



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Rundskriv

Politidirektoratet
Utlendingsdirektoratet

Nr.
GI-02/2021

Vår ref
20/5918

Dato
23.4.2021

GI- 02/2021 Instruks om saker hvor det er av betydning om returdirektivets prosedyrer har vært «anvendt»

1. INNLEDNING

Gjennom endringer i utlendingsloven § 108 tredje ledd og utlendingsforskriften § 18-14 er det nå tatt inn bestemmelser som innebærer at det i noen typetilfeller kan få betydning for senere straffesaksbehandling om returdirektivets prosedyrer for retur har blitt «anvendt» eller ikke, se Prop. 60 L (2020-2021).

Formålet med dette rundskrivet er å etablere en prosedyre for at politiet som utlendingsforvaltning avklarer at returprosedyrene etter returdirektivet er anvendt i de sakene hvor det er særlig grunn til å tro at det senere kan bli aktuelt med oppfølging fra påtalemyndigheten i straffesakssporet.

2. BAKGRUNN

De endringene i § 108 tredje ledd bokstav e som ble foreslått i Prop. 60 L (2020-2021) og som nå er vedtatt med virkning fra 30. april 2021, innebærer at det som utgangspunkt ikke skal brukes fengselsstraff i reaksjonsfastsettelsen overfor tredjelandsborgere som

- er utvist på annet grunnlag enn straff og dermed er omfattet av EUs returdirektiv, dersom utlendingen
- ikke har forlatt eller blitt uttransportert fra Schengen-området før den ulovlige gjeninnreisen til Norge.

Fengselsstraff kan likevel idømmes dersom returdirektivets prosedyrer for retur er «anvendt» uten å ha resultert i utreise fra Schengen-området, eller dersom utlendingen har oppholdstillatelse i et annet Schengenland og ikke har plikt til å forlate Schengen-territoriet til tross for innreiseforbudet til Norge.

Når det gjelder utlendinger som ikke har brutt innreiseforbudet, men som oppholder seg ulovlig i Norge og kan straffes etter utlendingsloven § 108 annet ledd, jf. § 55 annet ledd, følger det av utlendingsforskriften § 18-14, slik denne ble endret 23. april 2021 (i kraft 30. april 2021) at det ikke kan idømmes fengselsstraff med mindre prosedyrene etter returdirektivet har vært «anvendt» uten at retur har latt seg gjennomføre. Instruksen vil således få anvendelse også for disse sakene.

3. RETURDIREKTIVETS PROSEDYRER FOR RETUR

3.1.1 Generelt

Hva som skal til for å konstatere at returdirektivets prosedyrer for retur har blitt «anvendt» uten at retur har latt seg gjennomføre, vil bero på en konkret og praktisk vurdering.

Det følger av returdirektivet artikkel 8 nr. 1 at

«Medlemsstatene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å håndheve returvedtaket dersom det ikke er gitt noen frist for frivillig utreise [...] eller dersom utreiseplikten ikke er oppfylt innen en frist for frivillig utreise [...]»..

Videre følger det av art. 8 nr. 4 første punktum at

«Når medlemsstatene – som en siste utvei – benytter tvangstiltak for å gjennomføre uttransportering av en tredjelandsborger som motsetter seg dette, skal tiltakene være forholdsmessige og ikke innebære mer tvang enn hva som er rimelig.»

3.1.2 Oversikt over de konkrete prosedyrestegene for gjennomføring av retur etter returdirektivet

3.1.2.1 Returvedtak

Det følger av returdirektivet artikkel 6 at det skal treffes et returvedtak overfor personer med ulovlig opphold.

Etter utlendingsloven skjer dette i utvisningssaker ved at det i vedtaket om utvisning fastsettes en plikt til å reise ut fra Norge og fra Schengen-området (med mindre utlendingen har oppholdstillatelse eller annet grunnlag for opphold i et annet Schengenland), jf. utlendingsloven § 90 sjette ledd, jf. § utlendingsforskriften § 17-14a.

