

Justis- og beredskapsdepartementet
Innsendt via epost til oyvind.royneberg@jd.dep.no

Dato:
8. desember 2017

Vår referanse:
2017/122

Deres referanse:
17/5087

Høring – forslag til endringer i utlendingslovens regler om innbringelse og pågrepelse i forbindelse med inn- og utreisekontroll mv.

1. Innledning

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 6. september 2017 med forslag til endringer i utlendingslovens regler om innbringelse og pågrepelse i forbindelse med inn- og utreisekontroll mv.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («NIM») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 1 annet ledd. NIM skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. loven § 3 første ledd bokstav b. I dette ligger det særlig at NIM skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene, jf. Innst. 2016 L (2014-2015) s. 3.

Vår rolle vil primært være å foreta en vurdering av hvordan de foreslåtte endringene forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er ikke vår oppgave å uttale oss om hensiktsmessigheten av forslaget.

Innledningsvis vil vi påpeke at vi støtter departementets forslag om å etablere et tydeligere og mer oversiktlig hjemmelsgrunnlag for innbringelse i forbindelse med alminnelig utlendingskontroll og inn- og utreisekontroll i utlendingsloven § 22.

Det er videre vår vurdering at forslaget om et nytt pågripelsesgrunnlag i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav i) i utgangspunktet ikke byr på menneskerettslige utfordringer når det gjelder pågrepelse av voksne. Etter § 106 andre ledd skal meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted anvendes i stedet dersom dette er tilstrekkelige virkemidler, og pågrepelse kan bare skje dersom det er forholdsmessig, jf. § 99. Dermed synes bestemmelsen å være i tråd med nødvendighets- og forholdsmessighetskravet i Grunnloven § 94.

Våre kommentarer vil i det følgende knytte seg til pågrepelse av *barn og barnefamilier*.

2. Pågrepelse av barn og barnefamilier

I høringsnotatet synes departementet å oppstille en presumsjon for at det vil være forholdsmessig å pågripe barn og barnefamilier. På side 17 uttaler departementet at det skal «helt spesielle omstendigheter» til for at det vil være uforholdsmessig å holde tilbake en utlending i grensekontrollen inntil returreise er gjennomført. Departementet skriver videre at «[i] praksis er det trolig i situasjoner hvor det eventuelt er behov for å holde en barnefamilie over natten at det *i spesielle tilfeller* kan oppstå spørsmål om det er forholdsmessig å holde familien på et utlendingsinternat.» (vår utheving).

Til dette har NIM to bemerkninger:

- (i) *Det må foretas en individuell vurdering av hensynet til barnets beste*

Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen ved pågrepelse av barn eller barnefamilier må være hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.¹ Bestemmelsene krever at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Barnekomiteen har i en generell kommentar også understreket at hensynet til barnets beste alltid må vurderes ved utforming regler som affiserer barn.² Høyesterett har uttalt at barnekomiteens generelle kommentarer utgjør et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104.³ Høyesterett har videre uttalt følgende:⁴

«Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Det fremheves samme sted at bestemmelsen dessuten virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests». Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn. I avsnitt 36-40 utdypes Barnekomiteen selve normen. Det fremgår at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, jf. her også plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Men komiteen understreker at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnet ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.» (uthevet her)

Dette er med andre ord gjeldende rett i Norge i dag, med Grunnlovs rang.

Etter vårt syn bør det komme klarere frem i forarbeidene at det skal gjøres en vurdering av hensynet til barnets beste. I tillegg mener vi at en slik generell tilnærming som departementet gir uttrykk for er lite forenlig med Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Som vi også ga

¹ Dersom forslagene i Prop. 126 L blir vedtatt, vil barnets beste-vurderingen også være forankret direkte i ny § 106 c andre ledd.

² General comment no. 14 (2013)

³ Rt. 2015 s. 93.

⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65

uttrykk for i vår høringsuttalelse til høringsnotatet som lå til grunn for Prop. 126 L om endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.), må det foretas en konkret identifisering og vurdering av hva som er det enkelte barns beste. På denne bakgrunn bør det vises forsiktighet med uttalelser i forarbeidene som kan oppfattes som en presumsjon for et gitt utfall.

For en nærmere gjennomgang av rettskildegrunnlaget viser vi til punkt 4 i den nevnte høringsuttalelsen vår, som kan leses [her](#).

(ii) *Departementet gir generelt uttrykk for en for lav terskel for pågrepelse av barn og barnefamilier*

Videre mener NIM at terskelen for pågrepelse av barn og barnefamilier som departementet skisserer generelt sett er for lav.

