsen er ny, og gjelder vandelskontroll for å vurdere om det kan være grunnlag for å nekte visum i henhold til bestemmelsen i lovutkastet § 9 tredje ledd. Denne bestemmelsen fastsetter at visum kan nektes dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge visum.

Som nevnt i de alminnelige motiver i kapittel 11.2.6, har utvalget ikke ønsket å foreslå en like vid hjemmel for vandelskontroll som det man har foreslått for saker som gjelder oppholdstillatelse i familieetableringstilfeller. I visumtilfellene skal det således ikke foretas en rutinemessig vandelskontroll. Bare i saker hvor Utlendingsdirektoratet finner særlig grunn til å undersøke referansepersonens vandel for å avgjøre om det kan være grunnlag for å nekte visum, kan det innhentes uttalelse fra politiet. Som angitt i de alminnelige motiver, vil det bero på et skjønn fra Utlendingsdirektoratets side når det kan anses å foreligge "særlig grunn", men det forutsettes at det i praksis vil være tale om få saker hvor det vil være aktuelt å foreta vandelskontroll. Normalt vil utlendingsmyndighetene ha få opplysninger om referansepersonen å bygge på, og det vil derfor i praksis være en svært begrenset mulighet for å fange opp de tilfeller hvor det ut fra objektive holdepunkter foreligger en risiko for mishandling eller annen alvorlig krenkelse. I praksis vil det i første rekke være i de tilfeller hvor direktoratet har registrert referansepersonen som referanseperson i tidligere visumsaker eller familieetableringssaker, at det kan foreligge tilgjengelige opplysninger som gir "særlig grunn" til nærmere undersøkelser.

§ 97 DNA-testing

Dersom de øvrige opplysningene i en sak etter lovens kapittel 8 ikke gir grunnlag for å fastslå familierelasjonen mellom søkeren og en referanseperson i

77. Ot.prp. nr. 77 (2003-2004), Innst. O. nr. 103 (2003-2004)

Norge, kan utlendingsmyndighetene gi søkeren og referansepersonen muligheten til å foreta DNA-test.

Til § 97:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til drøftelsen i kapittel 13.3.4.5 i de alminnelige motiver.

§ 98 Alderstesting

Dersom de øvrige opplysninger i en sak etter loven ikke gir grunnlag for å fastslå en søkers eller en referansepersons alder, og slike opplysninger har betydning for saken, kan søkeren eller referansepersonen pålegges å underkaste seg slik aldersundersøkelse som fastsatt av Kongen i forskrift.

Til § 98:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til drøftelsen i kapittel 13.3.4.6 i de alminnelige motiver.

§ 99 Registrering av opplysninger

Utlendingsmyndighetene kan registrere personopplysninger som nevnt i personopplysningsloven § 2 nr. 1 og 8 i forbindelse med behandling av sak etter denne lov. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.

Til § 99:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til kapittel 13.7.3 i de alminnelige motiver.

§ 100 Gebyr

Kongen kan ved forskrift gi regler om at det skal tas gebyr for å behandle søknader etter denne lov, med unntak av søknad om beskyttelse etter kapittel 6.

Til § 100:
Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 59 annet punktum uten endringer i realiteten.[78]

§ 101 Iverksetting av vedtak

1. *Et vedtak kan iverksettes før det er endelig dersom vedtaket gjelder*
   a) *bortvisning,*
   b) *utvisning av person som ikke har oppholdstillatelse, eller*
   c) *nordisk borger som ikke har hatt opphold i riket i mer enn tre måneder.*
2. *Påberoper en utlending seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, kan et vedtak bare iverksettes før det er endelig dersom*
   a) *søknaden om opphold er avvist i medhold av § 41, eller*
   b) *vilkårene for opphold etter §§ 38 eller 85 åpenbart ikke er oppfylt.*
3. *Vedtak i sak hvor det er tatt stilling til om § 47 kommer til anvendelse, kan bare iverksettes før det er endelig dersom vilkårene åpenbart ikke er oppfylt.*
4. *Vedtak som gjelder søknad om første gangs oppholdstillatelse, og søknad om fornyelse fremsatt etter fristen i § 71 sjette ledd, kan bare iverksettes før det er endelig dersom utlendingen har fått mulighet til å fremsette klage, og tidligst 48 timer etter at melding om vedtaket er kommet frem til utlendingen. Dersom Utlendingsdirektoratet anser søknaden åpenbart grunnløs, kan vedtaket likevel iverksettes så snart fristen for å begjære utsatt iverksetting er utløpt, og direktoratet har tatt stilling til begjæringen.*
5. *Vedtak som innebærer at utlending må forlate riket, iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise med en gang eller innen en fastsatt frist. Dersom pålegget ikke blir fulgt, eller det er overveiende sannsynlig at det ikke vil føre til at utlendingen forlater riket, kan politiet føre utlendingen ut. Når særlige grunner taler for det, kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra. Beslutninger som gjelder iverksetting regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.*
6. *Når Utlendingsnemnda har truffet et vedtak som innebærer at utlending må forlate riket, kan den instruere politiet om å utsette iverksettingen. Utlendingsdirektoratet kan instruere politiet om å utsette iverksettingen dersom slikt endelig vedtak er truffet av direktoratet. Utlendingsnemnda kan instruere politiet om å utsette iverksettingen av et vedtak truffet av direktoratet på nemndas saksområde, når vedtaket innebærer at utlendingen må forlate riket.*
7. *Utlending som nevnt i femte ledd som ikke har gyldig reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette.*

Til § 101:
Bestemmelsen omhandler forhold som er regulert i gjeldende lov §§ 39 til 41.[79] Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 13.4. Tidspunktet for iverksetting av vedtak i saker om asyl og vern mot forfølgelse er regulert i sistnevnte paragraf, mens vedtak i andre saker er regulert i førstnevnte. Av

78. Ot.prp. nr. 19 (2002-2003) punkt 2, Innst. O. nr. 55 (2002-2003) punkt 2.1

informasjonshensyn foreslår utvalget en felles bestemmelse for iverksetting av alle typer vedtak. (Utkastet § 101 gjelder bare iverksetting av vedtak som innebærer at utlendingen har plikt til å forlate landet, jf. overskriften.)

Ordlyden i § 101 første til fjerde ledd er vesentlig endret i forhold til ordlyden i de tilsvarende bestemmelser i §§ 39 og 40 i gjeldende lov. Endringene i realiteten er derimot ikke store.

Første ledd: At vedtak som nevnt i utkastet § 101 første ledd kan iverksettes før de er endelige, fremgår av gjeldende lov § 39 første ledd første og tredje punktum. Det samme fremgår for øvrig av den alminnelige regel om iverksetting i forvaltningsloven § 42 første punktum.

Annet ledd: Etter utlendingsloven § 40 første ledd kan vedtak i asylsaker og saker om vern mot forfølgelse iverksettes før de er endelige dersom Utlendingsdirektoratet anser det åpenbart at omstendigheter som nevnt i § 15 første ledd ikke foreligger, eller hvis utlendingen har søknad om asyl til behandling i et annet et land eller har fått avslag på slik søknad der. Det er underforstått at de land det siktes til er *trygge* første asylland. (I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 241 annen spalte heter det at "særlig vil det kunne være aktuelt med tidligere iverksetting når utlendingen har fått avslag på asylsøknad i Danmark eller Sverige.")

Utkastet § 101 annet ledd regulerer det samme som gjeldende lov § 40 første ledd, og er ikke ment å skulle gjøre endringer i realiteten til tross for at ordlyden er en annen. At det bare er trygge første asylland det bør være aktuelt å sende en asylsøker til før det er truffet endelig vedtak i saken, fremgår tydelig gjennom henvisningen til § 41 i utkastet § 101 annet ledd bokstav a. Bokstav b gir adgang til tidlig effektuering også i saker hvor en søknad om opphold ikke er avvist i medhold av § 41, typisk hvor en asylsøker er ankommet Norge direkte fra hjemlandet, men hvor vilkårene for opphold etter §§ 38 eller 85 utvilsomt ikke er oppfylt.

Tredje ledd: Som nevnt i kapittel 13.4.6.1 i de alminnelige motiver mener utvalget at et vedtak ikke bør kunne effektueres før det er endelig dersom det knytter seg tvil til om vilkårene for opphold av sterke rimelighetsgrunnerer oppfylt, jf. utkastet § 47.

Fjerde ledd: Bestemmelsens første punktum svarer til § 39 annet ledd i gjeldende lov. "Søknad om fornyelse" omfatter søknad om permanent oppholdstillatelse, jf. utkastet § 72.[80]

Annet punktum i utkastet § 101 fjerde ledd er nytt. I noen tilfeller kan det være hensiktsmessig å uttransportere utlendingen ganske raskt, hvilket loven ikke bør sette bom for. Men unntaket i annet punktum forutsettes anvendt slik at utlendingen og eventuelt hans advokat får reelle muligheter til å ivareta søkerens tarv.

Femte ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 41 første ledd.

Sjette ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 41 niende og tiende ledd, med den endring at Utlendingsnemnda kan instruere politiet direkte om å utsette iverksettingen av et vedtak truffet av Utlendingsdirektoratet på nemndas saksområde (som innebærer at utlendingen må forlate landet). Etter gjeldende lov § 41 i.f. må nemnda i slike tilfeller instruere direktoratet om at iverksettingen skal utsettes.

Syvende ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 41 annet ledd.

§ 102 Ansvar for utgifter mv.

1. *Utlending som i medhold av loven føres ut av riket, plikter å betale utgiftene ved sin egen utreise. Utlendingen skal også betale utgifter til vakthold når dette er nødvendig fordi utlendingen ikke vil forlate riket frivillig. Kravet er tvangsgrunnlag for utlegg.*
2. *Når utlending som er kommet med skip eller luftfartøy, eller som er brakt til riket av transportør som utfører yrkesmessig landtransport av personer, blir bortvist, plikter transportmiddelets eier eller leier, og på dennes vegne dets fører eller agent i riket, enten å ta utlendingen om bord igjen, på annen måte bringe utlendingen ut av riket, eller å dekke utgifter som måtte bli påført det offentlige ved at utlendingen føres ut. På samme måte foreligger plikt til å ta om bord og dekke utgifter til mannskap for eskorte til utlendingen ut av riket når politiet finner dette nødvendig.*
3. *Annet ledd gjelder tilsvarende ved utvisning som reaksjon på overtredelse av lovens regler om innreise og ved uttransportering av utlending som*

79. NOU 1983:47 s. 74-76, 268-282, 344-346, 350-354 og 394-395, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 153-165, 239-244, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s.20, Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 31 (2000-2001), Innst. O. nr. 66 (1999-2000)

80. Sml. Eli Fisknes: Utlendingsloven med kommentarer (Oslo, 1994) s. 333

nektes innreise til riket på grunn av et fortsatt gjeldende utvisningsvedtak.

4. *Har utlending som trenger tillatelse fra politiet etter § 16 for å gå i land i riket, gjort dette uten slik tillatelse, gjelder det samme som etter tredje ledd. Ansvaret omfatter da i alminnelighet også utgifter som måtte bli påført det offentlige i inntil tre måneder ved utlendingens opphold i riket.*
5. *Dersom utgiftene ved at utlendingen føres ut av riket ikke dekkes etter første til femte ledd, dekkes de av staten.*
6. *Ansvaret etter tredje til femte ledd gjelder ikke ved innreise over indre Schengengrense.*

Til § 102:
Bestemmelsen er i det vesentlige en videreføring av § 46 i gjeldende lov.[81] Utvalget foreslår imidlertid at reglene i utlendingsloven § 46 annet ledd, som regulerer rettsvirkningene av garantier, ikke videreføres. Med forsikring som vilkår for visum vil garantier være lite praktiske. De garantier som eventuelt vil bli stilt, vil på vanlig måte gjelde etter sitt innhold. Det vises for øvrig til drøftelsen i kapittel 11.2.6 i de alminnelige motiver.

Ettersom utvalget foreslår at et utvisningsvedtak ikke skal være bortvisningsgrunn etter § 17, er det behov for en ny regel om transportøransvar i visse utvisnings- og uttransporteringstilfeller av hensynet til konsekvens i regelverket, jf. lovutkastet § 102 tredje og fjerde ledd.

Regelen om beslag av billetter i gjeldende lov § 46 første ledd siste punktum foreslås flyttet av systematiske hensyn, jf. utkastet § 111 tredje ledd første punktum.

§ 103 Rettshjelp

1. *I saker om utvisning som nevnt i § 77 bokstav e og f og sak om bortvisning som nevnt i § 17 første ledd bokstav k, samt i sak om tilbakekall av gitt tillatelse etter §§ 29, 46 eller 73, har utlendingen rett til fritt rettsråd uten behovsprøving. I annen sak etter loven har utlendingen rett til fritt rettsråd etter lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp når vilkårene der er oppfylt.*
2. *Utlending som søker oppholdstillatelse etter § 38 eller påberoper seg vernet mot utsendelse etter § 84, har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving ved negativt vedtak fattet av Utlendingsdirektoratet. Dette gjelder likevel ikke der utlendingen klager over bare å ha fått oppholdstillatelse etter § 47. Ved søknader fra enslige mindreårige asylsøkere, og saker som kan berøre utenrikspolitiske forhold, grunnleggende nasjonale interesser eller hvor utelukkelse etter § 45 kan bli utfallet, gis det rettshjelp også i forbindelse med saksbehandlingen i Utlendingsdirektoratet.*
3. *Retten skal oppnevne prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 113. Det samme gjelder når retten prøver spørsmålet om pålegg etter §§ 101, 111 annet ledd og 112, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig. Dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes. Oppnevningen faller bort når retten bestemmer det.*
4. *Retten skal av eget tiltak og uten behovsprøving gi bevilling til fri sakførsel når prosessfullmektig oppnevnes etter tredje ledd.*
5. *I de tilfelle det er ytet fri sakførsel eller fritt rettsråd uten behovsprøving, kan det offentliges utgifter i forbindelse med rettshjelpen kreves helt eller delvis erstattet dersom utlendingen har økonomisk evne til det. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

Til § 103:
Første ledd: Bestemmelsen er utformet i tråd med synspunktene i kapittel 13.6.4 i de alminnelige motiver. Med utvalgets forslag vil færre personkategorier har krav på fritt rettsråd enn det som følger av gjeldende lov § 42 sammenholdt med § 34.[82]

Annet ledd: Bestemmelsens første og annet punktum bygger på departementets forslag til ny § 42 tredje ledd første og annet punktum i gjeldende lov, jf. Ot.prp. nr. 51 (2003-2004). Med saker "der utlendingen klager over bare å ha fått oppholdstillatelse etter § 47", siktes det til saker hvor utlendingen er innvilget opphold av humanitære grunner etter å ha fått avslag på søknad om flyktningbeskyttelse og/eller vern mot utsendelse, jf. §§ 38 og 84.

Personkategoriene nevnt i utkastet § 103 annet ledd tredje punktum bør etter utvalgets oppfatning fortsatt ha krav på fritt rettsråd i første instans. Det vises igjen til de alminnelige motiver.

81. NOU 1983:47 s. 307-308 og 369-370, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 178-180 og 249-250, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 23, Ot.prp. nr. 65 (1990-91), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 56 (1998-99)

82. NOU 1983:47 s. 282-286 og 354, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 165-168 og 245-246, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 20, Ot.prp. nr. 77 (1992-93), Innst.O. nr. 128 (1992-93), Ot.prp. nr. 2 (1994-95), Innst.O. nr. 42 (1994-95), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99)

Tredje ledd: Bestemmelsen tilsvarer gjeldende lov § 42 første ledd.

Fjerde og femte ledd: Bestemmelsene viderefører gjeldende lov § 42 annet og tredje ledd uten endringer i realiteten.

II. Særskilte regler for søknader om beskyttelse (asylsaker)

§ 104 Tidspunkt for fremsettelse av søknad om beskyttelse. Opplysning av saken

1. *Søknad om beskyttelse etter § 38 skal fremsettes uten ugrunnet opphold. Søknaden fremsettes for politiet ved passering av ytre Schengengrense, eller for øvrig ved nærmeste politidistrikt etter innreise i riket. Pass eller annet reisedokument utlendingen er i besittelse av, skal innleveres sammen med søknaden.*
2. *Dersom omstendigheter som nevnt i § 38 inntreffer først etter utlendingens innreise i riket, skal søknad fremsettes uten ugrunnet opphold etter at utlendingen ble klar over omstendighetene.*
3. *Den som registrerer søknaden, skal ta fotografi og fingeravtrykk av utlendingen, jf. § 108 tredje ledd bokstav b. Når det anses nødvendig, kan det tas kopi av dokumenter utlendingen er i besittelse av.*
4. *Søkeren plikter å gjøre sitt beste for å fremlegge nødvendig dokumentasjon, og for å medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger. I dette øyemed kan søkeren pålegges å være tilgjengelig på nærmere angitt sted. Utlendingsmyndighetene har et selvstendig ansvar for å innhente tilgjengelige opplysninger før avgjørelse blir truffet, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.*
5. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om gjennomføringen av saksbehandlingen.*

Til § 104:
Første og annet ledd: Som nevnt i kapittel 6.11.11.3, vil utvalget lovfeste at søknad om beskyttelse skal fremsettes uten ugrunnet opphold, jf. første ledd første punktum og annet ledd. Unnlatelse av å fremme søknaden uten ugrunnet opphold, vil kunne få konsekvenser for vurderingen av søknadens troverdighet. Om et slikt opphold i det enkelte tilfelle har vært ugrunnet, og hvilken betydning det eventuelt må få, vil bero på en individuell vurdering.

Regelen om at søknaden fremsettes for politiet, jf. § 54 første ledd første punktum i gjeldende forskrift, foreslås videreført i utkastet § 104 første ledd annet punktum. Tredje punktum viderefører § 17 fjerde ledd i gjeldende lov.[83]

83. NOU 1983:47 s. 359, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 206

Tredje ledd: Bestemmelsen i første punktum er ny i forhold til gjeldende lov, men innebærer ikke annet enn en videreføring av politiets praksis med hensyn til å ta rutinemessig fotografi og fingeravtrykk av asylsøkere, jf. utlendingsloven § 37 fjerde ledd bokstav b. Også bestemmelsen i utkastet § 104 tredje ledd annet punktum - om adgang til å kopiere dokumenter - er ny i forhold til gjeldende lov.

Fjerde ledd: Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Som nevnt i kapittel 13.3.4.3 i de alminnelige motiver, mener utvalget at det vil være en fordel å synliggjøre asylsøkeres plikt til å gjøre sitt beste for å fremlegge nødvendig dokumentasjon, og til å medvirke til innhenting av opplysninger som er nødvendig for å komme frem til et korrekt materielt resultat i saken. Manglende overholdelse av opplysnings- og dokumentasjonsplikten vil i praksis kunne få konsekvenser for vurderingen av søknadens troverdighet. Det er imidlertid ikke meningen at et slikt pliktbrudd skal kunne danne grunnlag for utvisning i medhold av § 77 bokstav a, eller straff etter § 118 første ledd. Normalt vil en asylsøker heller ikke kunne pålegges å ta kontakt med hjemlandets myndigheter for å fremskaffe dokumentasjon eller opplysninger, jf. kapittel 13.3.3.1.