3.1.2.2 Fastsettelse av at retur skal skje straks eller innen en angitt frist

Det følger av returdirektivet artikkel 7 at gjennomføring av retur skal pålegges innen en gitt frist, med mindre det er grunnlag for å pålegge at det skal skje straks.

I utlendingsloven er reglene om dette nedfelt i § 90 sjette ledd, og det fremgår blant annet at det ved fare for unndragelse kan vurderes en kort frist eller eventuelt unnlates å settes en frist overhodet.

3.1.2.3 Fastsettelse av innreiseforbud

Et returvedtak skal på nærmere vilkår følges opp med et innreiseforbud, jf. returdirektivet artikkel 11. Dette vilkåret er for de sakene som omfattes av returdirektivet gjennomført i norsk rett gjennom sammenhengen mellom utvisningsbestemmelsen i utlendingsloven §§ 66 og bestemmelsen i § 71 annet ledd om utvisningens virkning mv., jf. utlendingsforskriften § 17-14 a.

3.1.2.4 Forsøk på å gjennomføre tvangsretur dersom utlendingen ikke reiser innen en eventuell utreisefrist

Det følger av returdirektivet artikkel 8 nr. 1 at dersom utlendingen ikke er gitt noen frist for frivillig utreise eller dersom utreiseplikten ikke er oppfylt innen den fristen som eventuelt er gitt, skal medlemsstaten treffe alle tiltak som er nødvendige for å håndheve returvedtaket.

I utlendingsloven er regler om dette nedfelt i § 90 sjuende ledd:

«Dersom [pålegg om å forlate riket innen en fastsatt frist] ikke blir fulgt, utreisefrist ikke er gitt, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, kan politiet føre utlendingen ut.»

I de tilfeller hvor utlendingen overholder utreiseplikten eller politiet lykkes med å gjennomføre tvangsretur ut av Schengen, vil denne instruksjonen ikke komme til anvendelse, fordi det i disse tilfellene ikke vil gjelde noen særregler om unntak fra reglene om fengselsstraff ved en eventuell ulovlig gjeninnreise i Norge. Det samme gjelder dersom utlendingen reiser eller blir transportert til en annen Schengen-stat hvor utlendingen har oppholdstillatelse.

I en del tilfeller vil det imidlertid måtte godtas at det ikke er mulig å gjennomføre noe egentlig forsøk på tvangsretur, fordi det ikke er noen reelle muligheter for dette. I praksis kan dette f.eks. gjelde dersom utlendingens identitet ikke er bekreftet og godtatt av myndighetene i det antatte hjemlandet, og hvor det således er klart at utlendingen ikke vil kunne returneres til det aktuelle landet med tvang. I andre tilfeller vil faktiske forsøk på tvangsretur ha kommet langt, for så å bli avbrutt. Det kan for eksempel skje fordi hjemlandets myndigheter likevel ikke vil akseptere utlendingens innreise. I saker hvor tvangsretur ikke lykkes eller ikke anses mulig, oppstår spørsmålet om fra hvilket tidspunkt returprosedyrene likevel skal anses «anvendt».

3.1.2.5 Frihetsberøvelse

Returdirektivet fastsetter i artikkel 15 at frihetsberøvelse bare kan skje for å gjennomføre en utsendelse dersom tiltaket er forholdsmessig og det er unndragelsesfare:

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

All frihetsberøvelse skal være så kortvarig som mulig og kan kun opprettholdes, så lenge uttransporteringen er under forberedelse og gjennomføres med tilstrekkelig hurtighet.

[....]

4. Når det viser seg at det av rettslige eller andre grunner ikke lenger er rimelig å regne med uttransport, eller vilkårene i nr. 1 ikke lenger er til stede, er frihetsberøvelse ikke lenger berettiget og vedkommende skal løslates umiddelbart.

5. Frihetsberøvelsen skal opprettholdes så lenge vilkårene i nr. 1 er til stede, og så lenge det er nødvendig for å sikre uttransport. Hver medlemsstat skal fastsette et begrenset tidsrom for frihetsberøvelse, som ikke kan overstige seks måneder.