Det rettslige utgangspunktet for pågrepelse av barn er at pågrepelse må være «særlig påkrevd».⁵ Høyesterett har lagt til grunn at dette vilkåret er i tråd med barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, der det heter at frihetsberøvelse bare skal benyttes «som en siste utvei» og «for kortest mulig tidsrom».⁶ I praksis fra EMD er det lagt til grunn at mangelfull vurdering av alternativer til frihetsberøvelse vil være vilkårlig, og kunne utgjøre et brudd på EMK artikkel 5.⁷ I tillegg kommer den nevnte individuelle vurderingen av barnets beste.

Slik vi leser høringsnotatet, er en del av departementets begrunnelse for at det som utgangspunkt vil være forholdsmessig å pågripe barnefamilier, at hjemmelen ikke vil gjelde for asylsøkere.⁸ NIM er enig i at de barnefamilierne det her vil være snakk om som regel vil være i en mindre sårbar situasjon enn barnefamilier som søker om beskyttelse. Det er imidlertid viktig å understreke at også barn generelt er en sårbar gruppe, og at asylsøkerstatus bare er et forhold som medfører *ytterligere* sårbarhet. Det er nettopp dette som er bakgrunnen for at det gjelder særskilt strenge vilkår for frihetsberøvelse av barn generelt, som alltid må vurderes og være operative som vilkår.⁹

Vi viser her for øvrig til New York-erklæringen for flyktninger og migranter, vedtatt av FNs generalforsamling i september 2016, som departementet også har nevnt i Prop. 126 L (2016–2017). Det følgende er plassert i kapittel II, som omhandler både flyktninger og migranter:

«33. Reaffirming that all individuals who have crossed or are seeking to cross international borders are entitled to due process in the assessment of their legal status, entry and stay, we will consider reviewing policies that criminalize crossborder movements. We will also pursue alternatives to detention while these assessments are under way. Furthermore, recognizing that detention for the purposes of determining migration status is seldom, if ever, in the best interests of the child, we will use it only as a measure of last resort, in the least restrictive setting, for the shortest possible period of time, under conditions that respect their human rights and in a manner that takes into account, as

⁵ Etter det nåværende regelverket fremgår dette av § 106 tredje ledd jf. straffeprosessloven § 174. Dersom forslagene i Prop. 126 L blir vedtatt, vil dette fremgå direkte av ny § 106 c første ledd.

⁶ Rt. 2004 s. 1655.

⁷ *Popov mot Frankrike* (39472/07 og 39474/07) avsnitt 119. Se også *AB og andre mot Frankrike* (11593/12), *RM og MM mot Frankrike* (24587/12), *RK mot Frankrike* (68264/14).

⁸ At hjemmelen ikke vil gjelde for asylsøkere er presisert både på s. 17 og s. 8.

⁹ Se Borgarting lagmannsretts dom av 31. mai 2017 (LB-2016-8370)

a primary consideration, the best interest of the child, and we will work towards the ending of this practice. »

Videre mener NIM det er av betydning for forholdsmessighetsvurderingen at den foreslåtte bestemmelsen ikke krever at det må foreligge unndragelsesfare. Som departementet er inne på i Prop. 126 L (2016–2017) på side 52, er unndragelsesfare et av momentene EMD har lagt særlig vekt på i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 i saker om internering av barnefamilier. Dersom myndighetene ikke har foretatt en vurdering av om det forelå unndragelsesfare, har dette vært et av argumentene for å konstatere krenkelse.

Ettersom avgjørelsene det er vist til i proposisjonen gjaldt internering i syv dager eller mer, har de ikke direkte overføringsverdi til departementets forslag, som gjelder pågripelser i inntil 24 timer. Vi leser allikevel avgjørelsene fra EMD slik at manglende unndragelsesfare er et moment i forholdsmessighetsvurderingen ved frihetsberøvelser av barnefamilier generelt.¹⁰ Spørsmålet vil heller være hvor stor vekt dette får når det er snakk om pågripelser i inntil ett døgn. NIM er ikke kjent med praksis fra EMD som gjelder pågripelser av barnefamilier for slike korte perioder som det her er snakk om, slik at dette fremstår som usikkert.

NIM anbefaler at den høye terskelen for frihetsberøving av barn og barnefamilier komme tydeligere frem i forarbeidene.

Anbefaling: Det bør presiseres i forarbeidene at pågripelse av barn og barnefamilier må være særlig påkrevd, og at det i den forbindelse må gjøres en individuell vurdering av hensynet til barnets beste.

Vennlig hilsen

for Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Petter Wille

Direktør

Adele Matheson Mestad

Assisterende direktør

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur

¹⁰ Både i *R.K og andre mot Frankrike* (68264/14), avsnitt 114, og *A.B og andre mot Frankrike* (11593/12), avsnitt 153, er vurderingsmomentene formulert på en generell måte. Vurderingsmomentene ble utledet av *Popov mot Frankrike* (39472/07 og 39474/07).