Forslaget om at myndighetene skal kunne pålegge asylsøkere å holde seg tilgjengelige for myndighetene, er omtalt i kapittel 6.11.11.2 i de alminnelige motiver.

Utvalget går inn for at det gjøres en henvisning i fjerde ledd tredje punktum til myndighetenes opplysningsplikt etter forvaltningsloven. Henvisningen er rettslig sett overflødig, men foreslås av informasjonshensyn.

§ 105 Søkerens rettsstilling under behandlingen av søknaden

1. *Kongen kan ved forskrift fastsette at utlending som søker om oppholdstillatelse etter §§ 38, 43 eller 47, må oppholde seg i den kommune der vedkommende blir utplassert inntil søknaden er endelig avgjort.*
2. *Søkeren kan gis rett til å ta arbeid inntil søknaden er avgjort. Det er en forutsetning for tillatelse at følgende vilkår er oppfylt:*
   a) *Det er tatt asylintervju av søkeren,*
   b) *det er ikke tvil om søkerens identitet, og*
   c) *det er ikke aktuelt å bortvise søkeren eller fremme tilbaketakelsesbegjæring overfor annet land.*
3. *Er søknad om asyl avslått i første instans, gjelder gitt tillatelse fortsatt dersom klage fremsettes og*

gis oppsettende virkning. Klager som ikke allerede har tillatelse etter annet ledd, kan etter anmodning gis slik tillatelse forutsatt at vilkårene i annet ledd er oppfylt og klagen er gitt oppsettende virkning.

4. *Tillatelse etter annet og tredje ledd gis av Utlendingsdirektoratet, som også kan gi politiet myndighet til å gi tillatelse. Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for vedtak om slik tillatelse.*

Til § 105:
Første ledd: Bestemmelsen viderefører § 17 femte ledd i gjeldende lov.[84]

Annet ledd: Bestemmelsens første punktum tilsvarer § 17 sjette ledd første punktum i gjeldende lov.[85]

Vilkårene for midlertidig arbeidstillatelse i gjeldende forskrift § 61 første ledd annet punktum nr. 1 til 3 bør videreføres, og bør stå i loven av informasjons- og signalhensyn. De er inntatt i utkastet § 105 annet ledd annet punktum.

Tredje ledd: Bestemmelsen viderefører § 61 annet ledd i gjeldende forskrift.

Fjerde ledd: Bestemmelsen viderefører reglene i gjeldende forskrift § 62 annet ledd første punktum og siste ledd.

§ 106 Oppholdssted under søknadsbehandlingen

Kongen kan i forskrift fastsette nærmere regler om oppholdssted for utlending som søker beskyttelse og økonomiske ytelser til beboeren, og bestemmelser om drift av slikt oppholdssted.

Til § 106:
Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til kapittel 6.11.11.4 i de alminnelige motiver.

§ 107 Oversending av opplysninger

1. *I den utstrekning Norge er forpliktet til det som deltaker i Schengensamarbeidet og samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet), kan utlendingsmyndighetene uten hinder av taushetsplikt oversende opplysninger om enkeltpersoner til myndighetene i land som deltar i slikt samarbeid, som ledd i eller til bruk ved behandling av sak om grensekontroll, visum, bortvisning, utvisning eller oppholdstillatelse. Med oppholdstillatelse menes i denne paragrafen tillatelse av en hvilken som helst art som er utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet og som gir rett til opphold på dets territorium. Tillatelse til opphold med sikte på behandling av en søknad om oppholdstillatelse omfattes likevel ikke.*
2. *Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om hvilke forhold det kan opplyses om og vilkår som må være oppfylt før oversending kan finne sted.*

Til § 107:
Bestemmelsen viderefører § 34a i gjeldende lov.[86] Anvendelsesområdet er imidlertid noe videre, idet utvalget foreslår at opplysninger også skal kunne oversendes i sak om grensekontroll. Videre er uttrykket "midlertidig tillatelse" erstattet med "tillatelse" i første ledd siste punktum i tråd med lovutkastets system. Det vises for øvrig til kapittel 13.1.8.6 i de alminnelige motiver.

III. Tvangsmidler

§ 108 Fotografi og fingeravtrykk

1. *Det kan tas fotografi og fingeravtrykk av utlending som*
   a) *ikke kan dokumentere sin identitet, eller som det er grunn til å mistenke for å oppgi falsk identitet,*
   b) *søker en tillatelse etter loven,*
   c) *har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse etter loven, eller*
   d) *er bortvist eller utvist, eller som antas å oppholde seg ulovlig i riket.*
2. *Fingeravtrykk og fotografi tatt i medhold av denne bestemmelsen kan registreres elektronisk i et register. Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler for føring og bruk av registeret. Politiet kan bruke registeret i forbindelse med etterforskning av en eller flere handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder.*
3. *For behandling av fingeravtrykk i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge,*

84. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 206
85. NOU 1983:47 s. 367, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 206
86. Ot.prp. nr. 56 (1998-99), Innst. O. nr. 89 (1998-99), Ot.prp. nr. 49 (2002-2003), Innst. O. nr. 97 (2002-2003), Ot.prp. nr. 95 (2002-2003), Innst. O. 130 (2002-2003), Ot.prp. nr. 30 (2003-2004), Innst. O. nr. 83 (2003-2004)

Island eller en medlemsstat (Dublin-samarbeidet), gjelder reglene i § 109.

4. *Beslutning om at det skal tas fotografi eller fingeravtrykk treffes av polititjenestemann eller Utlendingsdirektoratet.*
5. *Politiet kan avgjøre at fingeravtrykk tas med tvang. I slike tilfeller kan utlendingen bringe inn for retten spørsmålet om rettmessigheten av å ta fingeravtrykk.*

Til § 108:
Første ledd: Bestemmelsen viderefører § 37 fjerde ledd i gjeldende lov.[87] Det vises til kapittel 13.3.3.6 og 13.3.4.10 i de alminnelige motiver. Utvalget bemerker at en ikke har funnet grunn til å skjerpe kravet til mistanke om falsk identitet for å kunne ta fotografi og fingeravtrykk, jf. første ledd bokstav a. Det kreves derfor ikke skjellig grunn til mistanke.

Annet ledd: Bestemmelsens første til tredje punktum viderefører reglene i gjeldende lov § 37 sjette ledd, med den endring at også fotografier skal kunne lagres elektronisk. Reglene i fjerde og femte punktum er nye i forhold til gjeldende lov. Det vises til kapittel 13.3.4.10 i de alminnelige motiver.

Tredje og fjerde ledd: Bestemmelsene viderefører henholdsvis §§ 37 femte ledd og 37c første ledd i gjeldende lov.

Femte ledd: Reglene i femte ledd er nye i forhold til gjeldende lov. Det forekommer at personer nekter å avgi fingeravtrykk, og utvalget foreslår derfor at politiet skal kunne ta fingeravtrykk med tvang. Utlendingen kan først bringe spørsmålet om tvang inn for retten etter at det er gjennomført. Hvis retten kommer til at det ikke var rettmessig å ta fingeravtrykk, vil konsekvensen være at det ikke kan lagres.

§ 109 Behandling av fingeravtrykk. Eurodac

1. *Som ledd i samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet), kan fingeravtrykk tas av utlending som har fylt 14 år, og som*
   a) søker oppholdstillatelse etter § 38,
   b) uten å bli bortvist, blir anholdt i forbindelse med ulovlig passering av en ytre Schengengrense, eller
   c) oppholder seg ulovlig i riket.
2. *Sammen med fingeravtrykkene kan det samles inn følgende opplysninger: Dato for den dag fingeravtrykkene ble tatt, sted og dato for fremleggelsen av søknad om beskyttelse etter § 38, kjønn og opprinnelsesstat. Opplysningene skal overføres til en sentralenhet for fingeravtrykksopplysninger.*
3. *Personopplysningsloven gjelder for behandlingen av opplysningene hvis ikke annet er bestemt i lov eller forskrift. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om behandling av opplysningene, herunder om overføring av opplysninger til sentralenheten, lagring, sammenlikning med andre opplysninger, overføring av resultatene av slik sammenlikning, sikkerhet, sperring og sletting av opplysninger, samt regler for å sikre korrekte og oppdaterte opplysninger.*

Til § 109:
Bestemmelsen viderefører § 37e i gjeldende lov.[88] Det vises til kapittel 13.3.3.6 og 13.3.4.10 i de alminnelige motiver.

§ 110 Undersøkelse

1. *Dersom det er skjellig grunn til å anta at utlending skjuler opplysninger om sin identitet eller annen opplysning av vesentlig betydning for saken, kan det foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted.*
2. *Dersom det er skjellig grunn til å tro at utlendingen har penger som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen som utlendingen har plikt til å dekke, eller billetter som kan sikre uttransportering, kan det foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted.*
3. *Undersøkelse etter første og annet ledd kan bare foretas etter beslutning av retten. Er det fare ved opphold kan beslutningen treffes av politimesteren eller den han bemyndiger. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med undersøkelsen og hva undersøkelsen omfatter. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før undersøkelsen foretas skal beslutningen leses opp eller forevises for utlendingen.*
4. *Reglene i straffeprosessloven §§ 198 til 202 gjelder så langt de passer.*

87. Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 96 (2000-2001), Innst. O. nr. 128 (2000-2001)

88. Ot.prp. nr. 96 (2000-2001), Innst. O. nr. 128 (2000-2001)

Til § 110:
Informasjonshensyn taler for at regler om ett og samme type tvangsmiddel fortrinnsvis bør stå i én paragraf i en ny lov, i stedet for å stå spredt i flere forskjellige bestemmelser. Med en slik systematikk antar utvalget at regelverket vil bli betydelig lettere tilgjengelig. Disse hensyn ligger til grunn for utformingen av både lovutkastet § 110 og andre paragrafer i kapitlet om tvangsmidler.

Første ledd: Bestemmelsen regulerer det samme som gjeldende lov § 37,[89] men har et videre anvendelsesområde, idet utlendingsloven § 37 bare gjelder identifisering. Allerede i dag har politiet hjemmel i straffeprosessloven for å foreta undersøkelse av person, bolig m.m. ved mistanke om straffbare forhold, for eksempel overtredelse av plikten til å gi korrekte opplysninger etter utlendingsloven § 47 første ledd bokstav b. Av informasjonshensyn vil det likevel være en fordel å ha en tilsvarende hjemmel i en ny utlendingslov. Et praktisk eksempel på tilfeller hvor det ofte vil være nødvendig å foreta undersøkelse av utlendingens bolig for å finne ut om vedkommende gir riktige opplysninger, er saker om familiegjenforening hvor det foreligger mistanke om at et ekteskap er proforma.

Utvalget har vurdert om kravet til mistankens styrke bør stilles lavere enn "skjellig grunn", men mener at dette ikke er tilrådelig.

Annet ledd: Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende lov. Det vises til kapittel 13.4.6.2 i de alminnelige motiver.

Tredje ledd: Bestemmelsen bygger på § 37b i gjeldende lov, jf. § 37a første ledd annet til fjerde punktum.[90] Regelen om at undersøkelse av person og rom som hovedregel må treffes av retten dersom utlendingen ikke samtykker, bør videreføres i en ny lov. Utvalget foreslår imidlertid at kompetansen til å treffe beslutning i saker hvor det er fare ved opphold ikke lenger skal ligge hos påtalemyndigheten, men hos politimesteren eller den han bemyndiger. Dette skal forstås som jurist i politiet (som ikke behøver å ha påtalekompetanse). Forslaget er begrunnet i kapittel 13.2.2 i de alminnelige motiver.

Fjerde ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 37b i.f.

§ 111 Beslag

1. *Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, kan det foretas beslag av reisedokument, billetter og annet materiale som kan bidra til å avklare identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydning for retten til opphold i riket.*
2. *For å sikre at vedtak som medfører at utlendingen plikter å forlate riket skal kunne iverksettes, og det foreligger særlig grunn til å frykte at utlendingen vil unndra seg iverksetting, kan det foretas beslag av reisedokument og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet.*
3. *For å sikre uttransportering kan politiet beslaglegge billetter. Politiet kan også beslaglegge penger til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen.*
4. *Avgjørelsen om beslag besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før beslaget iverksettes, skal beslutningen leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med beslaget.*
5. *Når utlending ankommer riket, ved undersøkelse etter § 110 og i situasjoner hvor det er fare ved opphold, kan beslag tas av polititjenestemann. Beslaget skal straks meldes til den som ellers treffer avgjørelse om beslag, jf. fjerde ledd. Hvis beslaget opprettholdes, utferdiges beslutning etter fjerde ledd.*
6. *Enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. Politiet sørger for at den som rammes av beslaget blir gjort kjent med denne retten. Reglene i straffeprosessloven kapittel 16, med unntak av § 210, gjelder så langt de passer.*

Til § 111:
Reglene om beslag er her samlet i én paragraf for oversiktens skyld, til forskjell fra hva som er tilfellet i gjeldende lov.

Første ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 37 annet ledd, med en justering av ordlyden uten betydning for realiteten.[91]

89. Forarbeider til utlendingsloven § 37 med endringer: NOU 1983:47 s. 266-268 og 343, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 144-147 og 237-238, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 20, Ot.prp. nr. 83 (1991-92), Innst. O. nr. 86 (1991-92), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 96 (2000-2001), Innst. O. nr. 128 (2000-2001), Ot.prp. nr. 49 (2002-2003), Innst. O. nr. 97 (2002-2003).
90. Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99)
91. For en oversikt over forarbeider til utlendingsloven § 37 med endringer, se note over.

Annet ledd: Bestemmelsen viderefører reglene om beslag av reise- og legitimasjonsdokumenter som fremgår av gjeldende lov § 41 tredje ledd bokstav b, jf. første ledd første punktum og fjerde ledd første punktum.[92] Som nevnt i kapittel 13.4.6.3, går utvalget imidlertid inn for å utvide anvendelsesområdet for denne beslagsregelen noe, idet en foreslår at også "annet materiale" skal kunne beslaglegges. Ettersom formålet med bestemmelsen er å legge til rette for effektuering, må materialet være egnet til å dokumentere utlendingens identitet. I motsatt fall kan materialet ikke beslaglegges i medhold av utkastet § 111 annet ledd.

Tredje ledd: Bestemmelsen i første punktum viderefører § 46 første ledd siste punktum i gjeldende lov, med en endring av ordlyden uten betydning for realiteten.[93] Bestemmelsen i annet punktum er ny. Det vises til kapittel 13.4.6.3 i de alminnelige motiver.

Fjerde ledd: Bestemmelsen bygger på gjeldende lov § 37a første ledd,[94] med den endring at kompetansen til å treffe avgjørelse om beslag er lagt til politimesteren eller den han bemyndiger, sml. utkastet § 110 tredje ledd, og ikke påtalemyndigheten som i dag. Det vises til kapittel 13.2.2 i de alminnelige motiver. Anvendelsesområdet for utkastet § 111 fjerde ledd er dessuten videre enn anvendelsesområdet for utlendingsloven § 37a første ledd. Sistnevnte bestemmelse regulerer bare beslag i identifiseringsøyemed, mens utkastet § 111 fjerde ledd også regulerer beslag i effektueringsøyemed.

Femte ledd: Bestemmelsen bygger på gjeldende lov § 37a annet ledd. De samme endringer foreslås som i fjerde ledd med hensyn til at påtalemyndigheten ikke gis noen rolle. Også anvendelsesområdet for § 111 femte ledd er videre enn anvendelsesområdet for utlendingsloven § 37a annet ledd.

Gjeldende lov § 37a annet ledd annet punktum anses overflødig, og foreslås ikke videreført. At det muntlig skal opplyses om formålet med beslaget i tilfeller hvor det ikke foreligger en skriftlig beslutning, fremgår av lovutkastet § 111 fjerde ledd siste punktum.

Sjette ledd: Bestemmelsen viderefører § 37a tredje ledd, med den endring at politiet og ikke påtalemyndigheten gis i oppgave å informere den som rammes av beslaget om retten til å bringe spørsmålet om opprettholdelse inn for domstolene.

§ 112 Meldeplikt og bestemt oppholdssted

1. *Dersom utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til mistanke om at utlending oppgir falsk identitet, kan utlendingen pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted.*
2. *For å sikre at et vedtak som nevnt i § 101 skal kunne iverksettes, og det er særlig grunn til å frykte at utlendingen vil unndra seg iverksetting, kan utlendingen pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted.*
3. *Pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger. Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for meldeplikt eller bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde forføyninger som er tatt. Straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187a gjelder tilsvarende så langt de passer.*

Til § 112:
Utvalget inn for å samle reglene om meldeplikt og bestemt oppholdssted i én paragraf. I gjeldende lov er de spredt på to forskjellige bestemmelser. Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 13.3.3.8, 13.4.5 og 13.4.6.4.

Første ledd: Bestemmelsen viderefører § 37 sjette ledd første punktum.[95]

Annet ledd: Bestemmelsen bygger på gjeldende lov § 41 tredje ledd bokstav a og c samt fjerde ledd første punktum.[96]

Tredje ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 41 fjerde ledd tredje punktum, jf. § 37c annet ledd.[97] (Forholdsmessighetsregelen i straffeprosessloven § 170a, som det er vist til i utlendingsloven § 37c annet ledd tredje punktum, er inntatt i en egen bestemmelse i lovutkastet § 115.)

92. NOU 1983:47 s. 344. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 203
93. NOU 1983:47 s. 307-308 og 369-370, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 178-180 og 249-250, Innst. O. nr. 92 (1987-88) s. 23, Ot.prp. nr. 65 (1990-91), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 56 (1998-99)
94. Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99)
95. For en oversikt over forarbeider til utlendingsloven § 37 med endringer, se note over.
96. NOU 1983:47 s. 344, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 203
97. Forarbeider til utlendingsloven § 37c med endringer: Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Ot.prp. nr. 64 (1998-99), Innst. O. nr. 3 (1999-2000), Ot.prp. nr. 96 (2000-2001), Innst. O. nr. 128 (2000-2001), Ot.prp. nr. 65 (2001-2002), Innst. O. nr. 61 (2001-2002)

§ 113 Pågripelse og fengsling

1. *Dersom utlending nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til mistanke om at utlending oppgir falsk identitet, kan utlendingen pågripes og fengsles.*
2. *Når det er nødvendig for å sikre iverksetting, kan utlending pågripes og fengsles. Tilsvarende gjelder når utlending ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten om å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument.*
3. *Pågripelse besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger. Når det er fare ved opphold, kan polititjenestemann foreta pågripelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. Straffeprosessloven §§ 174 flg. gjelder tilsvarende så langt de passer.*
4. *Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner.*

Til § 113:
Utvalget foreslår at reglene om pågripelse og fengsling samles i én bestemmelse. Det vises til kapittel 13.3.3.8, 13.4.5 og 13.4.6.5 i de alminnelige motiver.

Første ledd: Bestemmelsen viderefører regelen i utlendingsloven § 37 sjette ledd annet punktum.[98]

Annet ledd: Bestemmelsen viderefører § 41 femte ledd i gjeldende lov, med enkelte lovtekniske justeringer uten betydning for realiteten.

Tredje ledd: Bestemmelsen bygger på gjeldende lov § 37c tredje ledd.[99] Utvalget foreslår imidlertid at kompetansen til å treffe beslutning om pågripelse treffes av politimesteren eller den han bemyndiger, sml. utkastet §§ 110 og 111. Det vises til kapittel 13.2.2 i de alminnelige motiver.

Når det er fare ved opphold kan polititjenestemann foreta pågripelse uten at det er truffet beslutning om dette av politimesteren eller den politimesteren har bemyndiget til å treffe slik beslutning. Regelen viderefører prinsippet i gjeldende lov § 37c tredje ledd tredje punktum.

Henvisningen i utlendingsloven § 37c tredje ledd i.f. til straffeprosessloven § 170a foreslås ikke videreført i § 113, da en tilsvarende regel som straffeprosessloven § 170a er inntatt i lovutkastet § 115.

Fjerde ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 37 i.f. Anvendelsesområdet for utkastet § 113 fjerde ledd er likevel noe videre, idet bestemmelsen også omfatter pågripelse og fengsling i effektueringsøyemed.

§ 114 Utlendingsinternat

1. *Utlending som pågripes og fengsles i medhold av § 113, skal som hovedregel anbringes i utlendingsinternat. Utlendingsinternatet er ikke underlagt kriminalomsorgen, men administreres av politiet.*
2. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

Til § 114:
Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 37d.[100]

§ 115 Generelt om bruk av tvangsmidler

1. *Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.*
2. *Tvangsmidler for å sikre iverksetting av vedtak kan anvendes når vedtak som innebærer at utlending må forlate riket er fattet, og når det verserer sak som kan føre til slikt vedtak.*

Til § 115:
Første ledd: Bestemmelsen er identisk med straffeprosessloven § 170a.[101] Av signal- og informasjonshensyn vil det være en fordel at prinsippet om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler kommer klart og tydelig til uttrykk i en ny utlendingslov.

Annet ledd: Bestemmelsen viderefører gjeldende lov § 41 syvende ledd. Anvendelsesområdet er imidlertid noe videre, idet utkastet § 115 omfatter alle typer tvangsmidler. At et tvangsmiddel kan anvendes "når det verserer sak", betyr at det kan benyttes selv om det ikke er truffet vedtak i saken. En asylsøker kan for eksempel fengsles dersom det er skjellig grunn til å tro at han vil unndra seg effektuering hvis han får avslag på søknaden.

98. For en oversikt over forarbeider til utlendingsloven § 37 med endringer, se note over.
99. For en oversikt over forarbeider til § 37c med endringer, se note over.
100. Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99)
101. Motiver og praksis i tilknytning til straffeprosessloven § 170a vil være relevante ved tolkning og anvendelse av utkastet § 115. Se blant annet Ot.prp. nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv. (etterforskningsmetoder mv.) og Innst. O. nr. 3 (1999-2000).

Kapittel 14 Avsluttende bestemmelser

§ 116 Særregler av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn

1. *Innreise kan nektes og søknad om midlertidig eller permanent oppholdstillatelse kan avslås, eller det kan settes begrensninger eller vilkår, når utenrikspolitiske hensyn eller grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig. Vedtak treffes av Utlendingsdirektoratet.*
2. *Reglene i første ledd kommer ikke til anvendelse i sak om beskyttelse etter kapittel 6 og 11.*
3. *Av hensyn som nevnt i første ledd kan utlending gis oppholdstillatelse i Norge. Vedtak treffes av departementet.*
4. *Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om praktiseringen av første og annet ledd.*
5. *Under krig eller når krig truer, eller under særlige forhold ellers, kan Kongen av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser gi ytterligere bestemmelser om meldeplikt enn det som fremgår av § 112 og forskrift gitt i medhold av § 119.*

Til § 116:
Bestemmelsen svarer stort sett til reglene i gjeldende lov, jf. særlig § 43.[102] Det er imidlertid presisert i utkastet at reglene i første ledd ikke kommer til anvendelse i sak om beskyttelse, jf. annet ledd og lovutkastet kapittel 6. Dette er i tråd med gjeldende rett, jf. utlendingsloven §§ 15 til 17 og Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 102.

Det er også gitt hjemmel i tredje ledd for at departementet skal kunne innvilge tillatelser av utenrikspolitiske hensyn eller av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser. Utvalget antar at denne bestemmelsen vil være lite praktisk, men ser ikke bort fra at den vil kunne være aktuell i enkelte tilfeller. Dette kan for eksempel tenkes som et mulig virkemiddel i terroristbekjempelsen. Fordi et slikt vedtak forutsetter en meget sammensatt vurdering, mener utvalget at det alltid bør fattes på politisk nivå. Kompetansen bør med andre ord ikke delegeres til Utlendingsdirektoratet eller politiet.

Det er redegjort for begrepet "grunnleggende nasjonale interesser" i de alminnelige motiver i kapittel 13.5.4.1.

§ 117 Overtredelsesgebyr

Utlending som oppholder seg ulovlig i riket ut over den frist som følger av §§ 8 tredje ledd, 9 fjerde ledd eller 18, kan ilegges et gebyr etter nærmere regler fastsatt av Kongen.

Til § 117:
Som nevnt i de alminnelige motiver i kapittel 14.1.3.5, mener utvalget at utlending bør kunne ilegges gebyr for mindre alvorlige overtredelser av regelverket om visum og visumfrihet. Bestemmelsen gir ikke hjemmel for å ilegge gebyr for annen form for ulovlig opphold, for eksempel oversittelse av utreisefrist etter avslag på søknad om beskyttelse.

§ 118 Straff

1. *Med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder eller med begge deler straffes den som:*
   a) *forsettlig eller uaktsomt overtrer loven her, eller forskrifter, forbud, påbud eller vilkår gitt i medhold av loven; eller*
   b) *forsettlig eller grovt uaktsomt gir vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i sak etter loven.*
2. *Med bøter eller med fengsel inntil 2 år straffes den som:*
   a) *forsettlig eller grovt uaktsomt gjør bruk av utlendings arbeidskraft når utlendingen ikke har nødvendig tillatelse etter loven; eller*
   b) *forsettlig eller grovt uaktsomt formidler arbeid eller bolig for utlending, eller utferdiger eller formidler erklæringer, tilsagn eller dokumenter til bruk for sak etter loven, når forholdet innebærer en utilbørlig utnyttelse av utlendingens situasjon; eller*
   c) *forsettlig ved falske forespeilinger eller liknende utilbørlig adferd forleder utlending til å reise inn i riket med sikte på å bosette seg her; eller*
   d) *overlater til en annen pass, reisebevis for flyktning, annet reisedokument eller liknende dokument som kan bli brukt som reisedokument, når vedkommende vet eller bør forstå at det kan bli brukt av utlending til å reise inn i riket eller til annen stat.*
3. *Med bøter eller med fengsel inntil 3 år straffes den som:*
   a) *forsettlig hjelper utlending til ulovlig opphold i riket eller i annet land som deltar i Schengensamarbeidet; eller*
   b) *forsettlig hjelper utlending til ulovlig å reise inn i riket eller i annet land som deltar i Schengensamarbeidet.*
4. *Med bøter eller med fengsel inntil seks år straffes den som i vinnings hensikt driver organisert*

[102] NOU 1983:17 s. 83-84, 305-307 og 368-369, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 102, 168-171 og 246-247

ulovlig virksomhet med sikte på å hjelpe utlendinger til å reise inn i riket eller til annen stat.

5. *Medvirkning straffes på samme måte.*
6. *Overtredelse av første ledd regnes som forseelse.*
7. *Når allmenne hensyn krever det, skal Utlendingsdirektoratet anmelde forholdet når det er grunn til å tro at det er skjedd en overtredelse av*
   a) *første ledd bokstav a som gjelder bruk av arbeidskraften til en utlending som ikke har nødvendig tillatelse etter loven, eller*
   b) *annet ledd bokstav a.*
8. *Overtredelse av denne paragraf påtales bare når allmenne hensyn krever det.*

Til § 118:
Bestemmelsen viderefører stort sett reglene i gjeldende lov § 47, og omhandler adgangen til å straffe etter utlendingsloven eller forskrifter gitt i medhold av den.[103] Det vises til de alminnelige motiver i kapittel 14.1.

Første ledd: I formuleringen "den som [ ]" ligger det at både utlendinger og norske borgere kan straffes i medhold av bestemmelsen § 118.

Første ledd bokstav a rammer både forsettlig og uaktsom overtredelse av utlendingsloven eller forskrifter, forbud, påbud eller vilkår gitt i medhold av loven.

Formålet med bestemmelsen i første ledd bokstav b er å ramme de grovere forhold. Vilkårene for straff er kvalifisert i forhold til bokstav a. Skyldkravet er strengere, og opplysningene som gis må være "vesentlig uriktige" eller "åpenbart villedende" for å kunne danne grunnlag for straff. Bestemmelsen rammer både de tilfeller hvor det er gitt opplysninger som nevnt i egen sak, og i sak etter utlendingsloven som ikke gjelder en selv. En referanseperson kan derfor straffes for åpenbart villedende opplysninger vedkommende gir for eksempel i forbindelse med en sak om familieinnvandring.

Annet ledd: Det er uten betydning for straffbarheten etter bestemmelsen i annet ledd bokstav a hvorvidt det er arbeidsgiveren eller arbeidstakeren som har tatt initiativet til arbeidsforholdet. Det kan imidlertid ha betydning ved straffutmålingen.

Simpel uaktsom bruk av arbeidskraft som nevnt kan rammes av § 118 første ledd bokstav a. Utlendingens forhold vil måtte vurderes etter 109 første ledd.

Annet ledd bokstav b rammer den forsettlige og grovt uaktsomme atferd. Formålet med bestemmelsen er å ramme aktivitet som skjer som ledd i en organisert virksomhet med økonomisk formål. Det må finne sted en "utilbørlig utnyttelse av utlendingens situasjon". En konsekvens av dette er at når det forlangte vederlagets størrelse innebærer misbruk, er det ulovlig. Det er ikke nødvendig at vederlaget består i betaling av penger. Vederlagets karakter kan også innebære utilbørlig utnytting.

Skyldkravet i annet ledd bokstav c er forsett. Uaktsomhet anses å være lite praktisk ved forhold som bestemmelsen omfatter. Bestemmelsen har ikke til hensikt å ramme den som forleder noen til å reise til Norge som turist. På den annen side er det heller ingen betingelse at utlendingen tar sikte på å innvandre i betydningen å bli her for godt.

Annet ledd bokstav d rammer de tilfeller hvor en person gir for eksempel et pass eller et annet reisedokument til en annen når vedkommende vet eller bør forstå at det kan bli brukt av en utlending til å reise inn i riket eller til en annen stat. I formuleringen "vet eller bør forstå" ligger det at både den forsettlige og den uaktsomme atferd rammes av bestemmelsen.

Tredje ledd: Skyldkravet er endret i forhold til gjeldende lov, ved at skyldkravet skal være forsett i stedet for vinnings hensikt. Bakgrunnen for endringen er omtalt i kapittel 14.1.2 i de alminnelige motiver. Se også kapittel 14.1.3.2.

Tredje ledd bokstav a rammer den som hjelper en utlending til ulovlig opphold i Norge eller et annet land som deltar i Schengensamarbeidet. Med "ulovlig opphold" forstås opphold uten nødvendig oppholdstillatelse. "Ulovlig innreise" som nevnt i bokstav b kan for eksempel være at en utlending som kommer fra et land som Norge ikke har visumfrihetsavtale med, reiser inn i landet til tross for at vedkommende ikke har visum, jf. § 8 første ledd. Det er ikke som etter fjerde ledd et vilkår for straff at den ulovlige virksomheten er organisert.

Fjerde ledd: Bestemmelsen omhandler den som i vinnings hensikt driver organisert, ulovlig virksomhet med sikte på å hjelpe utlendinger inn i Norge eller annen stat. Den som på ideelt grunnlag hjelper andre til å reise inn i riket, rammes derfor ikke.

Femte og sjette ledd:: Bestemmelsene viderefører femte og sjette ledd i gjeldende lov § 47.

[103] NOU 1983:47 s. 76-77, 310-312 og 370-373, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 181-186 og 250-253, Innst. O. (1988-89) s. 23, Ot.prp. nr. 38 (1995-96), Innst. O. nr. 24 (1996-97), Ot.prp. nr. 17 (1998-99), Innst. O. nr. 42 (1998-99), Innst. O. nr. 103 (2003-2004)

Syvende ledd: Bestemmelsen bygger på det nye syvende ledd i utlendingsloven § 47 som ble vedtatt av Stortinget ved lov 02.07.2004 nr. 66.[104] Lovendringen er ikke trådt i kraft idet utvalget sluttfører sin innstilling.

Åttende ledd: Bestemmelsen viderefører siste ledd i utlendingsloven § 47.

§ 119 Forskrifter i medhold av loven

Foruten forskrifter som nevnt i de enkelte paragrafer, kan Kongen i forskrift gi nærmere regler til gjennomføring av loven.

Til § 119:
Utvalget viser til drøftelsen av forholdet mellom lov og forskrift i kapittel 2.1.7 i de alminnelige motiver.

Bestemmelsen gir hjemmel for Kongen til å gi "nærmere regler" i forskrift "til gjennomføring" av loven. Forskriftshjemmelen i § 119 kan derfor bare anvendes til utfylling (presisering) av loven, ikke til å fravike den. Lovutkastet inneholder i tillegg en rekke særskilte forskriftshjemler i de enkelte paragrafer.

I enkelte bestemmelser er departementet gitt hjemmel til å gi utfyllende regler, for eksempel om kravene for å godta pass eller annet legitimasjonsdokument som gyldig for innreise og opphold i riket, jf. lovutkastet § 7 annet ledd.

§ 120 Ikrafttreden og overgangsbestemmelse

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Kongen kan gi overgangsbestemmelser i forskrift.

Til § 120:
Bestemmelsen gjelder tidspunkt for ikrafttreden og opphevelse av gjeldende utlendingslov, samt at det fastsettes hjemmel for at Kongen kan gi overgangsbestemmelser i forskrift.

---

104. Innst. O. nr. 103 (2003-2004) punkt 6

Kapittel 17
Utvalgets forslag til ny utlendingslov mv.

17.1 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Kapittel 1 Alminnelige bestemmelser

§ 1 Lovens saklige virkeområde

Loven gjelder utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Også norske statsborgere kan pålegges plikter etter loven.

§ 2 Lovens forhold til internasjonale regler

Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.

§ 3 Utlendingers rettsstilling

Dersom ikke noe annet følger av gjeldende rettsregler, har utlending under sitt lovlige opphold i riket samme rettigheter og plikter som norske statsborgere.

§ 4 Nærmere om hvem loven gjelder for

1. Med utlending forstås i denne lov enhver som ikke er norsk statsborger.
2. For utlending som er nordisk borger, gjelder ikke lovens bestemmelser om krav til oppholdstillatelse for å ta opphold eller arbeid i riket.
3. For utlendinger tilknyttet diplomatiske eller lønnede konsulære representasjoner i riket, deres ektefeller eller samboere og forsørgede barn, bestemmer Kongen hvilke av lovens regler som skal gjelde. Kongen kan gi særlig forskrift for denne gruppen. Det samme gjelder ansatte i mellomstatlige organisasjoner, oppdragstakere for mellomstatlige organisasjoner eller konvensjonsorganer og personlig ansatte hos utenlandske representanter.
4. For utlendinger som skal ha opphold i riket i forbindelse med gjennomføring av en avtale om mellomstatlig samarbeid som Norge er bundet av, gjelder bestemmelsene om innreisekontroll, reisedokument, visum og oppholdstillatelse med de unntak som følger av avtalen.

§ 5 Lovens stedlige virkeområde

1. Loven gjelder for riket, herunder for innretninger og anlegg som nyttes på den norske del av kontinentalsokkelen. Den gjelder også for innretninger og anlegg tilknyttet den norske del av kontinentalsokkelen.
2. Kongen kan i forskrift fravike lovens regler for innretninger og anlegg som nevnt i første ledd, samt gi forskrift om pass- og grensekontroll ved reise mellom disse og norsk landterritorium.
3. Loven gjelder også for Jan Mayen. Kongen kan gi forskrift om utlendingers adgang til Jan Mayen som fraviker lovens regler.
4. Loven gjelder ikke for Svalbard. Kongen kan gi forskrift om kontroll med reisende som kommer fra eller reiser til Svalbard.
5. Loven gjelder ikke for norske skip i utenriks fart.

Kapittel 2 Kontroll med inn- og utreise

§ 6 Definisjoner knyttet til Schengensamarbeidet

I denne lov forstås med

a) Schengensamarbeidet: samarbeidet mellom Norge, Island og EU om opphevelse av personkontroll på de indre grenser og samarbeid om yttergrensekontroll mv. i henhold til avtale av 18. mai 1999
b) indre Schengengrense: grense mot annen stat som deltar i Schengensamarbeidet
c) ytre Schengengrense: grense mot stat som ikke deltar i Schengensamarbeidet, herunder de deler av havner og lufthavner som anløpes av skip eller luftfartøy som kommer fra stat utenfor Schengensamarbeidet

§ 7 Reisedokument

1. Dersom ikke annet er bestemt, skal utlending som kommer til riket, ha pass eller annet legitimasjonsdokument som er godkjent som reisedokument.
2. Departementet fastsetter kravene for å godta pass eller annet legitimasjonsdokument som gyldig for innreise og opphold i riket.

3. Utlendingsdirektoratet kan i særlige tilfeller frita utlending fra kravet om pass eller godta annet dokument enn det som følger av de alminnelige reglene.

§ 8 Visumplikt og visumfrihet

1. Utlending må ha skriftlig innreisetillatelse til Norge i form av visum for å kunne reise inn i riket, med mindre Kongen i forskrift har gjort unntak fra dette kravet. Utlending som er på norsk grense og som søker beskyttelse (asyl) etter reglene i kapittel 6, eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, har likevel rett til innreise uten visum.
2. Utlending som har oppholdstillatelse utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet, er unntatt fra visumplikt. Med oppholdstillatelse menes her tillatelse av en hvilken som helst art som gir rett til opphold på utstederlandets territorium, med mindre utstederstaten har bestemt at tillatelsen ikke gir rett til visumfri innreise i andre land som deltar i Schengensamarbeidet. Når oppholdstillatelsen er utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet i påvente av behandlingen av søknad om asyl eller opphold på annet grunnlag, må utlendingen ha reisedokument utstedt av det land som har utstedt oppholdstillatelsen for å være unntatt fra visumplikt.
3. Visum utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet gir rett til innreise og opphold i riket i den periode visumet gjelder for, når denne retten fremgår av visumet. Visum utstedt av land som deltar i Schengensamarbeidet i medhold av Schengenkonvensjonen artikkel 18 for opphold av mer enn tre måneders varighet, gir adgang til transitt gjennom Norge. Slikt visum gir også rett til innreise og opphold i Norge når dette fremgår av visumet, i inntil tre måneder fra første dag i den angitte tidsperiode.
4. Samlet oppholdstid på Schengenterritoriet for utlending som er unntatt fra visumplikten etter første og annet ledd eller som har adgang til innreise og opphold i henhold til bestemmelsene i tredje ledd, kan ikke overstige tre måneder i løpet av en periode på seks måneder. Oppholdstiden løper fra den dato ytre Schengengrense ble passert. Har utlendingen oppholdstillatelse i annet land som deltar i Schengensamarbeidet, løper oppholdstiden fra den dato indre Schengengrense ble passert. I dette tilfellet skal ikke opphold i det Schengenland hvor utlendingen har oppholdstillatelse tas med ved beregningen av oppholdstiden.
5. Kongen kan i forskrift fastsette unntak fra bestemmelsene i fjerde ledd og kan gi nærmere regler om tidsberegningen.

§ 9 Besøksvisum, transittvisum og lufthavntransittvisum

1. For å kunne innvilge visum for besøk inntil 3 måneder kreves det at søkeren oppfyller vilkårene i Konvensjon om gjennomføring av Schengenavtalen av 14. juni 1985 artikkel 5 nr. 1 bokstav a, c, d og e, og at det ellers vil være i samsvar med de kriteriene for visumutstedelse som følger av Schengensamarbeidet å utstede visum.
2. Utlending som oppfyller vilkårene etter første ledd skal gis visum med mindre utenrikspolitiske eller innvandringsregulerende hensyn eller grunnleggende nasjonale interesser taler mot det, eller det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven.
3. Det foreligger ikke rett til visum dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller medfølgende barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge visum.
4. Besøksvisum gis for én eller flere innreiser. Bestemmelsen i § 8 fjerde ledd gjelder tilsvarende.
5. Kongen kan i forskrift gi utfyllende regler om vilkårene for å innvilge besøksvisum, og om varigheten og innholdet av slikt visum. Kongen kan i forskrift også gi regler om transittvisum og lufthavntransittvisum.

§ 10 Besøksvisum av humanitære grunner mv.

1. Når det er nødvendig av humanitære grunner, nasjonale hensyn eller på grunn av internasjonale forpliktelser, kan besøksvisum utstedes for inntil tre måneder selv om vilkårene i § 9 ikke er oppfylt. Reglene i § 8 fjerde ledd gjelder tilsvarende.
2. Visum som utstedes i henhold til denne paragraf er bare gyldige for innreise og opphold i Norge i den angitte tidsperiode. De øvrige Schengenland skal underrettes ved utstedelse.
3. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

§ 11 Visum for innreise med sikte på langtidsopphold i henhold til en gitt eller fremtidig oppholdstillatelse

Utlending som har til hensikt å oppholde seg i riket i mer enn tre måneder i henhold til en gitt eller fremtidig oppholdstillatelse, kan gis visum for innreise etter nærmere regler fastsatt av Kongen i forskrift. Slikt visum er bare gyldig for opphold i Norge.

§ 12 Vedtaksmyndighet og utstedelse av visum

1. Søknad om visum avgjøres av Utlendingsdirektoratet. Myndighet til å avgjøre søknad om visum i henhold til § 9 kan også legges til utenrikstjenesten. Myndighet til å innvilge søknad om visum i henhold til § 9 kan dessuten legges til en utenrikstjeneste tilhørende et annet land som deltar i Schengensamarbeidet. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.
2. Utlending som er i Norge på besøksvisum og skal reise ut av Schengenterritoriet, kan av politiet gis visum for ny innreise innen utløpet av den tidsperiode som er gitt i visumet. For innehaver av nasjonalt visum, jf. § 10, gjelder tilsvarende ved reise ut av Norge. Visum med kortere varighet enn nevnt i § 9 første ledd, kan av politiet forlenges inntil maksimal oppholdstid. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.
3. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om utstedelse av visum, herunder om utstedelse av visum på grensen (nødvisum), om visum i kollektivt pass, og om fremgangsmåten ved søknad.

§ 13 Tilbakekall av visum

1. Visum kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.
2. Vedtak om tilbakekall av visum treffes av Utlendingsdirektoratet. Dersom visum er gitt av et annet organ, har også dette organet kompetanse til å tilbakekalle visumet.

§ 14 Grensepassering og grensekontroll

1. Inn- og utreise skal skje over godkjente grenseovergangssteder dersom ikke annet er bestemt. Departementet avgjør hvor det skal være godkjente grenseovergangssteder. Uten hinder av denne lov kan indre Schengengrense passeres hvor som helst.
2. Enhver som kommer til riket, skal straks melde seg for passkontrollen eller nærmeste politimyndighet. Unntak gjelder ved passering av indre Schengengrense, med mindre det foretas grensekontroll av hensyn til den offentlige orden eller statens sikkerhet.
3. Enhver som reiser fra riket, skal ved utreisen melde seg for passkontrollen eller nærmeste politimyndighet. Unntak gjelder ved passering av indre Schengengrense, med mindre det foretas grensekontroll av hensyn til den offentlige orden eller statens sikkerhet.
4. Departementet kan unnta fra plikten etter annet og tredje ledd.

§ 15 Gjennomføring av grensekontroll

1. Ved inn- og utreisekontroll påses at utlendingen har pass eller annet legitimasjonsdokument som er godkjent som reisedokument, og at visumpliktige har gyldig visum.
2. Ved inn- og utreise kan det også foretas andre former for identitetskontroll.
3. Ved inn- og utreise kan politiet undersøke kjøretøy, fartøy og luftfartøy for å fastslå om det finnes personer der som forsøker å unndra seg personkontroll.
4. Kongen kan i forskrift:
   a) gi nærmere regler om inn- og utreisekontroll,
   b) gi nærmere regler om politiets myndighet til å foreta innkreving av pass og andre reise- eller identitetsdokumenter fra utlending før innreisen i riket, samt til å ta kopi av slike dokumenter, og
   c) pålegge fører av skip eller luftfartøy å kontrollere at reisende har gyldig reise- eller identitetsdokument, samt plikt til å ta kopi av slike.

§ 16 Tillatelse til å fratre stilling på skip. Landlov

1. Utlending som forlater stilling ombord i skip eller luftfartøy, eller som er blindpassasjer, må ikke gå i land i riket uten tillatelse fra politiet. Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om sjømenn som fratrer stilling på skip og deres adgang til å gå i land i riket.
2. Kongen kan i forskrift gi regler om utenlandske sjøfolks landlov under opphold på skip i norsk havn og om adgangen til å nekte landlov.

§ 17 Bortvisning ved grensekontroll

1. Utlending kan bortvises:

a) når utlendingen ikke viser gyldig pass eller annet godkjent reisedokument når dette er nødvendig,
b) når utlendingen ikke viser visum når dette er nødvendig,
c) når utlendingen er registrert i Schengen Informasjonssystem (SIS) med sikte på å nekte innreise,
d) når utlendingen mangler nødvendig tillatelse til opphold,
e) når utlendingen ikke kan sannsynliggjøre det oppgitte formålet med oppholdet,
f) når utlendingen ikke kan sannsynliggjøre å ha eller være sikret tilstrekkelige midler til opphold i riket og til hjemreise,
g) når utlendingen er straffet som nevnt i § 77 første ledd bokstav b eller c, eller når andre omstendigheter gir særlig grunn til å frykte at utlendingen her i riket eller i annet nordisk land vil begå straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder,
h) når en administrativ myndighet i et land som deltar i Schengensamarbeidet har truffet endelig avgjørelse om bortvisning eller utvisning av utlendingen fordi det foreligger alvorlige grunner til å anta at vedkommende har begått alvorlige straffbare handlinger, eller fordi det foreligger reelle holdepunkter for at vedkommende planlegger å begå slike handlinger på territoriet til et land som deltar i Schengensamarbeidet,
i) når utlendingen ifølge kompetent helsepersonell åpenbart lider av alvorlige psykiske forstyrrelser,
j) når utlendingen ikke har dekket utgifter som er blitt påført det offentlige i forbindelse med at utlendingen tidligere er ført ut av riket eller har uoppgjort bøtestraff eller uoppgjort gebyr,
k) når det er nødvendig av hensyn til Norges eller annet Schengenlands grunnleggende nasjonale interesser, offentlige orden eller internasjonale forbindelser.

2. Utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan bare bortvises dersom:
   a) det foreligger forhold som nevnt i første ledd bokstav a,
   b) utlendingen oppholder seg ulovlig i riket, eller
   c) det foreligger forhold som gir grunnlag for utvisning.
3. Utlending som har midlertidig eller permanent oppholdstillatelse kan ikke bortvises. Det samme gjelder nordisk borger som er bosatt i riket.
4. Bortvisning etter første ledd bokstav a til c treffes av politiet. Forvaltningsloven kapittel V og VI om vedtak og klage gjelder ikke ved bortvisning etter bokstav a til c.
5. Bortvisning for øvrig besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger.
6. Påberoper en utlending seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, eller det bortvises i medhold av bokstav k, skal saken forelegges Utlendingsdirektoratet til avgjørelse.

§ 18 Utlendingens plikt til å gi melding til myndighetene

1. Utlending som har fått oppholdstillatelse før innreise, skal senest innen én uke etter innreisen melde seg for politiet på oppholdsstedet.
2. Utlending som skifter bopel mens behandling av sak etter loven pågår, skal gi melding om dette til politiet.
3. Kongen kan i forskrift gi regler om at utlending som ikke trenger oppholdstillatelse eller som har permanent tillatelse, skal gi melding til politiet om sin bopel i riket og melding til vedkommende myndighet om sitt arbeid eller erverv.

§ 19 Plikt i andre tilfelle til å gi melding til myndighetene

1. Kongen kan ved forskrift gi bestemmelser om at:
   a) føreren av luftfartøy som kommer fra, eller går til utlandet, skal gi politiet fortegnelse over reisende og mannskap,
   b) føreren av skip som passerer grensen på vei til eller fra norsk havn, skal gi politiet fortegnelse over reisende og mannskap,
   c) den som driver hotell, pensjonat, losjihus, leirplass o.l., skal føre fortegnelse over alle som overnatter og gi politiet melding om dem, samt at også andre kan pålegges å gi melding til politiet når utlending overnatter hos dem hvis sikkerhets- eller beredskapsmessige hensyn tilsier dette,
   d) den som tar utlending i sin tjeneste eller gir utlending lønnet arbeid, skal melde dette til politiet før arbeidet begynner,
   e) den som driver arbeidsformidling skal gi melding til politiet om de utlendinger som søker eller får arbeid,
   f) folkeregistret skal gi melding til politiet om utlendinger som meldes inn og ut,

g) utdanningsinstitusjoner etter anmodning skal gi politiet fortegnelse over utenlandske elever eller studenter.

2. Meldeplikten etter bestemmelsene i første ledd bokstav d, e og g gjelder ikke dersom utlendingen er nordisk borger.
3. Kongen kan gi nærmere regler om hvilke opplysninger fortegnelsene skal inneholde og hvordan opplysningene skal formidles.
4. Den det skal gis melding om, plikter å gi de opplysninger som er nødvendige for at meldeplikten kan bli oppfylt.

§ 20 Annen utlendingskontroll

1. I forbindelse med håndheving av bestemmelsene om utlendingers innreise og opphold i riket, kan politiet stanse en person og kreve legitimasjon når det antas at vedkommende er utenlandsk statsborger og omstendighetene (tid, sted og situasjon), gir grunn til slik kontroll. Ved slik kontroll må utlendingen vise legitimasjon og om nødvendig gi opplysninger for å bringe identiteten og lovligheten av oppholdet i riket på det rene. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om utøvelsen av denne kontrollen.
2. Beslutning om politikontroll i medhold av paragrafen her treffes av politimesteren eller den han bemyndiger. Beslutningen skal nedtegnes og begrunnes skriftlig, så vidt mulig før kontrollen skjer. Beslutningen skal gjelde for et nærmere angitt tidsrom.

§ 21 Kompetansebestemmelser

1. Politiet har ansvaret for grensekontrollen.
2. Tollvesenet skal bistå politiet i kontrollen med utlendingers inn- og utreise i henhold til denne loven. Ved utøvelsen av slik kontroll har tollvesenet de samme rettigheter og plikter når det gjelder undersøkelse av person, bagasje og kjøretøy, som når politiet utfører utlendingskontroll.
3. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om tollvesenets utlendingskontroll og om annen kontrollmyndighet.

Kapittel 3 Kortvarig opphold

§ 22 Besøk inntil tre måneder

1. Utlending som ikke er gitt oppholdstillatelse etter bestemmelsene i kapittel 4, 5, 6, 7 og 8, men som oppfyller vilkårene for innreise i riket, har rett til besøksopphold i inntil tre måneder uten oppholdstillatelse. Utlendingen har ikke rett til å ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet under oppholdet, med mindre noe annet er fastsatt.
2. Kongen kan i forskrift bestemme at visse kategorier arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende som ellers ville falle inn under reglene i kapittel 5, skal kunne oppholde seg i riket uten oppholdstillatelse i inntil tre måneder i forbindelse med forretningsreiser, forskningsopphold, arbeid som artist eller journalist med videre.
3. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om beregning av oppholdstiden etter første og annet ledd.
4. I forhold til utlendinger som trenger visum for innreise og opphold i riket, kan tidsrommet for opphold begrenses til mindre enn tre måneder.

§ 23 Korttidsopphold ut over tre måneder

1. Oppholdstillatelse for inntil 9 måneder kan gis dersom forholdet etter sin art faller utenfor lovens øvrige regler og innvandringsregulerende hensyn ikke taler mot det.
2. Søknad om oppholdstillatelse etter første ledd kan ikke fremsettes av utlending som:
   a) oppholder seg i riket i forbindelse med søknad om oppholdstillatelse etter kapittel 6 eller i påvente av utreise etter avslag på slik søknad,
   b) har reist inn i riket uten å oppfylle vilkårene for innreise, eller
   c) oppholder seg ulovlig i riket.
3. Kongen fastsetter nærmere regler i forskrift, herunder regler om fremsettelse av søknad.

Kapittel 4 Opphold i forbindelse med arbeid, studier mv. for utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

§ 24 Rett til opphold for statsborgere i land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

1. Utlending som er statsborger i land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, og som
   a) er arbeidssøker eller arbeidstaker som omfattes av EØS-avtalens eller EFTA-konvensjonens regler om fri bevegelighet for arbeidstakere,
   b) skal drive ervervsvirksomhet eller skal være yter eller mottaker av tjenester i riket i henhold til reglene om etableringsrett og fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen,
   c) oppebærer tilstrekkelige faste periodiske ytelser eller har tilstrekkelige egne midler,

d) er opptatt ved en godkjent utdanningsinstitusjon når formålet med oppholdet hovedsaklig er å gjennomføre en yrkesrettet utdanning og søkerens underhold er sikret,

kan uten oppholdstillatelse reise inn i riket og ta opphold eller arbeid her i inntil tre måneder, eller inntil seks måneder dersom utlendingen er arbeidssøkende. Opphold i annet nordisk land kommer ikke til fradrag ved beregning av oppholdstiden.

2. Utlending som nevnt i første ledd som tar opphold i riket utover periodene nevnt i første ledd, må ha oppholdstillatelse. Første gangs oppholdstillatelse kan søkes etter innreise. Oppholdstillatelse kan bare nektes når vilkårene for utvisning er oppfylt. Videre kan arbeidssøkere som etter seks måneder fortsatt ikke har funnet arbeid, nektes oppholdstillatelse.
3. Kongen kan i forskrift fastsette nærmere regler, herunder unntak fra kravet om oppholdstillatelse og regler om plikt til å gi melding til myndighetene.
4. Vedtak om oppholdstillatelse treffes av Utlendingsdirektoratet, med mindre Kongen i forskrift har lagt myndighet til å innvilge søknader til politiet.
5. Bestemmelsen i § 37 første ledd gjelder tilsvarende for oppholdstillatelse etter denne paragraf.

§ 25 Oppholdstillatelse for familiemedlemmer av statsborgere i land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Familiemedlem til utlending som har eller får opphold i riket i medhold av § 24 har uten hensyn til statsborgerskap krav på familiegjenforening eller familieetablering når de vilkår som følger av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen er oppfylt. Slike familiemedlemmer kan også få oppholdstillatelse etter reglene i kapittel 8. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.

§ 26 Fortsatt opphold etter avsluttet yrkesaktivitet i Norge

Kongen kan ved forskrift gi regler om rett til fortsatt opphold etter avsluttet yrkesaktivitet for utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav a og b, og for utlendingens familiemedlemmer, jf. § 25.

§ 27 Innholdet av oppholdstillatelse

1. Første gangs oppholdstillatelse etter §§ 24 til 26 gis i alminnelighet for fem år.
2. Når arbeidsforholdet har en varighet av fra tre måneder til ett år, gis tillatelsen til utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav a tilsvarende varighet.
3. Tillatelse til utlending som yter eller mottar tjenester, jf. § 24 første ledd bokstav b, gis samme varighet som tjenesteytelsen eller tjenestemottaket.
4. Første gangs tillatelse til utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav c kan gis en varighet på to år. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.
5. Tillatelse til utlending som nevnt i § 24 første ledd bokstav d gis for et tidsrom tilsvarende utdanningens varighet, likevel ikke ut over ett år.

§ 28 Fornyelse av oppholdstillatelse

1. Oppholdstillatelse etter §§ 24 til 26 fornyes etter søknad når vilkårene fortsatt er oppfylt. § 27 første til femte ledd gjelder tilsvarende ved beregningen av den fornyede oppholdstillatelsens lengde.
2. Dersom søker har vært ufrivillig arbeidsledig i mer enn de siste tolv på hverandre følgende måneder, gis tillatelse for ett år ved første gangs fornyelse.
3. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.

§ 29 Tilbakekall av oppholdstillatelse

1. Oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom det foreligger forhold som nevnt i § 73, likevel slik at tillatelsen ikke kan tilbakekalles utelukkende med den begrunnelse at utlendingen ikke lenger er yrkesaktiv, dersom dette skyldes midlertidig arbeidsutdyktighet på grunn av sykdom eller ulykke, eller dersom utlendingen er uforskyldt arbeidsledig og dette bekreftes av arbeidsmarkedsmyndighetene.
2. Oppholdstillatelse gitt første gang etter § 24 første ledd bokstav a til c kan tilbakekalles dersom utlendingen har oppholdt seg utenfor riket sammenhengende i mer enn seks måneder, såfremt fraværet ikke skyldes verneplikt.

§ 30 Mulighet for å søke oppholdstillatelse etter kapittel 5

Utlending som har rett til oppholdstillatelse etter § 24 første ledd bokstav a og b kan etter eget valg søke om midlertidig oppholdstillatelse i medhold av kapittel 5 med sikte på å oppnå rett til permanent oppholdstillatelse etter § 72.

§ 31 Oppholdstillatelse for tredjelandsborgere av hensyn til reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen

Utlending som ikke er statsborger i et land som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, men som er arbeidstaker i et foretak som skal utføre arbeid i Norge i henhold til reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, har rett til opphold når dette følger av disse reglene. Kongen gir nærmere regler i forskrift, herunder om i hvilken grad utlending som nevnt i første punktum må ha oppholdstillatelse.

§ 32 Overgangsordninger for nye avtaleparter til EØS-avtalen

Ved utvidelse av EØS-avtalen til nye avtaleparter kan Kongen i forskrift gi overgangsbestemmelser som avviker fra bestemmelsene i dette kapittel.

Kapittel 5 Opphold for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende mv. som ikke er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

§ 33 Oppholdstillatelse for arbeidstakere

1. Utlending som ikke har rett til oppholdstillatelse etter kapittel 4, kan få oppholdstillatelse for å utføre arbeid i en annens tjeneste når Kongen i forskrift har åpnet for det og følgende vilkår er oppfylt:
   a) Stillingen kan ikke besettes av innenlandsk arbeidskraft eller arbeidskraft fra annet EØS-land innen rimelig tid.
   b) Lønns- og arbeidsvilkår må ikke være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.
   c) Det foreligger et konkret tilbud om arbeid. Arbeidstilbudet skal gjelde arbeid for én arbeidsgiver, med mindre særlige grunner tilsier noe annet.
2. Kongen kan i forskrift gi utfyllende bestemmelser til første ledd. Herunder kan Kongen fastsette:
   a) at oppholdstillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. § 72,
   b) at oppholdstillatelsen ikke skal kunne fornyes eller bare fornyes for et fastsatt tidsrom,
   c) at arbeidstakere som har fagutdanning eller spesielle kvalifikasjoner eller som skal utføre bestemte typer arbeid, skal kunne få oppholdstillatelse uten individuell vurdering av om det finnes alternativ innenlandsk arbeidskraft,
   d) at førstegangs oppholdstillatelse kan knyttes til en bestemt type arbeid,
   e) at oppholdstillatelse skal kunne gis med kortere varighet enn ett år,
   f) at oppholdstillatelsen gir adgang til flere kortere opphold for å utføre arbeid innen bestemte næringsgrener som har behov for ekstra bemanning i avgrensede perioder,
   g) at det kan gis forhåndstilsagn om oppholdstillatelse som nevnt i bokstav f for å utføre arbeid innen bestemte næringsgrener,
   h) at retten til å ta arbeid er begrenset til bestemte geografiske områder av riket, jf. § 70 tredje ledd bokstav b, og
   i) i hvilken grad utlendingen skal ha rett til fortsatt opphold for å søke nytt arbeid i tilfelle av at vedkommende blir arbeidsledig.

§ 34 Oppholdstillatelse til fremme av økonomisk, vitenskapelig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling

Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift om opphold når dette fremmer økonomisk, vitenskapelig, religiøst eller kulturelt samarbeid og utvikling, og om innholdet av slik oppholdstillatelse, jf. § 70.

§ 35 Oppholdstillatelse for å drive selvstendig næringsvirksomhet

Utlending som ikke har rett til oppholdstillatelse etter kapittel 4, og som skal drive varig selvstendig næringsvirksomhet i Norge, kan få oppholdstillatelse på nærmere vilkår som fastsettes av Kongen i forskrift. Det skal godtgjøres at det er økonomisk grunnlag for driften.

§ 36 Oppholdstillatelse i utdanningsøyemed o.l.

1. Utlending som ikke har rett til oppholdstillatelse etter kapittel 4, kan få oppholdstillatelse i Norge som
   a) elev eller student ved utdanningsinstitusjon,
   b) praktikant, eller
   c) au pair.
2. Kongen fastsetter nærmere regler i forskrift om vilkårene for å få opphold etter første ledd. Kongen kan også fastsette at oppholdstillatelse skal kunne gis i lignende typer tilfeller som nevnt i første ledd.

3. Utlending som har oppholdstillatelse i medhold av første ledd, har ikke alminnelig rett til å ta arbeid i riket med mindre annet er fastsatt av Kongen i forskrift.
4. Oppholdstillatelse etter denne paragraf kan ikke danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf § 72.
5. Oppholdstillatelse etter denne paragraf kan gis for kortere tid enn ett år, jf § 70 første ledd annet punktum.

§ 37 Tilsyn. Sanksjoner mot arbeidsgiver som bryter sine forpliktelser overfor utenlandsk arbeidstaker

1. Arbeidstilsynet fører tilsyn med at vilkårene for oppholdstillatelse følges i virksomhetene med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår og stillingens omfang. Enhver som er underlagt tilsyn etter bestemmelsen skal, når Arbeidstilsynet krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Petroleumstilsynet har tilsvarende tilsynsansvar innenfor sitt myndighetsområde.
2. Dersom en arbeidsgiver i forhold til sine utenlandske arbeidstakere grovt eller gjentatte ganger bryter regler som skal verne om arbeidstakeres lønns- eller arbeidsvilkår, og som er gitt i eller i medhold av denne lov eller lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv., kan utlendingsmyndighetene treffe vedtak om at det ikke skal innvilges oppholdstillatelse for å utføre arbeid hos vedkommende arbeidsgiver. Vedtak etter denne bestemmelsen skal gjelde for inntil to år. Kongen kan gi nærmere bestemmelser i forskrift.

Kapittel 6 Beskyttelse

§ 38 Oppholdstillatelse for utlending som trenger beskyttelse (asyl)

1. Utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad få oppholdstillatelse som flyktning dersom utlendingen
   a) har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951 artikkel 1 avsnitt A og protokoll av 31. januar 1967, eller
   b) uten å falle inn under bokstav a likevel ved tilbakevending til hjemlandet vil være utsatt for en slik fare for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff at Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende vedkommende hjem.
2. Den omstendighet at beskyttelsesbehovet har oppstått etter at utlendingen forlot hjemlandet, herunder at beskyttelsesbehovet skyldes søkerens egne handlinger utenfor hjemlandet, utelukker ikke at utlendingen har rett til oppholdstillatelse etter første ledd. Dette gjelder ikke dersom formålet med utlendingens egne handlinger utenfor hjemlandet var å oppnå oppholdstillatelse.
3. Også ektefelle eller samboer til utlending som gis oppholdstillatelse som flyktning, og flyktningens barn under 18 år uten ektefelle eller samboer, har rett til oppholdstillatelse som flyktning med mindre særlige grunner taler mot det.
4. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om anvendelsen av denne paragraf og §§ 39 og 40.

§ 39 Nærmere om forfølgelsesbegrepet i § 38 første ledd bokstav a

1. For at handlinger skal anses å utgjøre forfølgelse i forhold til § 38 første ledd bokstav a må de enten
   a) enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, særlig slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av artikkel 15 nr. 2 i den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950, eller
   b) utgjøre flere forskjellige tiltak, inkludert krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a.
2. Forfølgelse kan blant annet ta form av
   a) fysisk eller psykisk vold, herunder seksualisert vold,
   b) lovgivning og administrative, politimessige og judisielle tiltak, enten de er diskriminerende i seg selv eller praktiseres på en diskriminerende måte,
   c) strafforfølgelse og straffullbyrdelse som er uforholdsmessig eller diskriminerende,
   d) fravær av muligheten for rettslig overprøving når dette fører til straffer som er uforholdsmessige eller diskriminerende,
   e) strafforfølgelse for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser eller handlinger som nevnt i § 45 første ledd, eller

f) handlinger som er motivert av kjønn eller rettet særskilt mot barn.

3. Forfølger kan være
   a) staten,
   b) organisasjoner eller grupperinger som kontrollerer statsapparatet eller en så stor del av statens territorium at utlendingen ikke kan henvises til å søke beskyttelse i andre deler av landet, jf. § 38 første ledd bokstav a, eller
   c) ikke-statlige aktører hvis de aktører som er nevnt i bokstav a og b, inkludert internasjonale organisasjoner, er ute av stand til eller ikke er villige til å treffe rimelige tiltak for å forhindre forfølgelsen, blant annet gjennom et virksomt system for å oppdage, rettsforfølge og straffe handlinger som utgjør forfølgelse.
4. Retten til oppholdstillatelse etter § 38 første ledd bokstav a gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henvise søkeren til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet.

§ 40 Nærmere om grunnlaget for forfølgelse i henhold til § 38 første ledd bokstav a

1. Ved anvendelsen av § 38 første ledd bokstav a skal følgende legges til grunn ved vurderingen av grunnlaget for forfølgelsen:
   a) Rase skal særlig anses å omfatte hudfarge, avstamning og tilhørighet til en bestemt etnisk gruppe.
   b) Religion skal særlig anses å omfatte
      – både religiøse og andre typer livssyn,
      – deltakelse i eller tilsiktet fravær fra formell gudsdyrkelse, enten det skjer privat eller offentlig, alene eller sammen med andre,
      – andre handlinger eller meningsytringer knyttet til vedkommendes religion eller livssyn,
      – individuelle eller kollektive handlemåter som er diktert av religiøs eller livssynsmessig overbevisning.
   c) Begrepet nasjonalitet skal foruten statsborgerskap eller mangel på statsborgerskap også omfatte medlemskap i en gruppe som er definert ved sin kulturelle, etniske eller språklige identitet, sin geografiske eller politiske opprinnelse eller sin forbindelse med befolkningen i en annen stat.
   d) En spesiell sosial gruppe skal særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegn kan være iboende eller av andre grunner uforanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den.
   e) Politisk oppfatning skal blant annet anses å omfatte oppfatninger om de aktuelle forfølgerne eller deres politikk eller metoder, uansett om søkeren har handlet i henhold til denne oppfatningen.
2. Ved vurderingen av om det foreligger en velgrunnet frykt for forfølgelse er det irrelevant om søkeren har de kjennetegn eller den politiske oppfatning som fører til forfølgelsen, såfremt forfølgeren mener at søkeren har kjennetegnet eller oppfatningen.

§ 41 Internasjonalt samarbeid mv. om behandling av søknader om opphold av beskyttelsesgrunner

1. Søknad om oppholdstillatelse etter § 38 kan avvises dersom utlendingen
   a) har fått asyl eller annen form for beskyttelse i et annet land,
   b) kan kreves mottatt av et annet land som deltar i samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet),
   c) kan kreves mottatt av annen nordisk stat etter reglene i den nordiske passkontrolloverenskomsten,
   d) har reist til riket etter å ha hatt opphold i en stat eller et område hvor utlendingen ikke var forfulgt, og hvor utlendingen vil få en søknad om beskyttelse behandlet.
2. Adgangen til å avvise søknad fra utlending som nevnt i første ledd kan ikke benyttes dersom § 84 er til hinder for det.

§ 42 Adgang til å stille saksbehandlingen i bero

Ved utsikt til en snarlig bedring i situasjonen i det område der søkere om oppholdstillatelse etter § 38 kommer fra, slik at det ikke lenger vil være grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse etter § 38, kan departementet beslutte at behandlingen av søknadene fra personer fra dette området skal stil-

les i bero i inntil seks måneder. På samme vilkår kan perioden hvor saksbehandlingen stilles i bero forlenges med ytterligere seks måneder.

§ 43 Kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon

1. Dersom det foreligger en massefluktsituasjon, kan Kongen i statsråd beslutte at bestemmelsene i denne paragraf får anvendelse. Kongen i statsråd beslutter også når adgangen til å gi kollektiv beskyttelse etter annet ledd skal bortfalle.
2. Utlending som omfattes av massefluktsituasjonen som nevnt i første ledd, og som kommer til riket eller er her når denne paragraf får anvendelse, kan etter søknad få en midlertidig oppholdstillatelse på grunnlag av en gruppevurdering (kollektiv beskyttelse). Tillatelsen danner ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Tillatelsen gjelder for ett år, og kan fornyes eller forlenges i inntil tre år fra det tidspunkt utlendingen første gang fikk oppholdstillatelse. Deretter kan det gis en midlertidig tillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Etter ett år med slik tillatelse skal det gis permanent oppholdstillatelse såfremt de øvrige vilkår er oppfylt, jf. § 72.
3. Søknad om oppholdstillatelse etter § 38 fra utlending som nevnt i annet ledd, kan stilles i bero i inntil tre år fra det tidspunkt utlendingen første gang fikk tillatelse. Når adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt, eller det er gått tre år siden utlendingen første gang fikk tillatelse, skal utlendingen informeres om at søknaden bare vil bli tatt under behandling dersom utlendingen innen en fastsatt frist uttrykkelig tilkjennegir et ønske om det.
4. Vedtak etter annet og tredje ledd treffes av Utlendingsdirektoratet. Direktoratet kan gi politiet myndighet til å gi oppholdstillatelse og stille søknad som nevnt i bero.

§ 44 Oppholdstillatelse etter anmodning fra internasjonal organisasjon mv.

1. Etter anmodning fra FNs høykommissær for flyktninger, annen internasjonal organisasjon eller fra annen instans etter nærmere regler fastsatt av Kongen, kan utlending gis oppholdstillatelse etter §§ 38 eller 47. Når det tas stilling til søknaden etter innreise, skal det legges vekt på om søkeren hadde grunn til å regne med å bli behandlet som flyktning.
2. Forvaltningsloven kapittel IV og V om saksforberedelse og vedtak gjelder ikke sak etter første ledd, med mindre vedtak først skal treffes etter innreise.
3. Forvaltningsloven kapittel VI om klage og omgjøring kommer bare til anvendelse i sak hvor Utlendingsdirektoratet har innvilget oppholdstillatelse, eller vedtak om dette først treffes etter innreise.

§ 45 Utelukkelsesgrunner

1. Rett til oppholdstillatelse etter § 38 foreligger ikke dersom det er alvorlig grunn til å anta at utlendingen
   a) har gjort seg skyldig i en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten, slik disse forbrytelser er definert i internasjonale avtaler som tar sikte på å gi bestemmelser om slike forbrytelser,
   b) har gjort seg skyldig i en alvorlig ikke-politisk forbrytelse utenfor Norges grenser, eller
   c) har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med FNs formål og prinsipper, herunder Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 av 28. desember 2001 om bekjempelse av terrorisme.
2. Rett til oppholdstillatelse etter § 38 foreligger heller ikke dersom utlendingen med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet, eller har fått en dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for det norske samfunn.
3. Rett til oppholdstillatelse etter § 38 første ledd bokstav b foreligger ikke dersom utlendingen forlot hjemlandet for å unngå straffreaksjoner for en eller flere straffbare handlinger som kunne ha blitt straffet med fengsel dersom handlingene var blitt begått i Norge.
4. For utlendinger som faller inn under første til tredje ledd, men som etter § 84 annet ledd likevel er vernet mot utsendelse, gjelder § 85.

§ 46 Opphør og tilbakekall av oppholdstillatelse etter §§ 38 eller 43

1. Ved siden av tilbakekall etter § 73 kan en midlertidig oppholdstillatelse etter §§ 38 og 43 også tilbakekalles dersom:
   a) utlendingen faller inn under § 45,
   b) utlendingen frivillig på nytt har søkt det lands beskyttelse han er borger av; eller
   c) han etter å ha mistet sitt statsborgerskap, frivillig har gjenervervet det; eller
   d) han har ervervet nytt statsborgerskap og nyter beskyttelse av det land han er blitt borger av; eller

e) han frivillig på nytt har bosatt seg i det land han forlot, eller som han oppholdt seg utenfor på grunn av frykt for forfølgelse; eller
f) han ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning etter § 38 eller fikk beskyttelse etter § 43 ikke lenger er til stede; eller
g) han ikke er borger av noe land, og på grunn av de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning etter § 38 eller fikk beskyttelse etter § 43 ikke lenger er tilstede, er i stand til å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin bopel.

2. Oppholdstillatelse skal ikke tilbakekalles etter første ledd bokstav f eller g dersom utlendingen kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avvise beskyttelse fra det land i hvilket han har statsborgerrett eller å nekte og vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel.

Kapittel 7 Adgang til opphold av sterke rimelighetsgrunner mv.

§ 47 Oppholdstillatelse av sterke rimelighetsgrunner

1. Utlendingsmyndighetene kan av eget tiltak innvilge oppholdstillatelse til en utlending som har fått avslag på sin søknad om opphold på annet grunnlag dersom det på grunn av særlige omstendigheter eller ut fra en totalvurdering av situasjonen ville fremstå som urimelig å nekte opphold.
2. Som særlige omstendigheter etter første ledd regnes blant annet:
   a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,
   b) tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket, eller
   c) utlendingen har en særlig sterk tilknytning til riket.
3. Ved vurderingen av om tillatelse bør gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.
4. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
5. Når behovet er midlertidig eller andre særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Tillatelsen kan også gis med kortere varighet enn ett år.
6. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift, og kan herunder åpne for at det kan søkes om oppholdstillatelse direkte etter denne paragraf.

§ 48 Oppholdstillatelse når det foreligger praktiske returhindringer

1. Utlending som har fått endelig avslag på sin søknad om oppholdstillatelse som for tiden ikke iverksettes, kan få en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for hjemreise bortfaller. Tillatelsen gir rett til å ta arbeid.
2. Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å besøke andre land som deltar i Schengensamarbeidet.
3. Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for vedtak etter denne paragraf.
4. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

Kapittel 8 Familieinnvandring

I. Familiegjenforening

§ 49 Familiegjenforening mellom ektefeller

1. Søker som er ektefelle til en referanseperson som er:
   a) norsk eller nordisk statsborger,
   b) utlending med permanent oppholdstillatelse i riket,
   c) utlending som har eller får lovlig opphold i riket med oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, eller
   d) utlending som har oppholdstillatelse etter bestemmelsen i § 43 uten at ordningen med kollektiv beskyttelse har opphørt,

   og som har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge med oppholdstillatelse, har rett til oppholdstillatelse.
2. Det er et vilkår for familiegjenforening etter første ledd at begge parter har fylt 21 år, med mindre:
   a) referansepersonen har fått oppholdstillatelse i riket etter §§ 38 eller 43 og samlivet var etablert før søkeren ankom Norge, eller
   b) partene har levd i et etablert samliv i Norge mens begge har hatt oppholdstillatelse.
3. Med mindre særskilte omstendigheter foreligger er det et vilkår for familiegjenforening etter første ledd at ektefellene skal bo sammen.
4. Dersom referansepersonen får opphold i riket etter å ha inngått ekteskap med flere, kan bare én av de ektede få oppholdstillatelse. Dersom referansepersonen har opphold i riket og inngår ekteskap i utlandet med mer enn én, kan bare den først ektede få oppholdstillatelse. Har referansepersonen opphold i riket og inngår ekteskap i utlandet med en som er gift, kan vedkommende ikke få oppholdstillatelse.

§ 50 Familiegjenforening mellom samboere

1. Søker som har levd i et fast og etablert samboerforhold i minst to år eller som har barn med en referanseperson som nevnt i § 49 første ledd, har rett til oppholdstillatelse. Det er et vilkår at ingen av partene er gift.
2. Begge parter må være over 21 år, med mindre referansepersonen har fått oppholdstillatelse i riket etter §§ 38 eller 43 og samlivet var etablert før søkeren ankom Norge.
3. Oppholdstillatelse kan gis til parter som ikke har levd i et fast og etablert samboerforhold i minst to år dersom partene venter barn sammen.
4. Oppholdstillatelse kan også gis selv om en av partene er gift, dersom det foreligger varige hindringer for å oppfylle vilkåret i første ledd om at ingen av partene må være gift.
5. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.

§ 51 Familiegjenforening mellom barn og foreldre

1. Søker som er barn under 18 år, har rett til oppholdstillatelse når begge foreldre har eller får oppholdstillatelse i riket.
2. Søker som er barn under 18 år, har rett til oppholdstillatelse når én av foreldrene har oppholdstillatelse i riket, med mindre hensynet til barnets beste taler mot det. Det er et vilkår at referansepersonen har foreldreansvaret, alene eller delt med den andre av foreldrene. Er foreldreansvaret delt, må samtykke foreligge fra den andre av foreldrene, med mindre dette er umulig å innhente eller særlige grunner tilsier at oppholdstillatelse uansett bør gis. Barn over 12 år skal gis anledning til å uttale seg. Dersom referansepersonen har flere enn én ektefelle, kan oppholdstillatelse bare gis til flere enn ett barn når de er helsøsken.
3. Første og annet ledd gjelder tilsvarende for barn under 18 år som blir adoptert etter utenlandsk lov eller vil bli adoptert etter lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon. Samtykke må være gitt av Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen før barnet er innreist i riket.
4. Søker som er barn under 21 år uten ektefelle eller samboer, og som er forsørget av en utlending som er borger av en stat som har tiltrådt Den europeiske sosialpakt 18. oktober 1961, har rett til opphold når begge foreldrene har oppholdstillatelse i riket.
5. Retten til oppholdstillatelse etter første til fjerde ledd gjelder ikke dersom foreldrene er gitt oppholdstillatelse i medhold av loven §§ 48 eller 85. Kongen kan også fastsette unntak fra retten til oppholdstillatelse i andre tilfeller hvor foreldrene er gitt oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.

§ 52 Familiegjenforening mellom barn med opphold etter §§ 38 eller 43 og barnets foreldre og søsken

1. Søkere som er foreldre til barn under 18 år med opphold i riket etter §§ 38 eller 43 har rett til opphold, med mindre familiegjenforening kan finne sted i foreldrenes hjemland eller eventuelt det land hvor de oppholder seg, og hensynet til barnets beste ikke taler avgjørende mot det. Dersom søkeren er enslig far eller mor, har den av foreldrene som hadde foreldreansvar og som barnet bodde fast sammen med i hjemlandet, fortrinnsrett til opphold i Norge.
2. Tilsvarende gjelder for søsken under 18 år som ikke har ektefelle eller samboer og som bor sammen med foreldrene, eller den av dem som får opphold.

§ 53 Familiegjenforening mellom norsk barn og barnets far eller mor

1. Søker som er mor eller far til norsk barn under 18 år som søkeren har foreldreansvar for og bor fast sammen med, har rett til oppholdstillatelse for å bo sammen med barnet i Norge.
2. Oppholdstillatelse kan likevel nektes dersom dette ville lede til at søkeren ville bli gjenforent med en herboende ektefelle som allerede er gift med eller samboer med en annen person her.

§ 54 Mor eller far som skal ha samvær med barn i Norge

1. Søker som er mor eller far til barn under 18 år som har oppholdstillatelse og bor fast sammen med den andre av foreldrene i riket, har rett til oppholdstillatelse. Det er et vilkår at søkeren:
   a) har bodd sammen med barnet eller har utøvet samvær av et visst omfang det siste året i utlandet,
   b) har samværsrett av et visst omfang i riket, og
   c) sannsynliggjør at vedkommende vil benytte samværsretten.
2. Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift om tidsberegningen etter første ledd bokstav a og om kravet til omfanget av samværsretten etter bokstav a og b.

§ 55 Enslig mor eller far med voksent barn i Norge

Mor eller far over 60 år uten ektefelle, samboer eller slektninger i opp- eller nedstigende linje i hjemlandet, kan gis oppholdstillatelse dersom referansepersonen er søkerens barn over 18 år, og er:

a) norsk eller nordisk borger,
b) utlending som har permanent oppholdstillatelse i riket,
c) utlending som har eller får lovlig opphold i riket med oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, eller
d) utlending som har oppholdstillatelse etter bestemmelsen i § 43 uten at ordningen med kollektiv beskyttelse har opphørt.

§ 56 Korttidsopphold for å besøke barn i riket

1. Oppholdstillatelse av inntil ni måneders varighet kan gis til foreldre som skal besøke barn som er bosatt i riket, og som er:
   a) norsk eller nordisk borger,
   b) utlending som har permanent oppholdstillatelse i riket, eller
   c) utlending som har oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.
2. Ved vurderingen av om tillatelse bør gis, skal det blant annet tas hensyn til sannsynligheten for at søkeren vil returnere til hjemlandet etter besøksperioden.
3. Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å ta arbeid og danner ikke grunnlag for permanent opphold.
4. Ny tillatelse etter denne bestemmelsen kan tidligst gis etter ett års opphold utenfor riket.
5. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.

§ 57 Familiegjenforening i andre tilfeller

1. Dersom sterke rimelighetsgrunner tilsier det, kan oppholdstillatelse også gis til annet familiemedlem enn nevnt i §§ 49 til 56, og det kan gjøres unntak fra vilkår knyttet til referansepersonens status.
2. Ved vurderingen av om oppholdstillatelse bør innvilges, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.
3. Når særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse eller at oppholdstillatelsen ikke skal gi rett til å ta arbeid.
4. Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.

II. Familieetablering

§ 58 Familieetablering gjennom ekteskap

1. Søker som er ektefelle til referanseperson som:
   a) er norsk eller nordisk borger,
   b) er utlending som har permanent oppholdstillatelse i riket,
   c) utlending som har eller får oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, eller
   d) utlending som har oppholdstillatelse etter bestemmelsen i § 43 uten at ordningen med kollektiv beskyttelse har opphørt,

   men som ikke har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge, har rett til oppholdstillatelse.
2. Dersom referansepersonen allerede er gift med en annen, kan oppholdstillatelse etter denne paragraf ikke gis. En søker som selv allerede er gift i utlandet før ekteskap ble inngått med referansepersonen, kan ikke få oppholdstillatelse etter denne paragraf.
3. Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.
4. Oppholdstillatelse etter denne paragraf kan nektes dersom det ut fra en vurdering av risikoen for at søkeren eller dennes barn vil bli utsatt for mishandling eller utnyttelse, ville virke støtende å innvilge en tillatelse.
5. Bestemmelsene i § 49 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.
6. Ekteskap inngått ved fullmektig gir ikke rett til familieetablering.
7. Kongen kan fastsette regler i forskrift om rett til familieetablering med referanseperson med oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent opphold.

§ 59 Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap

1. Oppholdstillatelse med inntil 6 måneders varighet kan innvilges til søker som skal inngå ekteskap med slik referanseperson som nevnt i § 58 første ledd. Bestemmelsene i § 49 annet og tredje ledd og § 58 annet til fjerde ledd gjelder tilsvarende. Kongen kan fastsette nærmere vilkår i forskrift.
2. Oppholdstillatelse etter denne paragraf danner ikke grunnlag for permanent opphold og gir ikke rett til å ta arbeid.

III. Andre bestemmelser om familieinnvandring

§ 60 Referanseperson

Med referanseperson menes i denne lov den person som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med.

§ 61 Barn under 18 år

Når det er avgjørende for en persons rettigheter etter dette kapittel om vedkommende er eller har barn under 18 år, er barnets alder på det tidspunkt rettigheten påberopes overfor utlendingsmyndighetene avgjørende. Kongen kan fastsette nærmere bestemmelser i forskrift.

§ 62 Unntak fra retten til familieinnvandring

1. Dersom det ville være i strid med forutsetningene for referansepersonens oppholdstillatelse å innvilge oppholdstillatelse til søkeren etter dette kapitlet, og det ut fra en helhetsvurdering ikke fremstår som urimelig, kan tillatelse nektes.
2. Oppholdstillatelse etter bestemmelsene i kapitlet her kan nektes dersom referansepersonen etter forespørsel ikke samtykker i at søkeren gis tillatelse eller dersom det er grunn til å anta at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje.

§ 63 Særskilte bestemmelser om fortsatt oppholdstillatelse på grunnlag av samværsordning med barn

1. Søker som er mor eller far til barn under 18 år som har opphold i riket sammen med den andre av foreldrene som barnet bor fast sammen med, har rett til oppholdstillatelse dersom søkeren har oppholdt seg i riket med tillatelse det siste året, har samværsrett av et visst omfang og benytter denne.
2. Søker som ikke oppfyller vilkåret om samvær etter første ledd, kan likevel gis oppholdstillatelse dersom det sannsynliggjøres at vilkåret vil være oppfylt i løpet av et angitt tidsrom, som ikke kan overstige ett år.
3. Ved samlivsbrudd som fører til at utlending mister oppholdstillatelsen, kan utlendingen få ny oppholdstillatelse dersom utlendingen har foreldreansvar for barn under 18 år som bor fast sammen med utlendingen, og den andre av foreldrene oppfyller vilkårene etter § 49 første ledd og dokumenterer samværsrett av et visst omfang med barnet og oppfyller denne retten. Tilsvarende gjelder for barnet dersom barnet gjennom samlivsbruddet mistet oppholdstillatelsen.

§ 64 Ny oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag

1. Søker som nevnt i §§ 49, 50 eller 58 første ledd skal gis oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag dersom samlivet er opphørt på grunn av referansepersonens død.
2. Oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag til søker som nevnt i §§ 49, 50 eller 58 første ledd, kan også gis dersom:
   a) samlivet er opphørt og det er grunn til å anta at søkeren eller eventuelle barn har blitt mishandlet i samlivsforholdet,
   b) søkeren som følge av samlivsbruddet vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der, eller
   c) søkeren for øvrig vil komme i en særlig vanskelig situasjon dersom tillatelse nektes.

Kapittel 9 Allmenne regler om oppholdstillatelse mv.

§ 65 Anvendelsesområdet for bestemmelsene i dette kapittel

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder for alle oppholdstillatelser i medhold av loven, med unntak for:

a) oppholdstillatelse etter kapittel 3 (om kortvarig opphold) og kapittel 4 (om opphold i forbindelse med arbeid, studier mv. for nordiske statsborgere og statsborgere som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen),
b) oppholdstillatelse etter § 48, og
c) oppholdstillatelse etter § 85.

§ 66 Søknad om oppholdstillatelse

1. Første gangs oppholdstillatelse skal være gitt før innreise i riket.
2. Bestemmelsen i første ledd innebærer ingen begrensning i retten til å søke asyl, jf. § 38, eller til å påberope et vern mot utsendelse, jf. § 84.
3. Utlendingsmyndighetene kan i enkelttilfeller gjøre unntak fra vilkårene i første ledd når sterke rimelighetsgrunner tilsier det.
4. Dersom oppholdstillatelse søkes etter §§ 49, 50 eller 58, og ekteskapet er inngått eller samboerforholdet er etablert i utlandet etter at referansepersonen, jf. § 60, først har vært bosatt i Norge, kan oppholdstillatelse ikke innvilges før

referansepersonen har returnert til Norge og har vært til intervju hos utlendingsmyndighetene, med mindre
   a) saken gjelder en søknad etter §§ 49 eller 58 og referansepersonen var til intervju i anledning saken før ekteskapet ble inngått, eller
   b) søkeren har rett til innreise uten visum.
5. Kongen kan fastsette unntak fra første og fjerde ledd i forskrift. Kongen kan også gi nærmere bestemmelser i forskrift om fremgangsmåten ved fremsettelse av søknad om oppholdstillatelse og om gjennføringen av slikt intervju som nevnt i fjerde ledd.
6. Når søkeren ikke fyller vilkårene for å søke fra riket, avslås søknaden på dette grunnlag. Det samme gjelder når søkeren ikke fyller vilkårene for å reise inn i riket før tillatelse er gitt.

§ 67 Oppholdstillatelse under søknadsbehandlingen

1. Når det er sannsynlig at søknaden vil bli innvilget, kan utlendingen etter anmodning gis en oppholdstillatelse som løper inntil vedtak foreligger.
2. Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke for utlending som søker oppholdstillatelse etter kapittel 6 i denne lov.
3. Oppholdstillatelse etter denne paragraf danner ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse.
4. Forvaltningsloven kapittel IV til VI gjelder ikke for vedtak om oppholdstillatelse etter denne paragraf.

§ 68 Krav om sikret underhold

Kongen kan i forskrift stille som krav for oppholdstillatelse at søkeren er sikret underhold og bolig i den perioden søknaden gjelder for.

§ 69 Krav til utlendingens vandel mv.

1. En utlending som ellers oppfyller vilkårene for oppholdstillatelse, kan nektes tillatelse dersom det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven.
2. Oppholdstillatelse kan likevel ikke nektes etter § 38 med hjemmel i denne paragraf.

§ 70 Oppholdstillatelsens innhold

1. Første gangs oppholdstillatelse gis som en midlertidig oppholdstillatelse for inntil tre år. Med mindre annet er fastsatt i eller i medhold av loven, skal tillatelsen gis for minst ett år. Varigheten av tillatelse gitt etter bestemmelsene i kapittel 8 skal likevel ikke overstige utløpet av tillatelsen til referansepersonen, jf § 60.
2. Kongen kan gi nærmere regler om varigheten av oppholdstillatelser etter første ledd.
3. Med mindre annet er særskilt fastsatt i eller i medhold av loven, gjelder følgende:
   a) Oppholdstillatelsen gir rett til opphold i hele riket,
   b) oppholdstillatelsen gir rett til å ta arbeid og til å drive ervervsvirksomhet i hele riket,
   c) oppholdstillatelsen gir adgang til gjentatte innreiser i riket så lenge den gjelder, og
   d) oppholdstillatelsen danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. § 72.
4. For tillatelse gitt til familiemedlem i medhold av bestemmelsene i kapittel 8 gjelder på tilsvarende måte de begrensninger i tillatelsen som er fastsatt for tillatelsen til referansepersonen, jf § 60.
5. De vilkår og begrensninger som er fastsatt, skal fremgå av tillatelsen.

§ 71 Fornyelse av oppholdstillatelse

1. Utlending har etter søknad rett til fornyelse av midlertidig oppholdstillatelse dersom grunnlaget for første gangs tillatelse fortsatt er til stede. Dette gjelder likevel ikke dersom det fremgår av loven eller forskrift i medhold av loven at oppholdstillatelsen ikke kan fornyes, eller det foreligger omstendigheter som ville gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket eller opphold i medhold av andre bestemmelser i loven.
2. Med mindre det er grunnlag for opphør eller tilbakekall etter § 46, skal oppholdstillatelse etter §§ 38 og 43 fornyes. Oppholdstillatelse etter § 43 annet ledd kan likevel ikke fornyes dersom det er besluttet at adgangen til å gi kollektiv beskyttelse er bortfalt, jf. § 43 første ledd.
3. For tillatelse etter kapittel 8 gjelder ikke krav om at barn skal være under 18 eller 21 år ved fornyelse.
4. Vilkårene i § 33 første ledd bokstav a gjelder ikke ved fornyelse.
5. Fornyet tillatelse gis som midlertidig oppholdstillatelse og i alminnelighet for ett eller to år.
6. Utlending som søker om fornyelse av midlertidig oppholdstillatelse, kan få fortsatt opphold på samme vilkår inntil søknaden er avgjort, og har rett til slikt opphold dersom utlendingen søker om fornyelse senest én måned før tillatelsen utløper. Dette gjelder ikke dersom det

fremgår av loven eller forskrift i medhold av loven at oppholdstillatelsen ikke skal kunne fornyes.
7. Utlending som søker oppholdstillatelse på nytt faktisk eller rettslig grunnlag kan få fortsatt opphold på samme vilkår som tidligere tillatelse inntil søknaden er avgjort, og har rett til dette dersom utlendingen søker om ny tillatelse senest en måned før utløpet av gjeldende tillatelse, og vedkommende har hatt lovlig opphold i medhold av tidligere tillatelse minst de siste ni månedene.
8. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

§ 72 Permanent oppholdstillatelse

1. Utlending har etter søknad rett til permanent oppholdstillatelse dersom
   a) utlendingen har bodd sammenhengende i riket med midlertidig oppholdstillatelse de siste tre årene [mindretallet: de siste fem årene] uten begrensninger i retten til å få permanent oppholdstillatelse,
   b) utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for en oppholdstillatelse uten begrensninger i retten til å få permanent oppholdstillatelse, og
   c) det ikke foreligger forhold som nevnt i § 77.
2. Permanent oppholdstillatelse gir rett til opphold i riket uten tidsbegrensning, og gir et utvidet vern mot utvisning, jf. 79. Bestemmelsen i § 70 tredje ledd bokstav a til c gjelder tilsvarende. En permanent oppholdstillatelse kan ikke inneholde unntak fra bokstav a til c.
3. Tillatelsen faller bort når innehaveren har hatt bopel eller faktisk opphold utenfor riket sammenhengende i mer enn to år. Vedtak om bortfall treffes av Utlendingsdirektoratet. Utlending kan etter søknad gis adgang til å oppholde seg utenfor riket i mer enn to år uten at tillatelsen skal falle bort.
4. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om bortfall av permanent oppholdstillatelse, og om behandlingen av søknad som nevnt i tredje ledd.
5. Kongen kan fastsette i forskrift at permanent oppholdstillatelse skal kunne gis i andre tilfeller enn nevnt i første ledd, og fastsette regler om beregning av tilleggstid dersom det foreligger forhold som kan gi grunnlag for utvisning.

§ 73 Tilbakekall av oppholdstillatelse

Midlertidig og permanent oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

§ 74 Vedtaksmyndighet

1. Vedtak om midlertidig og permanent oppholdstillatelse, fornyelse og tilbakekall, fattes av Utlendingsdirektoratet.
2. Kongen kan i forskrift fastsette at politiet kan avgjøre søknad om midlertidig og permanent oppholdstillatelse og fornyelse.

§ 75 Reisebevis for flyktning og utlendingspass

1. Utlending som får oppholdstillatelse etter § 38, skal etter søknad også gis reisebevis for flyktning for reise utenfor Norge dersom ikke særlige grunner taler mot det. Har flyktningen reisedokument utstedt av fremmed stat, gjelder denne retten bare når Norge i henhold til internasjonal avtale har plikt til å utstede reisebevis for flyktning.
2. Utlending som får oppholdstillatelse etter § 43, skal gis utlendingspass for reise utenfor Norge dersom utlendingens forhold til hjemlandets myndigheter tilsier det. Utlendingspass kan også utstedes i andre tilfeller etter nærmere regler fastsatt av Kongen.
3. Pass eller annet reisedokument søkeren er i besittelse av, må innleveres sammen med søknad om reisebevis for flyktning eller utlendingspass.
4. Kongen kan gi forskrift om utstedelse, gyldighetsområde, fornyelse og inndragning av reisebevis for flyktning og utlendingspass og de nærmere vilkårene for dette.

Kapittel 10 Bortvisning og utvisning

§ 76 Bortvisning etter innreise

1. Utlending kan bortvises etter reglene i kapittel 2 også etter innreise i riket.
2. Beslutning om bortvisning etter innreise treffes av politimesteren eller den han bemyndiger. Påberoper en utlending seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, eller det bortvises på grunnlag av § 17 første ledd bokstav k, skal saken forelegges Utlendingsdirektoratet til avgjørelse. Tilsvarende gjelder dersom det bortvises senere enn tre måneder etter innreise.

§ 77 Utvisning

Utlending kan utvises:

a) når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her eller unndrar seg gjennomføring av vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket,
b) når utlendingen for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbart forhold som nevnt,
c) når utlendingen her i riket er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder eller flere ganger i løpet av de siste tre år er ilagt fengselsstraff,
d) når en administrativ myndighet i et land som deltar i Schengensamarbeidet har truffet endelig avgjørelse om bortvisning eller utvisning av utlendingen på grunn av manglende overholdelse av landets bestemmelser om utlendingers innreise eller opphold,
e) når utlendingen har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse,
f) når hensynet til grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.

§ 78 Begrensning i adgangen til å utvise utlending som har midlertidig oppholdstillatelse

Utlending som har midlertidig oppholdstillatelse kan bare utvises dersom det straffbare forholdet kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år eller dersom straffeloven §§ 228 første ledd, 237, 342 første ledd bokstav b eller c, 352a, 384 eller 385 er overtrådt.

§ 79 Begrensning i adgangen til å utvise utlending som har permanent oppholdstillatelse

1. Utlending som har permanent oppholdstillatelse kan bare utvises:
   a) når utlendingen for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i to år eller mer. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbare forhold som nevnt,
   b) når utlendingen for mindre enn ett år siden her i riket har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i to år eller mer. Tilsvarende gjelder ved ilagt særreaksjon som følge av straffbare forhold som nevnt,
   c) når utlendingen har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse,
   d) når hensynet til grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.
2. Første ledd gjelder tilsvarende for utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen og som har hatt opphold i riket med oppholdstillatelse i tre år [mindretallet: fem år].

§ 80 Begrensning i adgangen til å utvise utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen

Utlending som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen kan bare utvises når det foreligger grunnlag som nevnt i §§ 77 til 79 og de EØS-rettslige hensyn til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det. Det er et vilkår at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn. Utlending som har overtrådt straffeloven §§ 147a eller 147b, eller har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått en slik forbrytelse, kan utvises.

§ 81 Krav til forholdsmessighet

1. Utvisning besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
2. Utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her, kan ikke bortvises eller utvises.

§ 82 Utvisningens varighet

Utvisning er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn to år. Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Dersom særskilte omstendigheter foreligger, kan den som er utvist etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen.

§ 83 Vedtaksmyndighet

1. Vedtak om utvisning treffes av Utlendingsdirektoratet. Sak om utvisning forberedes av politiet.
2. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

Kapittel 11 Absolutt vern mot utsendelse (non refoulement)

§ 84 Absolutt vern mot utsendelse

1. Utlending kan ikke sendes til område der vedkommende ville være i en situasjon som nevnt i § 38 første ledd bokstav a, med mindre utlendingen etter § 45 er utelukket fra beskyttelse.
2. Utlending kan heller ikke sendes til et område der vedkommende er i en situasjon som nevnt i § 38 første ledd bokstav b. Dette gjelder også den som er utelukket etter § 45.
3. Vernet etter første og annet ledd gjelder også mot utsendelse til et område der vedkommende ikke ville være trygg mot å bli sendt videre til et slikt område som nevnt i § 38 første ledd.
4. Vernet etter første til tredje ledd kommer til anvendelse ved alle former for vedtak etter loven. Bestemmelser i loven og lovgivningen for øvrig som gir adgang til å sende utlendinger ut av riket, viker for denne bestemmelsen.

§ 85 Utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84

Utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84, får en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for utsendelse bortfaller. I oppholdstillatelsen kan det gis pålegg om at utlendingen skal oppholde seg på et bestemt sted. Det kan også fastsettes at tillatelsen ikke skal gi rett til å ta arbeid. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift. Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å besøke andre land som deltar i Schengensamarbeidet.

Kapittel 12 Organisering av utlendingsmyndigheten

§ 86 Utøvelse av myndighet etter loven

1. Kongen gir forskrift om regulering av innvandringen. For øvrig gjennomføres loven av Kongen, departementet, Utlendingsnemnda, Utlendingsdirektoratet, politiet og andre offentlige myndigheter. Dersom det ikke fremgår direkte av loven, bestemmer Kongen hvilke oppgaver og hvilken myndighet de ulike offentlige instanser skal ha etter loven.
2. Enkeltvedtak i medhold av loven treffes av Utlendingsdirektoratet, med mindre annet følger av loven eller kompetansen er delegert til politiet, utenriksstasjon eller annen forvaltningsmyndighet. Direktoratets vedtak etter loven påklages til Utlendingsnemnda.
3. Departementet kan instruere om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder hensynet til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, og om avgjørelsen av enkeltsak som innbefatter slike hensyn. Videre kan departementet instruere om prioritering av saker. For øvrig kan departementet verken instruere om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker.

§ 87 Utlendingsnemnda

1. Innenfor de rammer som følger av § 86 tredje ledd avgjør Utlendingsnemnda som et uavhengig organ de klagesaker som er lagt til den.
2. Utlendingsnemnda ledes av en direktør. Nemnda skal videre ha nemndledere i heltids- eller deltidsstilling. Direktøren og nemndlederne må fylle kravene til dommere og beskikkes på åremål av Kongen i statsråd. Åremålsperioden er seks år for direktøren og fire år for nemndlederne. Gjenoppnevning kan foretas for én periode.
3. Nemnda skal ha nemndmedlemmer oppnevnt av Kongen i statsråd etter forslag fra Kommunal- og regionaldepartementet, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og humanitære organisasjoner. De oppnevnes for fire år. Gjenoppnevning kan foretas én gang. Vervet er frivillig. Suppleringer i løpet av perioden foretas av departementet etter forslag fra de samme instansene. Departementet kan løse et nemndmedlem fra vervet dersom medlemmet ikke har overholdt sin taushetsplikt, grovt har krenket andre plikter som følger av vervet eller selv ber om det. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.
4. Nemnda skal ha et koordineringsutvalg med en leder og fire medlemmer, ett fra hver medlemsgruppe, jf. tredje ledd. De oppnevnes av departementet for fire år, fortrinnsvis blant dem som har erfaring med nemndarbeidet. Utvalget behandler spørsmål om alminnelige retningslinjer for nemndas arbeid mv.
5. Nemndas møter foregår for lukkede dører. Enhver som deltar ved behandlingen av sak for nemnda, har taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13e. Overtredelse straffes etter straffeloven § 121.

6. Ved søksmål mot staten om lovmessigheten av Utlendingsnemndas vedtak etter loven her eller om erstatning som følge av slike vedtak, opptrer staten ved Utlendingsnemnda. Ved søksmål mot staten om lovmessigheten av Utlendingsdirektoratets vedtak truffet etter loven her etter 1. januar 2001 eller om erstatning som følge av slike vedtak, opptrer staten ved Utlendingsdirektoratet.

§ 88 Behandlingsformer mv. i Utlendingsnemnda

1. I den enkelte sak deltar en nemndleder og to medlemmer, jf. likevel annet ledd. Det ene medlemmet trekkes ut blant dem som er oppnevnt etter forslag fra Kommunal- og regionaldepartementet, Utenriksdepartementet og Norges Juristforbund. Det andre medlemmet trekkes ut blant dem som er oppnevnt etter forslag fra humanitære organisasjoner. Den enkelte nemnd kan behandle flere saker.
2. Saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, kan avgjøres av en leder alene. I slike saker kan nemnda også delegere vedtaksmyndighet til sekretariatet. Saker som kan avgjøres av en leder alene, er blant annet klager der vilkårene for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart må anses å foreligge, og klager som må anses grunnløse. Det samme gjelder anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket. På samme vilkår kan en leder under behandlingen av slik anmodning beslutte at det ikke skal tas hensyn til opplysninger, dokumenter eller andre bevismidler som kunne ha vært gitt eller fremlagt under den tidligere behandlingen av saken.
3. Nemnda bestemmer selv behandlingsformen. Saker som behandles etter første ledd, avgjøres ved flertallsvedtak.
4. Klageren kan gis adgang til å møte personlig og uttale seg i sak som behandles etter første ledd. I saker hvor reglene i § 38 er påberopt, skal slik adgang som hovedregel gis. Klagerens advokat eller en annen representant for klageren kan møte sammen med klageren. Også andre kan gis adgang til å møte og avgi uttalelse.
5. Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for beslutninger om behandlingsform og personlig fremmøte.
6. Kongen kan gi regler om nemndas arbeidsform og om den nærmere behandlingen av sakene.

Kapittel 13 Saksbehandlingsregler m.m.

I. Alminnelige regler om saksbehandlingen m.m.

§ 89 Forholdet til forvaltningsloven

Forvaltningsloven gjelder når ikke annet følger av loven her.

§ 90 Utlendingens rett til å uttale seg

I saker etter §§ 38 og 84, samt i saker som gjelder bortvisning og utvisning, skal utlendingsmyndighetene sørge for at utlendingen får mulighet til å fremlegge sine synspunkter på et språk utlendingen kan kommunisere forsvarlig på. Dette skal skje så snart som mulig, og under enhver omstendighet før det treffes vedtak i saken. Det skal legges til rette for utlendinger med spesielle behov. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

91 Unntak fra plikten til å fremlegge saksopplysninger for søkeren til uttalelse

I saker som gjelder:

a) visum etter §§ 9 til 11,
b) familieetablering etter §§ 58 og 59,
c) oppholdstillatelse etter bestemmelsene i kapittel 4 eller 5, eller
d) oppholdstillatelse som ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse,

og hvor søkeren befinner seg i utlandet, gjøres det unntak fra den plikten som ellers måtte følge av forvaltningsloven § 17 med hensyn til å forelegge saksopplysninger for søkeren til uttalelse.

§ 92 Veiledningsplikt

I sak om bortvisning, utvisning og tilbakekall av gitt tillatelse, og når utlending påberoper seg å være flyktning, skal politiet gi veiledning om at utlendingen har rett til fullmektig, jf. forvaltningsloven § 12, og rettshjelp, jf. denne lovs § 103, samt rett til å sette seg i kontakt med sitt lands representasjon, en representant for FNs høykommissær for flyktninger og en norsk flyktningorganisasjon.

§ 93 Utlendingens møte- og opplysningsplikt

1. I forbindelse med sak etter loven, kan den utlending saken gjelder pålegges å møte personlig for å gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket.
2. Ved innreise, og frem til antatt korrekt identitet er registrert, har utlending plikt til å medvirke til å avklare sin identitet i den grad utlendings-

myndighetene krever det. Utlendingsmyndighetene kan også senere pålegge utlending slik plikt dersom det er grunn til å anta at den registrerte identiteten ikke er den riktige.

3. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift om hva utlendinger kan pålegges å gjøre for å oppfylle plikten etter første og annet ledd.

§ 94 Opplysningsplikt

1. Offentlig myndighet skal etter anmodning gi utlendingsmyndighetene opplysninger om utlendingers personlige forhold til bruk i sak etter loven uten hinder av taushetsplikt etter lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv. § 8-8 eller lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 6-7.
2. Ved mistanke om overtredelse av vilkårene for oppholdstillatelse etter kapittel 4 og 5, eller om at utlendingen ikke har nødvendig oppholdstillatelse, skal Arbeidstilsynet varsle utlendingsmyndighetene. Det samme skal petroleumsmyndighetene ved mistanke om tilsvarende overtredelse innenfor sitt myndighetsområde.

§ 95 Vandelskontroll i sak om familieetablering, jf. §§ 58 og 59

1. Politiet kan som ledd i forberedelse av sak etter §§ 58 eller 59 benytte vandelsopplysninger om referansepersonen, jf. § 60.
2. Dersom politiet har opplysninger om forhold knyttet til referansepersonens vandel mv. som er av betydning for om oppholdstillatelse skal avslås etter § 58 fjerde ledd, kan det i slik sak gis en uttalelse om dette til det organ som avgjør saken.

§ 96 Vandelskontroll i sak om visum etter § 9

Dersom Utlendingsdirektoratet finner at det foreligger særlig grunn til å undersøke referansepersonens vandel i sak om visum for å avgjøre om det kan være grunn til å nekte visum i henhold til § 9 tredje ledd, kan det innhentes uttalelse fra politiet om forhold som er av betydning for å bedømme dette spørsmål.

§ 97 DNA-testing

Dersom de øvrige opplysningene i en sak etter lovens kapittel 8 ikke gir grunnlag for å fastslå familierelasjonen mellom søkeren og en referanseperson i Norge, kan utlendingsmyndighetene gi søkeren og referansepersonen muligheten til å foreta DNA-test.

§ 98 Alderstesting

Dersom de øvrige opplysninger i en sak etter loven ikke gir grunnlag for å fastslå en søkers eller en referansepersons alder, og slike opplysninger har betydning for saken, kan søkeren eller referansepersonen pålegges å underkaste seg slik aldersundersøkelse som fastsatt av Kongen i forskrift.

§ 99 Registrering av opplysninger

Utlendingsmyndighetene kan registrere personopplysninger som nevnt i personopplysningsloven § 2 nr. 1 og 8 i forbindelse med behandling av sak etter denne lov. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.

§ 100 Gebyr

Kongen kan ved forskrift gi regler om at det skal tas gebyr for å behandle søknader etter denne lov, med unntak av søknad om beskyttelse etter kapittel 6.

§ 101 Iverksetting av vedtak

1. Et vedtak kan iverksettes før det er endelig dersom vedtaket gjelder
   a) bortvisning,
   b) utvisning av person som ikke har oppholdstillatelse, eller
   c) nordisk borger som ikke har hatt opphold i riket i mer enn tre måneder.
2. Påberoper en utlending seg å være flyktning eller for øvrig gir opplysninger som tyder på at vernet mot utsendelse etter § 84 vil komme til anvendelse, kan et vedtak bare iverksettes før det er endelig dersom
   a) søknaden om opphold er avvist i medhold av § 41, eller
   b) vilkårene for opphold etter §§ 38 eller 85 åpenbart ikke er oppfylt.
3. Vedtak i sak hvor det er tatt stilling til om § 47 kommer til anvendelse, kan bare iverksettes før det er endelig dersom vilkårene åpenbart ikke er oppfylt.
4. Vedtak som gjelder søknad om første gangs oppholdstillatelse, og søknad om fornyelse fremsatt etter fristen i § 71 sjette ledd, kan bare iverksettes før det er endelig dersom utlendingen har fått mulighet til å fremsette klage, og

tidligst 48 timer etter at melding om vedtaket er kommet frem til utlendingen. Dersom Utlendingsdirektoratet anser søknaden åpenbart grunnløs, kan vedtaket likevel iverksettes så snart fristen for å begjære utsatt iverksetting er utløpt, og direktoratet har tatt stilling til begjæringen.

5. Vedtak som innebærer at utlending må forlate riket, iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise med en gang eller innen en fastsatt frist. Dersom pålegget ikke blir fulgt, eller det er overveiende sannsynlig at det ikke vil føre til at utlendingen forlater riket, kan politiet føre utlendingen ut. Når særlige grunner taler for det, kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra. Beslutninger som gjelder iverksetting regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.
6. Når Utlendingsnemnda har truffet et vedtak som innebærer at utlending må forlate riket, kan den instruere politiet om å utsette iverksettingen. Utlendingsdirektoratet kan instruere politiet om å utsette iverksettingen dersom slikt endelig vedtak er truffet av direktoratet. Utlendingsnemnda kan instruere politiet om å utsette iverksettingen av et vedtak truffet av direktoratet på nemndas saksområde, når vedtaket innebærer at utlendingen må forlate riket.
7. Utlending som nevnt i femte ledd som ikke har gyldig reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette.

§ 102 Ansvar for utgifter mv.

1. Utlending som i medhold av loven føres ut av riket, plikter å betale utgiftene ved sin egen utreise. Utlendingen skal også betale utgifter til vakthold når dette er nødvendig fordi utlendingen ikke vil forlate riket frivillig. Kravet er tvangsgrunnlag for utlegg.
2. Når utlending som er kommet med skip eller luftfartøy, eller som er brakt til riket av transportør som utfører yrkesmessig landtransport av personer, blir bortvist, plikter transportmiddelets eier eller leier, og på dennes vegne dets fører eller agent i riket, enten å ta utlendingen om bord igjen, på annen måte bringe utlendingen ut av riket, eller å dekke utgifter som måtte bli påført det offentlige ved at utlendingen føres ut. På samme måte foreligger plikt til å ta om bord og dekke utgifter til mannskap for eskorte til utlendingen ut av riket når politiet finner dette nødvendig.
3. Annet ledd gjelder tilsvarende ved utvisning som reaksjon på overtredelse av lovens regler om innreise og ved uttransportering av utlending som nektes innreise til riket på grunn av et fortsatt gjeldende utvisningsvedtak.
4. Har utlending som trenger tillatelse fra politiet etter § 16 for å gå i land i riket, gjort dette uten slik tillatelse, gjelder det samme som etter tredje ledd. Ansvaret omfatter da i alminnelighet også utgifter som måtte bli påført det offentlige i inntil tre måneder ved utlendingens opphold i riket.
5. Dersom utgiftene ved at utlendingen føres ut av riket ikke dekkes etter første til femte ledd, dekkes de av staten.
6. Ansvaret etter tredje til femte ledd gjelder ikke ved innreise over indre Schengengrense.

§ 103 Rettshjelp

1. I saker om utvisning som nevnt i § 77 bokstav e og f og sak om bortvisning som nevnt i § 17 første ledd bokstav k, samt i sak om tilbakekall av gitt tillatelse etter §§ 29, 46 eller 73, har utlendingen rett til fritt rettsråd uten behovsprøving. I annen sak etter loven har utlendingen rett til fritt rettsråd etter lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp når vilkårene der er oppfylt.
2. Utlending som søker oppholdstillatelse etter § 38 eller påberoper seg vernet mot utsendelse etter § 84, har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving ved negativt vedtak fattet av Utlendingsdirektoratet. Dette gjelder likevel ikke der utlendingen klager over bare å ha fått oppholdstillatelse etter § 47. Ved søknader fra enslige mindreårige asylsøkere, og saker som kan berøre utenrikspolitiske forhold, grunnleggende nasjonale interesser eller hvor utelukkelse etter § 45 kan bli utfallet, gis det rettshjelp også i forbindelse med saksbehandlingen i Utlendingsdirektoratet.
3. Retten skal oppnevne prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 113. Det samme gjelder når retten prøver spørsmålet om pålegg etter §§ 101, 111 annet ledd og 112, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig. Dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes. Oppnevningen faller bort når retten bestemmer det.
4. Retten skal av eget tiltak og uten behovsprøving gi bevilling til fri sakførsel når prosessfullmektig oppnevnes etter tredje ledd.

5. I de tilfelle det er ytet fri sakførsel eller fritt rettsråd uten behovsprøving, kan det offentliges utgifter i forbindelse med rettshjelpen kreves helt eller delvis erstattet dersom utlendingen har økonomisk evne til det. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

II. Særskilte regler for søknader om beskyttelse (asylsaker)

§ 104 Tidspunkt for fremsettelse av søknad om beskyttelse. Opplysning av saken

1. Søknad om beskyttelse etter § 38 skal fremsettes uten ugrunnet opphold. Søknaden fremsettes for politiet ved passering av ytre Schengengrense, eller for øvrig ved nærmeste politidistrikt etter innreise i riket. Pass eller annet reisedokument utlendingen er i besittelse av, skal innleveres sammen med søknaden.
2. Dersom omstendigheter som nevnt i § 38 inntreffer først etter utlendingens innreise i riket, skal søknad fremsettes uten ugrunnet opphold etter at utlendingen ble klar over omstendighetene.
3. Den som registrerer søknaden, skal ta fotografi og fingeravtrykk av utlendingen, jf. § 108 tredje ledd bokstav b. Når det anses nødvendig, kan det tas kopi av dokumenter utlendingen er i besittelse av.
4. Søkeren plikter å gjøre sitt beste for å fremlegge nødvendig dokumentasjon, og for å medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger. I dette øyemed kan søkeren pålegges å være tilgjengelig på nærmere angitt sted. Utlendingsmyndighetene har et selvstendig ansvar for å innhente tilgjengelige opplysninger før avgjørelse blir truffet, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.
5. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om gjennomføringen av saksbehandlingen.

§ 105 Søkerens rettsstilling under behandlingen av søknaden

1. Kongen kan ved forskrift fastsette at utlending som søker om oppholdstillatelse etter §§ 38, 43 eller 47, må oppholde seg i den kommune der vedkommende blir utplassert inntil søknaden er endelig avgjort.
2. Søkeren kan gis rett til å ta arbeid inntil søknaden er avgjort. Det er en forutsetning for tillatelse at følgende vilkår er oppfylt:
   a) Det er tatt asylintervju av søkeren,
   b) det er ikke tvil om søkerens identitet, og
   c) det er ikke aktuelt å bortvise søkeren eller fremme tilbaketakelsesbegjæring overfor annet land.
3. Er søknad om asyl avslått i første instans, gjelder gitt tillatelse fortsatt dersom klage fremsettes og gis oppsettende virkning. Klager som ikke allerede har tillatelse etter annet ledd, kan etter anmodning gis slik tillatelse forutsatt at vilkårene i annet ledd er oppfylt og klagen er gitt oppsettende virkning.
4. Tillatelse etter annet og tredje ledd gis av Utlendingsdirektoratet, som også kan gi politiet myndighet til å gi tillatelse. Forvaltningsloven kapittel IV til VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for vedtak om slik tillatelse.

§ 106 Oppholdssted under søknadsbehandlingen

Kongen kan i forskrift fastsette nærmere regler om oppholdssted for utlending som søker beskyttelse og økonomiske ytelser til beboeren, og bestemmelser om drift av slikt oppholdssted.

§ 107 Oversending av opplysninger

1. I den utstrekning Norge er forpliktet til det som deltaker i Schengensamarbeidet og samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet), kan utlendingsmyndighetene uten hinder av taushetsplikt oversende opplysninger om enkeltpersoner til myndighetene i land som deltar i slikt samarbeid, som ledd i eller til bruk ved behandling av sak om grensekontroll, visum, bortvisning, utvisning eller oppholdstillatelse. Med oppholdstillatelse menes i denne paragrafen tillatelse av en hvilken som helst art som er utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet og som gir rett til opphold på dets territorium. Tillatelse til opphold med sikte på behandling av en søknad om oppholdstillatelse omfattes likevel ikke.
2. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om hvilke forhold det kan opplyses om og vilkår som må være oppfylt før oversending kan finne sted.

III. Tvangsmidler

§ 108 Fotografi og fingeravtrykk

1. Det kan tas fotografi og fingeravtrykk av utlending som
   a) ikke kan dokumentere sin identitet, eller som det er grunn til å mistenke for å oppgi falsk identitet,

b) søker en tillatelse etter loven,
c) har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse etter loven, eller
d) er bortvist eller utvist, eller som antas å oppholde seg ulovlig i riket.

2. Fingeravtrykk og fotografi tatt i medhold av denne bestemmelsen kan registreres elektronisk i et register. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler for føring og bruk av registeret. Politiet kan bruke registeret i forbindelse med etterforskning av en eller flere handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder.
3. For behandling av fingeravtrykk i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet), gjelder reglene i § 109.
4. Beslutning om at det skal tas fotografi eller fingeravtrykk treffes av polititjenestemann eller Utlendingsdirektoratet.
5. Politiet kan avgjøre at fingeravtrykk tas med tvang. I slike tilfeller kan utlendingen bringe inn for retten spørsmålet om rettmessigehten av å ta fingeravtrykk.

§ 109 Behandling av fingeravtrykk. Eurodac

1. Som ledd i samarbeidet i henhold til avtale mellom Norge, Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat (Dublinsamarbeidet), kan fingeravtrykk tas av utlending som har fylt 14 år, og som
   a) søker oppholdstillatelse etter § 38,
   b) uten å bli bortvist, blir anholdt i forbindelse med ulovlig passering av en ytre Schengengrense, eller
   c) oppholder seg ulovlig i riket.
2. Sammen med fingeravtrykkene kan det samles inn følgende opplysninger: Dato for den dag fingeravtrykkene ble tatt, sted og dato for fremleggelsen av søknad om beskyttelse etter § 38, kjønn og opprinnelsesstat. Opplysningene skal overføres til en sentralenhet for fingeravtrykksopplysninger.
3. Personopplysningsloven gjelder for behandlingen av opplysningene hvis ikke annet er bestemt i lov eller forskrift. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om behandling av opplysningene, herunder om overføring av opplysninger til sentralenheten, lagring, sammenlikning med andre opplysninger, overføring av resultatene av slik sammenlikning, sikkerhet, sperring og sletting av opplysninger, samt regler for å sikre korrekte og oppdaterte opplysninger.

§ 110 Undersøkelse

1. Dersom det er skjellig grunn til å anta at utlending skjuler opplysninger om sin identitet eller annen opplysning av vesentlig betydning for saken, kan det foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted.
2. Dersom det er skjellig grunn til å tro at utlendingen har penger som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen som utlendingen har plikt til å dekke, eller billetter som kan sikre uttransportering, kan det foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted.
3. Undersøkelse etter første og annet ledd kan bare foretas etter beslutning av retten. Er det fare ved opphold kan beslutningen treffes av politimesteren eller den han bemyndiger. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med undersøkelsen og hva undersøkelsen omfatter. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før undersøkelsen foretas skal beslutningen leses opp eller forevises for utlendingen.
4. Reglene i straffeprosessloven §§ 198 til 202 gjelder så langt de passer.

§ 111 Beslag

1. Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, kan det foretas beslag av reisedokument, billetter og annet materiale som kan bidra til å avklare identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydning for retten til opphold i riket.
2. For å sikre at vedtak som medfører at utlendingen plikter å forlate riket skal kunne iverksettes, og det foreligger særlig grunn til å frykte at utlendingen vil unndra seg iverksetting, kan det foretas beslag av reisedokument og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet.
3. For å sikre uttransportering kan politiet beslaglegge billetter. Politiet kan også beslaglegge penger til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen.

4. Avgjørelsen om beslag besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før beslaget iverksettes, skal beslutningen leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med beslaget.
5. Når utlending ankommer riket, ved undersøkelse etter § 110 og i situasjoner hvor det er fare ved opphold, kan beslag tas av polititjenestemann. Beslaget skal straks meldes til den som ellers treffer avgjørelse om beslag, jf. fjerde ledd. Hvis beslaget opprettholdes, utferdiges beslutning etter fjerde ledd.
6. Enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. Politiet sørger for at den som rammes av beslaget blir gjort kjent med denne retten. Reglene i straffeprosessloven kapittel 16, med unntak av § 210, gjelder så langt de passer.

§ 112 Meldeplikt og bestemt oppholdssted

1. Dersom utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til mistanke om at utlending oppgir falsk identitet, kan utlendingen pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted.
2. For å sikre at et vedtak som nevnt i § 101 skal kunne iverksettes, og det er særlig grunn til å frykte at utlendingen vil unndra seg iverksetting, kan utlendingen pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted.
3. Pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger. Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for meldeplikt eller bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde forføyninger som er tatt. Straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187a gjelder tilsvarende så langt de passer.

§ 113 Pågripelse og fengsling

1. Dersom utlending nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til mistanke om at utlending oppgir falsk identitet, kan utlendingen pågripes og fengsles.
2. Når det er nødvendig for å sikre iverksetting, kan utlending pågripes og fengsles. Tilsvarende gjelder når utlending ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten om å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument.
3. Pågripelse besluttes av politimesteren eller den han bemyndiger. Når det er fare ved opphold, kan polititjenestemann foreta pågripelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. Straffeprosessloven §§ 174 flg. gjelder tilsvarende så langt de passer.
4. Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner.

§ 114 Utlendingsinternat

1. Utlending som pågripes og fengsles i medhold av § 113, skal som hovedregel anbringes i utlendingsinternat. Utlendingsinternatet er ikke underlagt kriminalomsorgen, men administreres av politiet.
2. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.

§ 115 Generelt om bruk av tvangsmidler

1. Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.
2. Tvangsmidler for å sikre iverksetting av vedtak kan anvendes når vedtak som innebærer at utlending må forlate riket er fattet, og når det verserer sak som kan føre til slikt vedtak.

Kapittel 14 Avsluttende bestemmelser

§ 116 Særregler av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn

1. Innreise kan nektes og søknad om midlertidig eller permanent oppholdstillatelse kan avslås, eller det kan settes begrensninger eller vilkår, når utenrikspolitiske hensyn eller grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig. Vedtak treffes av Utlendingsdirektoratet.
2. Reglene i første ledd kommer ikke til anvendelse i sak om beskyttelse etter kapittel 6 og 11.
3. Av hensyn som nevnt i første ledd kan utlending gis oppholdstillatelse i Norge. Vedtak treffes av departementet.

4. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om praktiseringen av første og annet ledd.
5. Under krig eller når krig truer, eller under særlige forhold ellers, kan Kongen av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser gi ytterligere bestemmelser om meldeplikt enn det som fremgår av § 112 og forskrift gitt i medhold av § 119.

§ 117 Overtredelsesgebyr

Utlending som oppholder seg ulovlig i riket ut over den frist som følger av §§ 8 tredje ledd, 9 fjerde ledd eller 18, kan ilegges et gebyr etter nærmere regler fastsatt av Kongen.

§ 118 Straff

1. Med bøter eller med fengsel inntil seks måneder eller med begge deler straffes den som:
   a) forsettlig eller uaktsomt overtrer loven her, eller forskrifter, forbud, påbud eller vilkår gitt i medhold av loven; eller
   b) forsettlig eller grovt uaktsomt gir vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i sak etter loven.
2. Med bøter eller med fengsel inntil 2 år straffes den som:
   a) forsettlig eller grovt uaktsomt gjør bruk av utlendings arbeidskraft når utlendingen ikke har nødvendig tillatelse etter loven; eller
   b) forsettlig eller grovt uaktsomt formidler arbeid eller bolig for utlending, eller utferdiger eller formidler erklæringer, tilsagn eller dokumenter til bruk for sak etter loven, når forholdet innebærer en utilbørlig utnyttelse av utlendingens situasjon; eller
   c) forsettlig ved falske forespeilinger eller liknende utilbørlig adferd forleder utlending til å reise inn i riket med sikte på å bosette seg her; eller
   d) overlater til en annen pass, reisebevis for flyktning, annet reisedokument eller liknende dokument som kan bli brukt som reisedokument, når vedkommende vet eller bør forstå at det kan bli brukt av utlending til å reise inn i riket eller til annen stat.
3. Med bøter eller med fengsel inntil 3 år straffes den som:
   a) forsettlig hjelper utlending til ulovlig opphold i riket eller i annet land som deltar i Schengensamarbeidet; eller
   b) forsettlig hjelper utlending til ulovlig å reise inn i riket eller i annet land som deltar i Schengensamarbeidet.
4. Med bøter eller med fengsel inntil 6 år straffes den som i vinnings hensikt driver organisert ulovlig virksomhet med sikte på å hjelpe utlendinger til å reise inn i riket eller til annen stat.
5. Medvirkning straffes på samme måte.
6. Overtredelse av første ledd regnes som forseelse.
7. Når allmenne hensyn krever det, skal Utlendingsdirektoratet anmelde forholdet når det er grunn til å tro at det er skjedd en overtredelse av
   a) første ledd bokstav a som gjelder bruk av arbeidskraften til en utlending som ikke har nødvendig tillatelse etter loven, eller
   b) annet ledd bokstav a.
8. Overtredelse av denne paragraf påtales bare når allmenne hensyn krever det.

§ 119 Forskrifter i medhold av loven

Foruten forskrifter som nevnt i de enkelte paragrafer, kan Kongen i forskrift gi nærmere regler til gjennomføring av loven.

§ 120 Ikrafttreden og overgangsbestemmelse

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Kongen kan gi overgangsbestemmelser i forskrift.

17.2 Forslag til endringer i andre lover

17.2.1 Lov om adgangen til visse områder 07.03.1940 nr. 1

Lov om adgangen til visse områder § 2 tredje ledd foreslås opphevet. Nåværende tredje ledd blir nytt annet ledd.

17.2.2 Lov om fri rettshjelp 13.06.1980 nr. 35

Lov om fri rettshjelp § 13 første ledd skal lyde:

I saker etter utlendingsloven har utlending rett til fritt rettsråd uten behovsprøving som bestemt i *[ny utlendingslov] § 103 første og annet ledd*. I saker om erstatning etter strafforfølgning etter straffeprosessloven kapittel 31 har siktede rett til fritt rettsråd uten behovsprøving.

Lov om fri rettshjelp § 19 nr. 4 skal lyde:

4. for utlending i tilfeller som nevnt i *[ny utlendingslov] § 103 tredje ledd*.

17.2.3 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22.05.1981 nr. 25

Straffeprosessloven § 67 annet ledd bokstav d skal lyde:

d) forbrytelse mot militær straffelov § 34 annet ledd annet straffalternativ, jf. tredje ledd, tolloven § 66, merverdiavgiftsloven § 72, ligningsloven § 12-1, *[ny utlendingslov] § 118 annet ledd, jf. femte ledd* og regnskapsloven § 8-5 første ledd første og tredje punktum, jf. tredje ledd første punktum.

17.2.4 Lov om folketrygd (folketrygdloven) 28.02.1997 nr. 19

Folketrygdloven § 1-7 skal lyde:

Med flyktning menes i denne loven en person som er innvilget *oppholdstillatelse* i *medhold av [ny utlendingslov] § 38*.

17.2.5 Lov om kystvakten (kystvaktloven) 13.06.1997 nr. 42

Kystvaktloven § 12 første ledd bokstav g skal lyde:

g) *[ny utlendingslov]*,

17.2.6 Lov om Schengen informasjonssystem (SIS-loven) 16.07.1999 nr. 66

SIS-loven § 7 nr. 2 skal lyde:

2. opplysninger om personer som ikke skal gis tillatelse til innreise fordi
   a) det i forbindelse med utvisning etter *[ny utlendingslov] § 77 bokstav a* er truffet vedtak om innreiseforbud, og vedtaket fortsatt er gjeldende, eller
   b) det i forbindelse med utvisning etter *[ny utlendingslov] § 77 bokstav b, c eller d* er truffet vedtak om innreiseforbud som fortsatt er gjeldende, og som bygger på at vedkommendes opphold i Norge kan utgjøre en fare for den offentlige orden eller sikkerhet eller statens sikkerhet.

SIS-loven § 12 første ledd bokstav b skal lyde:

b) utlendingsmyndighet med ansvar for behandling av visumsøknader, behandling av tillatelser til opphold, og ellers ved håndheving av *[ny utlendingslov]* med hensyn til de opplysninger som er lagt inn i medhold av § 7 nr. 2 for å gjennomføre bestemmelsene om personbevegelse i konvensjonen om gjennomføring av Schengenavtalen.

17.2.7 Lov om introduksjonsordningen for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven) 04.07.2003 nr. 80

Introduksjonsloven § 2 første ledd skal lyde:

Rett og plikt til deltakelse i introduksjonsprogram gjelder for nyankommet utlending mellom 18 og 55 år som har behov for grunnleggende kvalifisering og som har fått

a) *oppholdstillatelse som flyktning*, jf. *[ny utlendingslov] §§ 38*,
b) oppholdstillatelse *etter anmodning fra internasjonal organisasjon mv.*, jf. *[ny utlendingslov] § 44*,
c) oppholdstillatelse etter *[ny utlendingslov] § 47* på grunnlag av søknad om asyl,
d) kollektiv beskyttelse i *en* massefluktsituasjon, jf. *[ny utlendingslov] § 43*, eller
e) fornybar oppholdstillatelse som familiemedlem til personer som nevnt i bokstav a, b, c *og d*, jf. *[ny utlendingslov]kapittel 8*. For å være omfattet av denne bestemmelsen er det et vilkår at personer som nevnt i bokstav a, b, c *og d* ikke har vært bosatt i en kommune i mer enn fem år før det søkes om familiegjenforening.

Introduksjonsloven § 3 tredje ledd skal lyde:

Kommunen kan tilby introduksjonsprogram til nyankommet utlending med oppholdstillatelse i henhold til *[ny utlendingslov]* kap. 8 som er familiemedlemmer til andre enn personer nevnt i § 2, til nyankommet utlending over 55 år med oppholdsgrunnlag som nevnt i § 2 første ledd, og til nyankommet utlending som nevnt i § 2 som er bosatt i kommunen uten særskilt avtale mellom utlendingsmyndighetene og kommunen.