6. Medlemsstatene kan ikke forlenge tidsrommet nevnt i nr. 5, unntatt for en begrenset periode som ikke overstiger ytterligere 12 måneder, i samsvar med nasjonal lovgivning, i tilfeller der uttransporteringsprosessen til tross for alle rimelige bestrebelser sannsynligvis vil ta lengre tid på grunn av:

- a) Manglende samarbeid fra den berørte tredjelandsborgerens side, eller
- b) Forsinket innhenting av nødvendig dokumentasjon fra tredjeland.

De aktuelle bestemmelsene som her er gjengitt fra returdirektivet, er gjennomført i norsk lovgivning gjennom utlendingsloven § 90 og bestemmelsene om tvangsmidler i utlendingsloven kapittel 12. Den generelle bestemmelsen om bruk av tvangsmidler i § 99 fastsetter blant annet følgende:

«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.»

Vilkårene for pågrepelse og internering er nedfelt i § 106. Det følger av første ledd bokstav a og b at pågrepelse og internering for å gjennomføre en utsendelse kan skje når

«a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til loven[...], eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,

b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket [...]»

Reglene om maksimal lengde for internering er nedfelt i utlendingsloven § 106 b tredje og fjerde ledd.

EU-domstolen har ikke behandlet noen sak hvor den har måttet ta konkret stilling til om muligheten for internering etter direktivets regler er uttømmende anvendt. I saken Achughbabian (C-329/11) uttalte imidlertid domstolen følgende i sin prinsipputtalelse:

«- direktivet er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter ulovligt opphold straffes med strafferetlige sanktioner, for så vidt som disse sanktioner tillader fængsling af en tredjelandstatborger, som ikke, mens han opholdt sig ulovlig på nævnte medlemsstats område og ikke var indstillet på at forlade dette område frivilligt, har været undergivet tvangsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 8, **og som ikke i tilfælde af frihedsberøvelse med henblik på udsendelens forberedelse og gennemførelse har været frihedsberøvet i den maksimale periode**» [Departementets utheving]

Den delen av sitatet som er uthevet av departementet tilsier rent ordlydsmessig at internering må ha pågått like lenge som de *maksimale fristene* i direktivet artikkel 15 nr. 6. Som det fremgår av andre av de bestemmelsene som er gjengitt, kan det imidlertid være rettsstridig å gjennomføre internering overhodet, eller å gjennomføre internering så lenge som maksimalfristene teoretisk åpner for. Det riktige må derfor være at returdirektivets prosedyrer for retur vil kunne anses «anvendt» dersom prosedyretrinnene i punkt 3.1.2.1 til 3.1.2.4 ovenfor er fulgt og politiet eller retten mener at internering på utlendingsrettslig grunnlag ikke kan anvendes eller ikke kan videreføres fordi vilkårene for internering etter returdirektivet ikke er oppfylt, herunder fordi

- de maksimale fristene for internering er nådd,
- det verken foreligger unndragelsesfare eller den berørte tredjelandstatborgeren unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av retur eller uttransportering (se artikkel 15 nr. 1), eller
- det av rettslige eller andre grunner ikke lenger er rimelig å regne med uttransport eller vilkårene for internering for øvrig ikke er til stede (se artikkel 15. nr. 4).

Det presiseres at selv om tredjelandstatborgeren på et tidligere tidspunkt er løslatt fra internering fordi det ikke var utsikter til retur, men det så igjen åpner seg slike muligheter, vil det kunne være aktuelt å internere utlendingen på ny dersom vilkårene for dette ellers er oppfylt.

4. REGISTRERING PÅ SAKEN OG VARSEL TIL UTLENDINGEN

For tydeligst mulig å operasjonalisere vilkåret om at returdirektivets prosedyrer for retur må være «anvendt», mener videre departementet at det bør etableres en ordning hvorefter politiet som utlendingsmyndighet registrerer i UTSYS at prosedyrene anses uttømmende anvendt, og hvilket faktum og hvilken vurdering som ligger til grunn for dette.

Det er også hensiktsmessig at det så langt det er mulig, gis varsel til utlendingen om denne vurderingen og om at fortsatt ulovlig opphold eller nye brudd på innreiseforbudet, vil kunne medføre fengselsstraff. Et slikt varsel vil både gi forutsigbarhet for utlendingen og kan i seg selv gi et insentiv til å medvirke til retur. En slik prosedyre vil også gi påtalemyndigheten et bedre grunnlag for eventuelt å reise tiltale etter utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e med påstand om fengselsstraff.

Det understrekes samtidig at en slik varslingsordning som beskrevet, ikke erstatter myndighetenes aktivitetsplikt. Myndighetene må gjøre det de kan for å få til retur, om nødvendig med tvangsmidler som følger av direktivet, før fengselsstraff kan idømmes.

Det er Politidirektoratet som er nærmest til å gi retningslinjer for de prosedyrene som er omtalt i dette punktet.

5. PRIORITERING AV SAKER

Fordi det vil kunne være ressurskrevende å følge opp enkeltsaker gjennom slike prosedyrer som beskrevet ovenfor, legger departementet til grunn at det kun er et fåtall saker som vil bli prioritert for slik oppfølging. Det sentrale er at det etableres en rutine som gir mulighet for dette i de tilfellene hvor politiet som utlendingsmyndighet mener dette er særlig viktig, f.eks. fordi de har grunn til å tro at utlendingen er involvert i kriminalitet under sitt ulovlige opphold i Norge eller fordi vedkommende gjentatte ganger har reist inn i Norge i strid med et utvisningsvedtak. I slike tilfeller – som allerede krever mye ressurser fra politiet – er det viktig å ha en prosedyre for best mulig å tilrettelegge for oppfølging i straffesakssporet.

Det understrekes for øvrig at de eksemplene på typetilfeller for prioritering som er nevnt i avsnittet over, ikke er ment uttømmende. Det kan også legges opp til å prioritere andre typer saker dersom dette anses hensiktsmessig.

INSTRUKS:

Dersom returdirektivets prosedyrer for gjennomføring av retur er forsøkt anvendt uten at retur har latt seg gjennomføre, og uten at utlendingen har gyldig grunn til ikke å returnere, og politiet som utlendingsmyndighet anser det hensiktsmessig å legge til rette for mulig oppfølging i straffesakssporet (jf. utlendingsloven § 108 annet ledd, jf. § 55, jf. utlendingsforskriften § 18-14 og utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e) bør følgende rutiner følges av politiet som utlendingsmyndighet:

1. Det registreres i UTSYS at prosedyrene for gjennomføring av retur i henhold til returdirektivet anses anvendt. Returdirektivets prosedyrer for retur kan anses anvendt selv om utlendingen ikke har sittet internert, eller ikke har sittet internert like lenge som maksimalfristene etter returdirektivet tillater, dersom politiet eller retten mener at internering på utlendingsrettslig grunnlag ikke kan anvendes eller ikke kan videreføres fordi vilkårene for internering etter returdirektivet ikke er oppfylt, herunder fordi
 - a. det verken foreligger unndragelsesfare eller den berørte tredjelandsborgeren unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av retur eller uttransportering (se artikkel 15 nr. 1), eller

- b. fordi det av rettslige eller andre grunner ikke lenger er rimelig å regne med uttransport, eller vilkårene for internering for øvrig ikke er til stede (se artikkel 15. nr. 4).
2. Det registreres hvilket faktum og hvilke vurderinger som ligger til grunn for denne konklusjonen.
3. Om mulig varsles utlendingen om at returdirektivets prosedyrer for gjennomføring av retur anses anvendt, og at fortsatt ulovlig opphold eller nye brudd på innreiseforbudet, vil kunne medføre forfølgning i straffesakssporet med mulighet for fengselsstraff.

Med hilsen

Siri Johnsen
avdelingsdirektør

Kenneth Baklund
spesialrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur