



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Høringsinstanser jf. vedlagte liste

Deres ref.

Vår ref.
16/7930

Dato
19. desember 2016

Høring om forslag til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler

Innhold

1.	Bakgrunn	4
2.	Sammendrag	5
2.1	Terminologi og forholdet mellom utlendingssak og straffeprosess mv.	5
2.2	Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold	6
2.3	Endring i reglene om tvangsmessig tilbakehold av barn	7
2.4	Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted.....	9
2.5	Undersøkelse	9
2.6	Beslag.....	10
2.7	Generelle problemstillinger	10
3.	Generelle utgangspunkter og kort om gjeldende rett og internasjonale forpliktelser	11
3.1	Reglenes systematiske plassering	11
3.2	Kort om utlendingslovens regler om tvangsmidler	11
3.3	Grunnloven.....	12
3.4	Internasjonale forpliktelser	16
4.	Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold	17
4.1	Gjeldende rett.....	17
4.2	Valg av terminologi.....	18
4.3	Noen problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven	19
4.3.1	Adgangen til å velge om det skal startes straffesak mv.	19

4.3.2	Valg av fengslingsgrunnlag	20
4.3.3	Forholdsmessighetsvurderingen ved skifte av fengslingsgrunnlag	21
4.3.4	Forholdet mellom fremstillingsfristen i utlendingsloven og straffeprosessloven	22
4.3.5	Adgangen til å begjære løslatelse før fremstilling	23
4.3.6	Fristen på 12 uker i tilfeller hvor utlendingen har vært varetektsfengslet etter straffeprosessloven	23
4.4	Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 174 til 191 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.	24
4.4.1	Innledning	24
4.4.2	Straffeprosessloven § 174 – Særskilt krav ved pågrepelse av mindreårig..	25
4.4.3	Straffeprosessloven § 175 – Pågripelsesbeslutning, beslutningskompetanse og iverksettelse av pågrepelse	26
4.4.4	Straffeprosessloven § 176 – Pågrepelse uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten.....	26
4.4.5	Straffeprosessloven § 177 – Underretning om grunnlag for pågrepelse	27
4.4.6	Straffeprosessloven § 178 – Gjennomføring av pågrepelse	27
4.4.7	Straffeprosessloven § 179 – Etterfølgende kontroll ved pågrepelse uten beslutning fra retten eller påtalemyndigheten	28
4.4.8	Straffeprosessloven § 180 – Forklaringsrett.....	28
4.4.9	Straffeprosessloven § 181 – Meldeplikt og bestemt oppholdssted	29
4.4.10	Straffeprosessloven § 182 – Underretning til nærstående	30
4.4.11	Straffeprosessloven § 183 – Løslatelse eller fremstilling for fengsling.....	31
4.4.12	Straffeprosessloven § 184 – Fengsling	32
4.4.13	Straffeprosessloven § 184 a – Rettens veilednings- og orienteringsplikt...	33
4.4.14	Straffeprosessloven § 185 – Fengslingstid og forlengelse av fengsling	33
4.4.15	Straffeprosessloven § 186 – Restriksjoner under pågrepelse og fengsling	36
4.4.16	Straffeprosessloven § 186 a – Isolasjon	38
4.4.17	Straffeprosessloven § 187 – Fortsatt fengsling etter dom	39
4.4.18	Straffeprosessloven § 187 a – Løslatelse fra fengsling	39
4.4.19	Straffeprosessloven § 188 – Fengslingsurrogater	40
4.4.20	Straffeprosessloven § 189 – Krav til sikkerhetsstillelse mv.	41
4.4.21	Straffeprosessloven § 190 – Opphør av sikkerhetsstillelse	41
4.4.22	Straffeprosessloven § 191- Opphevet	41
4.4.23	Straffeprosessloven kapittel 26 - Anke over kjennelse	41
5.	Særskilt om pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av mindreårige	42
5.1	Innledning.....	42
5.2	Gjeldende rett.....	42
5.3	Internasjonale forpliktelser og uttalelser fra internasjonale organer vedrørende saker som gjelder barn	45
5.4	Rettstilstanden i andre nordiske land	51
5.5	Prosedyrer ved retur av barnefamilier i Storbritannia	54
5.6	Departementets vurdering.....	57
5.6.1	Innledning	57

5.6.2	Vilkår for pågripelse og tvangsmessig tilbakehold av barn på grunn av unndragelsesfare	58
5.6.3	Vilkår for tvangsmessig tilbakehold på grunn av uklar ID mv.....	61
5.6.4	Innhold i kjennelser om tvangsmessig tilbakehold og spørsmål om separate kjennelser	61
5.6.5	Fremstilling og annen høring av barn.....	63
5.6.6	Vurdering av å pågripe bare én forelder	64
5.6.7	Barneverntjenestens rolle	64
5.6.8	Særskilt om tidsbegrensning ved tvangsmessig tilbakehold av barn.....	67
5.6.9	Særskilt om enslige mindreårige.....	69
5.6.10	Beviskrav ved vurderingen av alder	69
6.	Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted	71
6.1	Gjeldende rett.....	71
6.2	Gjennomgang av aktuelle bestemmelser i straffeprosessloven og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.....	72
6.2.1	Straffeprosessloven § 175 første ledd annet punktum.....	72
6.2.2	Straffeprosessloven § 184	72
6.2.3	Straffeprosessloven § 187 a	72
7.	Undersøkelser	73
7.1	Gjeldende rett.....	73
7.2	Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 198 til 202 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.	74
7.2.1	Straffeprosessloven § 198 – Ransaking uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten.....	74
7.2.2	Straffeprosessloven § 199 – Iverksettelse av ransaking	75
7.2.3	Straffeprosessloven § 199 a – Ransaking av datasystem	75
7.2.4	Straffeprosessloven § 200 – Opplysningsplikt og tilstedeværelse under ransaking.....	76
7.2.5	Straffeprosessloven § 200 a – Hemmelig ransaking	77
7.2.6	Straffeprosessloven § 201 – Gjennomføring av ransaking	77
7.2.7	Straffeprosessloven § 202 – Undersøkelser i etterforskningsøyemed.....	77
8.	Beslag	78
8.1	Gjeldende rett.....	78
8.2	Gjennomgang av straffeprosessloven kapittel 16 (med unntak av §§ 208 a og 210-212) og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.	79
8.2.1	Straffeprosessloven § 203 – Hva som er gjenstand for beslag.....	79
8.2.2	Straffeprosessloven § 204 – Forbud mot beslag.....	80
8.2.3	Straffeprosessloven § 205 – Beslutning om beslag mv.....	80
8.2.4	Straffeprosessloven § 206 – Beslag uten beslutning av påtalemyndigheten	81
8.2.5	Straffeprosessloven § 207 – Gjennomføring av beslag	81
8.2.6	Straffeprosessloven § 208 – Domstolskontroll av beslag	82
8.2.7	Straffeprosessloven § 209 – Sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag..	82

8.2.8	Straffeprosessloven § 213 – Varighet av beslag	82
8.2.9	Straffeprosessloven § 214 – Utlevering av beslaglagte ting	83
8.2.10	Straffeprosessloven § 214 a – Inndragning av en beslaglagt ting	83
8.2.11	Straffeprosessloven § 214 b – Inndragning av en beslaglagt ting uten kjent eier, lovbrøyer eller besitter	84
8.2.12	Straffeprosessloven § 215 – Hjemmel for forskriftsregulering	84
8.2.13	Straffeprosessloven § 215 a – Sikring av elektronisk lagrede data	84
8.2.14	Straffeprosessloven § 216 – Forholdsregler ved sikring av bevis	85
9.	På hvilket stadium av en utlendingssak det kan benyttes tvangsmidler	86
9.1	Innledning	86
9.2	Departementets vurdering	86
10.	Progresjonskravet ved bruk av tvangsmidler	87
10.1	Innledning	87
10.2	Departementets vurdering	88
11.	Andre alternativer til tvangsmessig tilbakehold	89
12.	Forholdet til forvaltningsloven	92
12.1	Bakgrunn	92
12.2	Departementets vurdering	92
13.	Administrative og økonomiske konsekvenser	93
14.	Merknader til de enkelte bestemmelser	93
15.	Forslag til endringer i utlendingsloven	99

1. BAKGRUNN

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) kapittel 12 inneholder regler om fengsling og andre tvangsmidler. Flere av bestemmelsene i dette kapitlet viser til at en rekke regler i straffeprosessloven gjelder «så langt de passer». Dette medfører på enkelte punkter unødige tvilsspørsmål om forholdet mellom konkrete regler i straffeprosessloven og deres anvendelse i utlendingsaker.

Justis- og beredskapsdepartementet ønsker på denne bakgrunn å foreta en revisjon av regelverket i utlendingsloven kapittel 12. Formålet er først og fremst å avklare og tydeliggjøre hvilke regler som skal gjelde for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven. Dette søkes oppnådd primært ved å innarbeide sentrale regler fra straffeprosessloven i utlendingsloven og ved å synliggjøre gjennom klare referanser hvilke regler i straffeprosessloven som skal gjelde, mens unødvendige referanser strykes.

Som grunnlag for departementets arbeid med høringsnotatet, har departementet innhentet og benyttet rapporten «Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler» (Tvangsmiddelrapporten), som ble utarbeidet i 2012 av professor Erling Johannes Husabø og daværende postdoktor Anni-

ka Elisabet Suominen ved Universitetet i Bergen. Rapporten er publisert på departementets nettsider¹. Departementet har i liten grad referert eksplisitt til rapporten på de punkter hvor vi har innarbeidet tekst fra rapporten eller fremmer forslag som samsvarer med rapportens anbefalinger. Departementet slutter seg imidlertid til de fleste anbefalingene og lovforslagene i rapporten, men med en del justeringer og tillegg.

Høringsnotatet omfatter også flere spørsmål som ikke er berørt i Tvangsmiddelrapporten, eller som er drøftet i rapporten uten konkrete lovforslag. Dette gjelder blant annet flere spørsmål knyttet til pågripelse og tvangsmessig tilbakehold av barnefamilier i utlendingssaker.

Departementet bemerker også at det ved utformingen av høringsnotatet blant annet er foretatt en gjennomgang og vurdering av forslagene fra Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) i rapporten Frihet først (2015).

2. SAMMENDRAG

2.1 Terminologi og forholdet mellom utlendingssak og straffeprosess mv.

I avsnitt 4.2 foreslår departementet å gå bort fra begrepet «fengsling» i utlendingsrettslig sammenheng, og i stedet innarbeide begrepet «tvangsmessig tilbakehold» i utlendingsloven. Dette innebærer ingen realitetsendring, men gjøres for tydeligere å skille mellom utlendingsrettslig og strafferettslig frihetsberøvelse. Departementet vil hovedsakelig benytte begrepet «tvangsmessig tilbakehold» i dette høringsbrevet, men i noen sammenhenger vil det passe bedre å bruke «fengsling», herunder i beskrivelsene av gjeldende rett og når frihetsberøvelse etter utlendingsloven og straffeprosessloven drøftes i sammenheng.

I avsnitt 4.3 drøftes enkelte problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven. Departementet peker blant annet på at det må legges vekt på hva som er hovedformålet med fengslingen dersom det både kan kreves fengsling i et strafferettslig spor og tvangsmessig tilbakehold i et utlendingsrettslig spor.

I tilfeller hvor utlendingen har sittet varetektsfengslet i straffesakssporet, men hvor politiet begjærer fengsling på utlendingsrettslig grunnlag, drøfter departementet hvilken betydning varetektsperioden skal ha for forholdsmessighetsvurderingen. Det legges til grunn at det må foretas en konkret vurdering, hvor det blant annet må legges vekt på hvilken forbindelse det er mellom grunnlaget for varetektsfengslingen etter straffeprosessloven og grunnlaget for tvangsmessig tilbakehold etter utlendingsloven.

Departementet drøfter også varigheten av fremstillingsfristen når det finner sted pågripelse både i utlendingssporet og i straffesakssporet. Videre konstaterer departementet

¹ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/forholdet-mellom-straffeprosesslovens-og/id684064/>

at utlendingen ikke selv kan kreve domstolskontroll med pågripelsen før fremstillingsfristen er utløpt. Det slås også fast at de tidsfristene som gjelder for tvangsmessig tilbakehold i utlendingssaker, ikke påvirkes av tiden som utlendingen har vært fengslet i straffesakssporet (selv om slik tidligere fengsling kan ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven). Medgått tid som pågrepet i straffesakssporet skal likevel medregnes ved beregningen av fremstillingsfristen når en utlending pågripes i en utlendingssak.

2.2 Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold

Departementet foreslår å dele opp reglene om frihetsberøvelse slik at § 106 inneholder vilkårene for pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold, §§ 106 a og 106 b inneholder prosessuelle regler og gjeldende § 106 a (om momenter som skal vektlegges når det vurderes om det foreligger unndragelsesfare) blir ny § 106 c. De prosessuelle reglene i §§ 106 a og 106 b vil dels bestå av regler som i dag finnes i § 106 tredje til sjette ledd, dels regler som «hentes» fra straffeprosessloven og dels helt nye regler.

Departementet har vurdert hvilke bestemmelser i straffeprosessloven som bør innarbeides i utlendingsloven. Departementet mener at dette i særlig grad gjelder bestemmelsene om hvilke inngrep som kan gjøres, og i mindre grad regler om politiets og domstolenes praktiske sakshåndtering. Henvisninger til straffeprosessloven foreslås opprettholdt når dette anses mest hensiktsmessig. En rekke henvisninger utgår fordi de aktuelle reglene i straffeprosessloven ikke er relevante i utlendingssaker.

Departementet har gått inn for at følgende, som i dag i all hovedsak følger av straffeprosessloven, bør presiseres direkte i utlendingsloven:

- En beslutning om pågrepelse skal være skriftlig og inneholde betegnelse av utlendingen og en kort beskrivelse av grunnen til pågripelsen. Den som blir pågrepet skal gis opplysning om grunnen til pågripelsen, og få mulighet til å forklare seg.
- Pågrepelse skal foretas så skånsomt som forholdene tillater. Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unngå, skal tas fra ham. I dette øyemed kan hans person undersøkes.
- Det foreslås en særskilt bestemmelse om at pårørende skal varsles ved pågrepelse, med mindre den pågrepne ikke ønsker det. Varsling kan videre unnlates dersom de aktuelle personene befinner seg i utlandet eller særlige grunner tilsier det.
- Det skal nedtegnes en begrunnelse i rettsboken dersom fremstilling ikke har skjedd den andre dagen etter pågripelsen.
- Politiet skal møte i retten i sak om tvangsmessig tilbakehold.

- Tingrettens avgjørelse skal treffes ved kjennelse, og kjennelsen skal angi lov- hjemmelen og gjøre rede for grunnen til tvangsmessig tilbakehold («fengsling» etter straffeprosessloven). Det skal videre fremgå at tvangsmessig tilbakehold ikke er et uforholdsmessig inngrep.
- Tidsfristene når det gjelder varigheten av tvangsmessig tilbakehold.
- Utlendingen har rett til å kommunisere skriftlig og/eller muntlig med sin oppnevnte prosessfullmektig.
- Den som er tvangsmessig tilbakeholdt skal løslates så snart retten eller politiet finner at grunnen for tvangsmessig tilbakehold er falt bort, eller når fristen for tvangsmessig tilbakehold er utløpt.
- Straffeprosesslovens regler om anke over kjennelser gjelder.

2.3 Endring i reglene om tvangsmessig tilbakehold av barn

Sentrale problemstillinger som gjelder pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av mindreårige er behandlet i kapittel 5 i høringsbrevet. Departementet mener det er ønskelig å tydeliggjøre reglene og regulere mindreåriges rettsstilling i større detalj enn i dag. Det foreslås å regulere de særskilte vilkårene for pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av barn i utlendingsloven.

En vesentlig forskjell mellom pågrepelse og fengsling i utlendingsrettslige og straffeprosessuelle tilfeller, er at barn i utlendingssaker normalt pågripes og fengsles sammen med foreldrene. Departementet foreslår derfor bestemmelser som er særskilt tilpasset denne situasjonen.

I dag følger det av straffeprosessloven at pågrepelse av mindreårige bare kan skje dersom det er «særlig påkrevd», og tvangsmessig tilbakehold kan bare skje dersom det er «tvingende nødvendig». Det foreslås at det bør fremgå direkte av *utlendingsloven* at pågrepelse bare kan skje i tilfeller hvor det er «særlig påkrevd». På samme måte foreslås det å tydeliggjøre direkte i utlendingsloven at tvangsmessig tilbakehold bare kan skje dersom det er «tvingende nødvendig». Når formålet er ID-avklaring eller når tvangsmessig tilbakehold skjer på grunn av høy unndragelsesfare, foreslås det særskilte vilkår knyttet opp mot formålet med tiltaket. Tvangsmessig tilbakehold for ID-avklaring skal således bare kunne skje «i ekstraordinære situasjoner» (vil særlig kunne gjelde situasjoner med ekstraordinært høye ankomster), og hvor tvangsmessig tilbakehold i tillegg «er helt nødvendig for å sikre ID-avklaring». Tvangsmessig tilbakehold ved unndragelsesfare skal bare kunne skje dersom dette er «helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen».

Departementet drøfter i punkt 5.6.4 spørsmålet om hvordan det bør foretas en egen vurdering av barns situasjon i rettens kjennelser om tvangsmessig tilbakehold. Vurde-

ringene knyttet til barn kan som hovedregel innarbeides i samme avgjørelser som de som omhandler foreldrene. Barna bør imidlertid angis som parter, og det foreslås å lovfeste at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, og at det skal fremgå av kjennelsen hvordan hensynet til barnet er vurdert, herunder i tilknytning til vurderingen av om mindre inngripende tvangsmidler ville være tilstrekkelige.

Det foreslås videre en egen bestemmelse om høring av barn i forbindelse med tvangsmessig tilbakehold. Bestemmelsen utformes i samsvar med bl.a. Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 12 og utlendingsforskriften § 17-3.

Det er i dag ikke en tydelig, særskilt regulering av barnevernets rolle i saker om pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av mindreårige. Straffeprosessloven fastsetter at barnevernet skal varsles ved hver fengsling, og skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Videre skal barnevernet etter straffeprosessloven uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 (særlige tiltak) og om arbeidet som pågår med å iverksette tiltak. Departementet foreslår nå en særskilt bestemmelse i utlendingsloven om at politiet skal varsle barneverntjenesten om *sannsynlig tvangsmessig tilbakehold* så snart som mulig. Barneverntjenesten skal videre avgi en skriftlig uttalelse i saken med mindre retten eller barnevernet finner det åpenbart unødvendig, og skal delta i møte om tvangsmessig tilbakehold dersom retten eller barneverntjenesten finner deltagelse nødvendig. Regelen om at barneverntjenesten skal møte dersom retten finner det nødvendig, vil i praksis håndheves ved at man avbryter møtet om tvangsmessig tilbakehold og berammer et nytt, da med deltagelse fra barneverntjenesten. Det presiseres at siden det allerede i utgangspunktet er få saker om tvangsmessig tilbakehold som involverer barn, vil det i praksis bli et svært begrenset antall saker med behov for å avbryte møtet og beramme et nytt med deltagelse fra barnevernet.

Det gjelder i dag ingen særskilte regler om varigheten av tvangsmessig tilbakehold i saker med barn (ut over de alminnelige tidsgrenser som gjelder for alle saker om tvangsmessig tilbakehold). Departementet foreslår å fastsette følgende:

1. Første gangs tvangsmessig tilbakehold skal bare kunne gjelde for tre døgn (72 timer).
2. Dersom det er behov for tvangsmessig tilbakehold ut over tre døgn, kan en ny periode maksimalt gis varighet inntil tre nye døgn (72 timer). Før tingretten avgjør spørsmålet om tvangsmessig tilbakehold ut over den første perioden på tre døgn, vil det på denne måten kunne sikres at barneverntjenesten har møtt familien og barnet, og har kunnet foreta en individuell vurdering som kan inngå i grunnlagsmaterialet for rettens vurdering.
3. Det fastsettes at det i utgangspunktet ikke skal kunne avsies noen ny kjennelse om tvangsmessig tilbakehold overfor et barn som har sittet tvangsmessig tilba-

keholdt i 3 + 3 døgn (pluss eventuelt ett døgn i forbindelse med den innledende pågripelsen), med mindre behovet for tvangsmessig tilbakehold skyldes at familien selv aktivt har motarbeidet utsendelse etter innsettingen på utlendingsinter- nat eller «annen særlig grunn». Eksempler på annen «særlig grunn» vil f.eks. kunne være at det er avdekket konkrete planer om unndragelse, at familien tidligere har unndratt seg utsendelse ved å holde seg skjult for politiet, at familien har forsøkt å reise videre til et tredjeland innenfor Schengen, men har blitt re- turnert til Norge i henhold til Dublin-regelverket, at familien har sittet i kirkeasyl osv. Dersom det finnes grunnlag for å forlenge tvangsmessig tilbakehold også etter at familien har vært tvangsmessig tilbakeholdt 3+3 dager, skal dette mak- simalt kunne besluttes for én uke av gangen.

Departementet bemerker at de konkrete vurderingene knyttet til varighet av tvangs- messig tilbakehold, vil kunne påvirkes av hvor dette tiltaket skjer. Mens det i dag er en tilrettelagt familieavdeling på Trandum, tar departementet nå sikte på å etablere en egen familieenhet utenfor Trandum.

Rettspraksis viser at det er en viss usikkerhet med hensyn til beviskravet for at en ut- lending som anfører å være mindreårig, likevel skal kunne fastslås å være 18 år eller eldre i forbindelse med bruk av tvangsmidler. I høringsnotatet forutsettes det at det i saker om pågripelse og tvangsmessig tilbakehold må være tilstrekkelig at det konstate- res som mest sannsynlig (mer enn 50 prosent sannsynlig) at utlendingen ikke er mind- reårig.

2.4 Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted

Utlendingsloven § 105 gir hjemmel for pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted. Departementet foreslår i kapittel 6 i høringsnotatet å innarbeide flere av de relevante prosessuelle reglene fra straffeprosessloven direkte i utlendingsloven. Dette gjelder blant annet:

- At beslutninger om meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted skal være skriftli- ge og angi grunnen til pålegget.
- At rettens avgjørelse skal skje ved kjennelse, og så vidt mulig avgis innen retts- møtets avslutning.
- At pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted skal opphøre når grunnlaget for pålegget ikke lenger er til stede.

2.5 Undersøkelse

Utlendingsloven § 103 gir hjemmel for undersøkelse. Bestemmelsen henviser til straf- feprosessloven §§ 198 til 202. De fleste av henvisningene kan enten videreføres eller strykes. På to punkter foreslår imidlertid departementet at bestemmelser fra straffepro- sessloven bør innarbeides direkte i utlendingsloven § 103. *For det første* gjelder dette adgangen for polititjenestemann til selv å beslutte undersøkelser av hus eller rom som

etter sin art er tilgjengelig for alle, eller som er stedet for en virksomhet som krever tillatelse av politiet. *For det andre* gjelder det at polititjenestemann som skal pågripe en utlending eller som ut fra situasjonen selv har kompetanse til å beslutte pågripelse, i dette øyemed selv kan beslutte og gjennomføre undersøkelse av utlendingens bolig eller rom, eller på sted hvor det kan være særlig grunn til å anta at utlendingen oppholder seg.

2.6 Beslag

Utlendingsloven § 104 gir hjemmel for beslag. Bestemmelsen henviser til straffeprosessloven kapittel 16, med unntak for §§ 208 a og 210-212. De fleste av henvisningene kan enten videreføres eller strykes. På ett punkt foreslår imidlertid departementet at en bestemmelse fra straffeprosessloven bør innarbeides direkte i utlendingsloven § 103 med noen tilpasninger. Dette gjelder den foreslåtte bestemmelsen i utlendingsloven § 104 sjuende ledd om at beslaget faller bort når vilkårene for beslaget ikke lenger er til stede, når det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken eller når utlendingen forlater riket dersom vedtaket innebærer en plikt til dette.

2.7 Generelle problemstillinger

I henholdsvis kapittel 9 og 10 foreslås en mer detaljert regulering av hvilken status i utlendingssaken som er en forutsetning for bruk av de ulike tvangsmidlene, og lovfesting av kravet om progresjon i utlendingssaken som vilkår for enkelte tvangsmidler.

Det følger av gjeldende § 99 annet ledd at tvangsmidler i utgangspunktet kan anvendes både når det er fattet vedtak som innebærer plikt til å forlate riket og under behandlingen av et slikt vedtak. Departementet foreslår å presisere i § 99 annet ledd at regelen gjelder «med mindre annet følger av de enkelte bestemmelsene», og å tydeliggjøre i de enkelte bestemmelsene hvilket krav til utlendingsrettslig status som gjelder. Dette innebærer endringer i § 104 annet ledd om beslag, § 105 om meldeplikt og bestemt oppholdssted og § 106 om vilkår for pågripelse og fengsling.

I henhold til Den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) praksis etter den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 5 nr. 1 bokstav f er det et krav at en utsendelsesprosess må være i fremdrift («in progress») for å kunne danne grunnlag for fengsling. Dette er også gjeldende norsk rett, men departementet foreslår å tydeliggjøre i § 106 annet ledd at pågripelse og fengsling etter første ledd bokstav b (unndragelsesfare) og d (vedtak om utvisning pga. straff) bare kan skje når «det treffes tiltak og pågår en prosess med sikte på utsendelse». Også når det gjelder pågripelse og fengsling i medhold av § 106 første ledd bokstav a (manglende samarbeid om klarlegging av identitet), er det lagt til grunn av Høyesterett at det må kunne vises til en viss progresjon, jf. Rt. 2009 s. 727. Departementet foreslår at dette progresjonskravet også bør synliggjøres i loven.

Et spørsmål som har blitt reist i rettspraksis, blant annet i en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett i 2015 om gyldigheten av et pålegg etter utlendingsloven § 105 mot Naj-

muddin Faraj Ahmad (mullah Krekar), er om forvaltningslovens regler gjelder ved bruk av tvangsmidler etter kapittel 12 i utlendingsloven. Departementet foreslår å tydeliggjøre at forvaltningslovens regler, herunder for eksempel krav til forhåndsvarsling, ikke skal gjelde i disse tilfellene.

I kapittel 11 drøftes ulike alternativer til frihetsberøvelse, herunder realitetsorientering av asylsøkere for å oppfordre til assistert retur, kausjon, garantistillelse og elektronisk kontroll. Det redegjøres for at flere ulike typer tiltak allerede er innarbeidet praksis. Departementet har gitt i oppdrag til Politidirektoratet å utrede muligheten for å gjøre bruk av metoder for elektronisk kontroll, men anser ikke at det er aktuelt med kausjonsordninger eller garantistillelse.

3. GENERELLE UTGANGSPUNKTER OG KORT OM GJELDENE RETT OG INTERNASJONALE FORPLIKTELSER

3.1 Reglernes systematiske plassering

Utlendingsloven er i utgangspunktet et forvaltningsrettslig regelverk. Dette kommer tydelig til uttrykk i lovens § 80, som fastslår at forvaltningsloven gjelder når ikke annet følger av utlendingsloven.

Reglene om fengsling og andre tvangsmidler i §§ 103 flg. har dels en egen regulering av prosedyrene for å vedta og sette i verk tvangsmiddelbruk, dels en henvisning til regler i straffeprosessloven, som gjelder «så langt de passer». Det er da naturlig å tolke loven slik at både reglene i utlendingsloven og de som denne viser til, går foran tilsvarende regler som måtte følge av forvaltningsloven. Likevel hører tvangsmidlene i utlendingsloven systematisk sett hjemme i forvaltningsretten, og har av den grunn blitt omtalt som «forvaltningsprosessuelle tvangsmidler» (jf. NOU 2004:20 s. 339).

Utlendingslovens karakter av spesiell forvaltningsrett tilsier at straffeprosesslovens regler bare gjelder i den utstrekning loven uttrykkelig fastsetter dette. Dette ble understreket i Rt. 1994 s. 423, som gjaldt retten til forsvarer/prosessfullmektig:

«At en sak om fengsling etter utlendingsloven § 37 fjerde ledd skal behandles etter bestemmelsene i straffeprosessloven § 175 flg., medfører ikke at straffeprosesslovens regler for øvrig kommer til anvendelse.»

Det er naturlig å betrakte domstolenes prøving av fengsling og andre tvangsmidler som en sivil sak, med enkelte prosessuelle særregler hentet fra straffeprosessen. Det vises til at tvisteloven er den alminnelige prosessformen og at vedtak etter utlendingsloven ikke er en sak om straff eller andre rettsfølger.

3.2 Kort om utlendingslovens regler om tvangsmidler

Bestemmelsene om bruk av tvangsmidler er plassert i utlendingsloven kapittel 12 (behandling av fingeravtrykk mv., tvangsmidler og straff). Flere av bestemmelsene i kapit-

tel 12 viser til prosessuelle regler i straffeprosessloven «så langt de passer». Utlendingslovens regler utfylles således med straffeprosesslovens regler.

Et tvangsmiddel kan bare benyttes når det er tilstrekkelig grunn til det, og det må ikke være et uforholdsmessig inngrep, jf. utlendingsloven § 99.

Utlendingsloven § 103 gjelder undersøkelser av utlendingens person, bolig eller lignende. Dette tilsvarer langt på vei straffeprosessens «ransaking». Slike undersøkelser kan blant annet foretas om det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet, jf. § 103 første ledd. Ved undersøkelser gjelder straffeprosessloven §§ 198 til 202 om ransaking «så langt de passer», jf. § 103 siste ledd. Det vises for øvrig til Tvangsmiddelrapporten s. 55–59 for nærmere omtale.

Utlendingsloven § 104 gjelder beslag. Dersom det er tvil om utlendingens identitet, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, kan det tas beslag i bl.a. reisedokumenter. Ved beslag gjelder straffeprosessloven kapittel 16, med unntak av §§ 208 a og 210–212, så langt det passer, jf. § 104 siste ledd. Straffeprosessloven kapittel 16 omhandler regler for beslag og utleveringspålegg. Det vises til Tvangsmiddelrapporten s. 59–65 for nærmere omtale.

Utlendingsloven § 105 gir hjemmel for pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted. Slike pålegg kan gis bl.a. dersom en utlending ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet eller det er konkrete holdepunkter for å anta at vedkommende oppgir uriktig identitet, eller vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer en plikt til å forlate riket. Ved pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted gjelder straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187 a så langt de passer. Her fremkommer blant annet regler om skriftlighet, saksbehandling i tingretten og løslatelse. Se Tvangsmiddelrapporten s. 65–66 for nærmere omtale.

Utlendingsloven § 106 gjelder pågrepelse og fengsling. En utlending kan pågripes og eventuelt fengsles blant annet ved manglende samarbeid om å klarlegge identitet, eller dersom det foreligger konkrete holdepunkter for å anta at vedkommende vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer en plikt til å forlate riket. Fare for unndragelse skal vurderes konkret i det enkelte tilfelle, jf. § 106 a. I denne bestemmelsen er det også listet opp en rekke momenter det kan legges vekt på i vurderingen.

Ved pågrepelse og fengsling gjelder straffeprosessloven §§ 174 til 191, dvs. de fleste av straffeprosesslovens regler om pågrepelse og fengsling, «så langt de passer», jf. utlendingsloven § 106 tredje ledd. Det vises for øvrig til Tvangsmiddelrapporten s. 41–55 for nærmere omtale.

3.3 Grunnloven

Grunnlovens rettighetsvern ble utvidet i 2014. Grunnloven gir ingen regulering av retten til asyl eller innvandring til riket, og gir heller ikke utlendinger rettskrav på bestem-

te former for opphold i Norge. Enkelte grunnlovsbestemmelser vil likevel representere skranker på utlendingslovens område, herunder for bruk av tvangsmidler. I første rekke vil dette dreie seg om følgende bestemmelser: Forbud mot tortur (§ 93 annet ledd), vern mot vilkårlig frihetsberøvelse (§ 94), diskrimineringsforbudet (§ 98), retten til privat- og familieliv (§ 102 første ledd første punktum), barns særskilte rettigheter (§ 104), bevegelsesfriheten (§ 106) og legalitetsprinsippet (§ 113).

Samtlige av grunnlovsbestemmelsene fra 2014 har paralleller til internasjonale konvensjonsbestemmelser. I en dom avsagt 29. januar 2015 (Rt. 2015 s. 93), uttaler Høyesterett følgende om forholdet til internasjonale konvensjoner og konvensjonsorganers praksis i avsnitt 57:

«Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. Likhetstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Høyesterett har fulgt opp denne uttalelsen i en kjennelse avsagt 6. februar 2015 (Rt. 2015 s. 155) i avsnitt 40:

«Det er nylig slått fast at de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene som allerede er gjeldende norsk rett i medhold av menneskerettsloven § 2, skal danne utgangspunkt – naturlig nok – for grunnlovstolkningen, jf. HR-2015-00206-A (sak nr. 2014/1583) avsnitt 57 og 64.»

Departementet legger til grunn at tilsvarende vil gjelde for de øvrige av de nye grunnlovsbestemmelsene som er utformet etter mønster av bestemmelser fra blant annet den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen).

Videre legger departementet generelt til grunn at Grunnloven ikke pålegger staten ytterligere skranker enn de som allerede følger av folkerettslige krav. Departementet viser til forutsetningen som Kontroll- og konstitusjonskomiteen la til grunn i Innst. 186 S (2013–2014) s. 20 om at grunnlovfesting av de sivile og politiske rettighetene «(ikke er) ment å forandre det som allerede er gjeldende rett i Norge, men å gi én del av denne retten – de mest sentrale menneskerettighetene – grunnlovs rang». Dette fremgår også flere steder i Menneskerettighetsutvalgets rapport ved redegjørelsen for de enkelte forslagene. Det vises derfor til departementets redegjørelse for internasjonale forpliktelser under punkt 3.4 og 5.

Høyesterett har gitt uttrykk for at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene, jf. Rt. 2015 s. 93 ovenfor. Departementet er ikke kjent med noen avgjørelser fra Høyesterett eller internasjonale håndhevingsorganer som skulle tilsi at vurderingen som skal foretas etter de nye grunnlovsbestemmelsene, skiller seg nevneverdig fra vurderingen etter de parallelle konvensjonsbestemmelsene når det gjelder bruk av tvangsmidler.

Grunnloven § 93 annet ledd forbyr tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. I bestemmelsens fjerde ledd pålegges staten blant annet en handlingsplikt til å bekjempe tortur og andre former for umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Bestemmelsen må tolkes i lys av EMK artikkel 3, SP artikkel 7 og FNs torturkonvensjon. Det var ikke tilsiktet at Grunnloven § 93 skulle endre den materielle rettstilstanden, jf. Dokument 16 (2011–2012) s. 109.

Grunnloven § 94 krever lovhjemmel for frihetsberøvelse, og stiller både materielle og prosessuelle krav til bruk av fengsling. Bestemmelsen lyder slik i bokmålsversjon:

«Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.

Den pågrepne skal snarest mulig fremstilles for en domstol. Andre som er berøvet sin frihet, kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.

De som uberettiget har arrestert noen eller ulovlig holdt noen fengslet, står til ansvar for vedkommende.»

Det fremgår av Menneskerettighetsutvalgets rapport at grunnlovfestingene «ikke på noe punkt» ville «endre dagens rettstilstand» ut over å løfte rettigheten inn i Grunnloven, jf. Dokument 16 (2011–2012) side 117. Grunnloven § 94 må blant annet tolkes i lys av EMK artikkel 5, SP artikkel 9 og barnekonvensjonen artikkel 37.

Grunnloven § 98 slår fast at alle er like for loven. Ikke noe menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. I Innst. 186 S (2013–2014) side 25 skriver Kontroll- og konstitusjonskomiteen at "[Grunnloven § 98] vil ikke endre dagens rettstilstand, men befeste et vesentlig prinsipp i det norske demokratiet [...] Retten til ikke å bli diskriminert skal leses som en skranke for lovgiver og en individuell rettighet". Departementet legger til grunn at Grunnloven § 98 ikke oppstiller skranke utover de som følger av de menneskerettslige diskrimineringsbestemmelsene.

Grunnloven § 102 første ledd første punktum beskytter retten til respekt for privatlivet og familielivet. Menneskerettighetsutvalget fremhevet at forslaget til endringen av Grunnloven § 102 ikke ville endre dagens rettstilstand, jf. Dokument 16 (2011–2012) side 175. En tilsvarende forståelse er også lagt til grunn av Høyesterett, se Rt. 2015 s. 93

og Rt. 2015 s. 155 ovenfor. Grunnloven § 102 må blant annet tolkes i lys av EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.

Grunnloven § 104 verner om barns rettigheter, og stiller både materielle og prosessuelle krav til avgjørelser som berører barn. Første ledd gjelder respekt for barnets menneskeverd og dets rett til å bli hørt. Annet ledd fastsetter at ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Tredje ledd gjelder vern om barnets personlige integritet og statens plikt til å legge forholdene til rette for barnets utvikling. Grunnloven § 104 bygger særlig på flere artikler i barnekonvensjonen, men utvider ikke barns rettigheter sammenliknet med det som fulgte før vedtakelsen, jf. Innst. 186 S (2013–2014) side 30 og dom av Høyesterett (plenum) avsagt 18. desember 2015 (Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 162).

Grunnloven § 106 første ledd gir vern om bevegelsesfriheten. Ved formuleringen av bestemmelsen tok Menneskerettighetsutvalget sikte på å opprettholde den materielle rettstilstanden på området, jf. Dokument 16 (2011–2012) side 201. Grunnloven § 106 første ledd må blant annet tolkes i lys av EMK protokoll nr. 4 art. 2 og SP artikkel 12.

Videre følger det av Grunnloven § 113 at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Bestemmelsen er en kodifisering av det tidligere ulovfestede legalitetsprinsippet, og har betydning for myndighetenes adgang til å benytte tvangsmidler. Krav om hjemmel ved inngrep i rettigheter følger for øvrig av en rekke konvensjonsbestemmelser, men disse er ikke like strengt utformet som det norske legalitetsprinsippet, se Dokument 16 (2011–2012) side 248. Dette har blant annet sammenheng med at enkelte stater har hatt en sterkere tradisjon for sedvanerett.

I Dokument 12:31 (2011–2012) ble det framsatt to forslag til generell begrensningshjemmel i Grunnloven § 115. Ved behandlingen av ulike forslag til menneskerettigheter i Grunnloven våren 2014 besluttet Kontroll- og konstitusjonskomiteen å utsette behandlingen av en generell begrensningshjemmel i Grunnloven for å sikre en så grundig og opplyst behandling som mulig (Innst. 187 S (2013–2014) side 26). I Innst. 165 S (2015–2016) ble det foreslått ikke å bifalle forslaget til begrensningshjemmel, med henvisning blant annet til at unntaksregelen gir Grunnloven et utilsiktet relativistisk preg, og at det innholdsmessig ikke kan utelukkes at en generell unntaksbestemmelse kan svekke borgernes rettigheter der Grunnlovens idé er å gi dem konstitusjonelt vern (s. 6). Det fremgår imidlertid klart at Grunnlovens rettighetsbestemmelser ikke kan leses uten visse begrensninger, og at man ikke ved dette har ment at det ikke er adgang til å gi lovregler som griper inn i de grunnlovfestede rettighetene, så fremt det er saklig og forholdsmessig. Innstillingen ble bifalt ved stortingsvedtak nr. 555 31. mars 2016. Høyesterett har også forutsatt at det er adgang til å gjøre inngrep i menneskerettigheter som følger av Grunnloven, dersom inngrepet har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig, se blant annet Høyesteretts dom 27. september 2016 (HR-2016-2017-A) avsnitt 57 med videre henvisninger (flertallet) og avsnitt 78 (mindretallet).

3.4 Internasjonale forpliktelser

Menneskerettighetene setter visse skranker for frihetsberøvelse og andre innskrenkninger i en persons frihet og privatliv. Av særlig betydning er den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 3, artikkel 5 nr. 1 bokstav b og f, artikkel 8, samt fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 og barnekonvensjonen, blant annet artikkel 3 og 37 bokstav b.

EMK artikkel 3 fastsetter at ingen må utsettes for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Bestemmelsen kan være relevant for flere situasjoner hvor det benyttes tvangsmidler. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) konstaterte i juli 2016 krenkelse av bl.a. EMK artikkel 3 i fem dommer mot Frankrike som gjaldt fengsling av barnefamilier i forbindelse med retur. Disse dommene drøftes nærmere i avsnitt 5.3 og 5.6 nedenfor.

EMK artikkel 5 beskytter retten til personlig frihet og sikkerhet. Bestemmelsen fastsetter at ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i nevnte tilfeller og i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov. Nummer 1 bokstav f gjelder «frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering». De materielle skrankene denne bestemmelsen setter for bruk av frihetsberøvelse i utlendingssaker, ble grundig gjennomgått i Prop. 138 L (2010-2011) kapittel 4. Det samme gjelder de kravene som art. 5 nr. 2 og 4 stiller til prosedyrene ved frihetsberøvelse (rask og forståelig informasjon om grunnlag for frihetsberøvelse og rett til rask domstolsprøving).

Også kravene i fjerde tilleggsprotokoll til innskrenkninger i bevegelsesfriheten (ved pålegg om bestemt oppholdssted e. l.) er gjennomgått i prop. 138 L (2010-2011).

EMK artikkel 5 nr. 1 fastsetter at frihetsinngrep bare kan skje «in accordance with a procedure prescribed by law», mens artikkel 8 nr. 2 krever at inngrep i privatlivet må skje «in accordance with the law». Et tilsvarende krav finnes i fjerde tilleggsprotokolls artikkel 2 (bevegelsesfrihet) nr. 3. Det er antatt at lovskravet har samme innhold i de forskjellige bestemmelsene i EMK. Det viktige i den aktuelle sammenhengen er at det stilles et visst kvalitetskrav til lovreglene. Også barnekonvensjonen inneholder et lovskrav, jf. nærmere i punkt 5.1 nedenfor.

Kravet til klarhet i lovgivningen gjelder for øvrig ikke bare de materielle vilkår for inngrepet. Loven må også angi hvilke kategorier av personer som kan rammes og hvor lenge inngrepet kan vare, og den må oppstille prosedyrer for hvordan inngrepet skal gjennomføres.

Prosedyrene for gjennomføring og overprøving av inngrepet, herunder hvilke rettigheter individet er tillagt, vil dessuten stå sentralt i vurderingen av om inngrepet er «necessary in a democratic society» som det heter i EMK artikkel 8 nr. 2 og i 4. tilleggsprotokoll artikkel 2 nr. 3. Det sentrale i denne sammenhengen er om lovgivningen

inneholder gode og effektive garantier mot vilkårlige inngrep og maktmisbruk. Også her vil derfor reglernes utforming og tilgjengelighet for borgerne ha betydning.

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett og inneholder flere regler som har betydning i forbindelse med frihetsberøvelse av mindreårige. Det vises til avsnitt 5 nedenfor.

EUs returdirektiv (2008/115/EF) om felles standarder og prosedyrer for retur av tredjelandborgere med ulovlig opphold (returdirektivet), gir i kapittel IV artikkel 15 til 18 regler om frihetsberøvelse med henblikk på retur. Direktivet er bindende for Norge. Bestemmelsene setter skranker for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven overfor tredjelandborgere med ulovlig opphold.

4. PÅGRIPELSE OG TVANGSMESSIG TILBAKEHOLD

4.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 106 regulerer når en utlending kan pågripes og fengsles (dvs. «tvangsmessig tilbakeholdes» i ny begrepsbruk, jf. nedenfor) på utlendingsrettslig grunnlag, og inneholder også prosessuelle regler. Disse er supplert med en referanse til straffeprosessloven §§ 174 til 191 «så langt de passer».

Utlendingsloven § 106 første ledd inneholder de ulike grunnlagene for pågrepelse og fengsling. De praktisk viktigste er manglende samarbeid om identitetsfastsettelse (bokstav a) og unndragelsesfare (bokstav b). Annet ledd slår fast at det ikke skal besluttes pågrepelse eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, jf. § 105. I tillegg følger det av § 99 at pågrepelse og fengsling bare kan brukes når det er tilstrekkelig grunn til det og det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep. Dette gjelder også for de øvrige tvangsmidlene.

Utlendingsloven § 99 annet ledd, som slår fast at tvangsmidler kan benyttes både før og etter at det foreligger et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, er nærmere omtalt i kapittel 9 nedenfor.

Utlendingsloven § 106 tredje til sjette ledd inneholder prosessuelle regler, som er hovedtemaet for dette høringsnotatet.

Tredje ledd første og annet punktum bestemmer hvem som beslutter pågrepelse (politimesteren eller den han gir fullmakt, ev. polititjenestemann dersom det er fare ved opphold). Annet punktum inneholder fristen for å fremstille en pågrepet utlending for retten med begjæring om fengsling, dersom politiet ønsker å holde på vedkommende. Etter en lovendring som trådte i kraft 1. januar 2015, jf. Prop. 112 L (2013-2014), er fremstillingsfristen «snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen». Tredje ledd tredje punktum inneholder henvisningen til straffeprosessloven §§ 174 til 191,

mens fjerde punktum slår fast at fengsling etter første ledd bokstav b til f kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

Utlendingsloven § 106 fjerde ledd inneholder en særskilt, kortere fremstillingsfrist for mindreårige («snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen»).

Femte ledd gir regler for varigheten av fengsling på utlendingsrettslig grunnlag. Hovedregelen er at samlet fengslingstid ikke kan overstige 12 uker med mindre det foreligger «særlige grunner», jf. første punktum.

Sjette ledd viser til særskilte regler i Dublin-forordningen, som gjelder ved pågripelse og fengsling etter § 106 første ledd bokstav b annet punktum.

Straffeprosessloven §§ 174 til 191, som utlendingsloven § 106 viser til, inneholder en rekke prosessuelle regler for pågripelse og fengsling i strafferettslig sammenheng. Reglene gjennomgås kronologisk i punkt 4.4 nedenfor, og gjengis derfor ikke her.

4.2 Valg av terminologi

I rapporten «Frihet først» fra 2015 anbefaler NOAS at begrepet «fengsling» i utlendingsloven erstattes med «internering». Anbefalingen er begrunnet med at bruken av et strafferettslig begrep som «fengsling» kan ha praktiske konsekvenser, for eksempel at domstolene ikke alltid klarer å skille mellom straffesak og utlendingssak. Det gjøres også gjeldende at bruken av strafferettslige begreper kan virke stigmatiserende.

Departementet bemerker at begrepet «frihetsberøvelse», som blant annet benyttes i Grunnloven og EMK, ikke kan erstatte «fengsling» i utlendingsloven. Dette fordi begrepet «frihetsberøvelse» både omfatter «pågripelse» (perioden før den det gjelder blir fremstilt for en domstol) og fengsling (perioden etter avgjørelse av en domstol).

Også utlendingsloven av 1988 benyttet begrepet «fengsling». Begrepsbruken synes ikke særskilt drøftet i noen forarbeider. På den annen side benytter utlendingsloven § 107 betegnelsen «utlendingsinternat», altså ikke «utlendingsfengsel» eller lignende. Departementet kan ikke se at betegnelsen «utlendingsinternat» ble særskilt drøftet i forarbeidene til bestemmelsen (opprinnelig i utlendingsloven av 1988 § 37 d). Et begrep som «utlendingsfengsel» var formodentlig ansett uaktuelt, blant annet fordi sentrale deler av bestemmelsen var at utlendinger som hovedregel ikke (lenger) skulle plasseres i «vanlig fengsel» og at internatet ikke skulle driftes av Kriminalomsorgen (den gang Fengselsvesenet). Det kan likevel sies å være en viss inkonsekvens i utlendingslovens bruk av både begrepet «fengsling» og begrepet «utlendingsinternat».

Internasjonalt er begrepet «detention» mest vanlig, eventuelt supplert med «administrative detention».

Departementet er enig i synspunktene fra NOAS om at «fengsling» kan gi assosiasjoner til strafferetten. På den annen side kan det gjøres gjeldende at «fengsling» mest tydelig formidler at det er tale om frihetsberøvelse i en fengselslignende institusjon (unntaksvis i ordinært fengsel). Det kan i denne sammenheng nevnes at da bestemmelsen om utlendingsinternat ble innført, var det enkelte høringsinstanser som mente at det dermed ble satt en ufarligere betegnelse på frihetsberøvelsen, jf. Ot.prp.nr.17 (1998-1999). Lignende synspunkter har også vært fremført senere.

Departementet legger vekt på at begrepet «fengsling» kan tenkes å gi uheldige utslag i praksis. I Tvangsmiddelrapporten s. 10, som NOAS også viser til, fremgår det blant annet at

«gjennomgangen av rettspraksis viser også at språkbruken fra straffeprosessen i noen grad «smitter over på» utlendingssakene» og at «de mange forbindelseslinjene til straffeprosessen har også medvirket til sammenfallende praktiske ordninger ut over det som er lovbestemt»

Dette viser ikke at begrepet «fengsling» i seg selv medfører slike konsekvenser, men departementet mener at en begrepsendring på dette punktet kan inngå som et element i den «opprydningen» som er formålet med dette høringsnotatet.

Departementet ser at det er fordeler og ulemper med bruk av både begrepet «fengsling» og «internering». Det er viktig at terminologien i utlendingsloven reflekterer at det er tale om frihetsberøvelse i rettslig og praktisk forstand, samtidig som det også markeres at det ikke er tale om frihetsberøvelse i strafferettslig forstand. Departementet foreslår derfor at begrepet «fengsling» i utlendingsloven bør erstattes med begrepet «tvangsmessig tilbakehold». Departementet understreker at dette ikke innebærer noen realitetsendring.

4.3 Noen problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven

4.3.1 Adgangen til å velge om det skal startes straffesak mv.

I mange tilfeller vil det kunne være grunnlag både for en utlendingssak og en straffesak mot samme person. En del utlendinger blir involvert i «ordinær» kriminalitet, og mange brudd på utlendingsloven medfører straffeansvar.

Det er opp til politiet og påtalemyndigheten å vurdere om det skal startes en straffesak. Både etterforskningsplikten og valget om å påtale straffbare handlinger innebærer et betydelig rom for skjønn. Riksadvokaten har gitt retningslinjer for påtalebehandling av straffbare handlinger som avdekkes i utlendingssaker, hvor det tas stilling til hvilke

forhold det skal reageres strafferettslig mot.² Under overskriften «Behovet for straffeforfølging» fremheves det på generelt grunnlag at

Overtredelse av utlendingsregelverket er samlet sett en betydelig utfordring for de retts håndhevende myndigheter. Lovbruddene vanskeliggjør utlendingsmyndighetenes arbeid, medfører betydelig ressursbruk og kan undergrave asylinstituttet. Økningen av den organiserte kriminaliteten over landegrensene og terrortrusselen gjør det i seg selv nødvendig å intensivere forfølgningen av lovbrudd begått av utlendinger i egen utlendings sak.

I lys av dette mener Riksadvokaten blant annet at bruk av uriktig identitet og falske reisedokumenter mv. som hovedregel ikke bare bør møtes med utvisningsvedtak, men også straffesak. Riksadvokaten mener også at det bør «vurderes nøye» om det er grunnlag for strafferettslig reaksjon når utlendingsmyndighetene leverer anmeldelse om falsk forklaring. Ulovlig opphold bør straffeforfølges dersom det «varer over noe tid». Brudd på innreiseforbud omtales i punkt 4 i retningslinjene. Departementet bemerker i denne sammenheng at strafferammen for slike lovbrudd ble betydelig hevet i 2014³, en lovendring Høyesterett i ettertid har fulgt opp.⁴

Vurderingen av om det bør iverksettes en straffesak parallelt med utlendingssaken kan endre seg underveis. I slike tilfeller er det viktig å være oppmerksom på at det gjelder til dels ulike regler i forvaltningssaker og straffesaker, og at utlendingen vil ha visse rettigheter i straffespetet som ikke gjelder i utlendingssaken. Særlig viktig er retten til å forholde seg taus, jf. straffeprosessloven § 232. I utlendingssaker har utlendingen derimot plikt til å forklare seg og legge frem nødvendig dokumentasjon, jf. utlendingsloven §§ 83 og 92. Dette innebærer at man ikke uten videre kan bruke en forklaring i utlendingssaken i en straffesak (utlendingen kan imidlertid frivillig avgi en ny forklaring).

4.3.2 Valg av fengslingsgrunnlag

I tilfeller hvor det verserer både en utlendingssak og en straffesak, kan det oppstå en situasjon der det er grunnlag for fengsling/tvangsmessig tilbakehold etter både utlendingsloven og straffeprosessloven.

Politiet vil normalt søke å samordne dette, særlig der det er samme enhet (kanskje til og med samme personer) som behandler begge sakene, slik at man velger å pågripe og begjære fengsling bare etter det ene regelsettet.

² Riksadvokaten, Retningslinjer for påtalebehandling av straffbare handlinger som avdekkes i utlendings saker, Ra 05-370 KHK av 01.12.2008. Det bemerkes at Riksadvokaten 4. juli 2014 endret retningslinjene når det gjelder asylsøkere som oppgir uriktig identitet ved innreise til Norge.

³ Jf. Prop. 181 L (2012-2013) og gjeldende § 108 tredje ledd bokstav e i utlendingsloven.

⁴ Jf. særlig Høyesteretts dom av 19. januar 2015 (Rt. 2015 s. 51).

I en del tilfeller kan det bli aktuelt å skifte fengslingsgrunnlag, fra straffeprosessloven til utlendingsloven eller omvendt. Dette kan for eksempel oppstå i situasjoner hvor det blir aktuelt å iverksette en straffesak mot en utlending som allerede har en verserende utlendingssak. Motsatt kan det i forbindelse med en straffesak mot en utlending, bli avdekket at det er grunnlag for å uttransportere vedkommende. Videre kan det være ønskelig å bytte et fengslingsgrunnlag fordi et annet faller bort, for eksempel fordi en straffesak blir henlagt.

Som det presiseres i Tvangsmiddelrapporten, er det i utgangspunktet ikke noe til hinder for å skifte mellom det strafferettslige og utlendingsrettslige sporet for fengsling. De ulike regelverkene åpner også for betydelig skjønn og fleksibilitet. Det er imidlertid viktig at politiet, påtalemyndigheten og domstolene er seg bevisst at fengsling etter henholdsvis utlendingsloven og straffeprosessloven har ulike formål. I Tvangsmiddelrapporten er det gitt følgende oppsummerende vurdering:

«Dersom hovedformålet med å fengsle personen er å fremtvinge en avklaring av identiteten hans eller å sikre at han ikke unndrar seg en utsendelse fra landet, skal det utlendingsrettslige «sporet» velges. Er hovedformålet å unngå bevisforspillelse, hindre gjentakelse eller at personen unndrar seg strafforfølgning, skal det strafferettslige «sporet» velges som grunnlag for fengslingen. Retten må i hvert enkelt tilfelle vurdere om det fengslingsgrunnlaget som påberopes er tilstrekkelig.»

Departementet er enig i denne vurderingen. Etter departementets syn er tematikken ikke egnet for lovregulering.

4.3.3 Forholdsmessighetsvurderingen ved skifte av fengslingsgrunnlag

Både straffeprosessloven § 170 a og utlendingsloven § 99 første ledd fastsetter at et tvangsmiddel ikke kan tas i bruk dersom det «etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep». Fengslingens varighet er et sentralt moment i denne vurderingen. Der det kan bli aktuelt med videre fengslingskjennelse er det etter Høyesteretts praksis «vesentlig at domstolene bygger på realistiske prognoser om samlet varetektsfengsling som grunnlag for forholdsmessighetsvurderingen» (jf. Rt. 2009 s. 797).

Dersom utlendingen har vært varetektsfengslet i en straffesak, og politiet så skifter spor og begjærer fengsling på utlendingsrettslig grunnlag, oppstår spørsmålet om man i forholdsmessighetsvurderingen skal ta hensyn til den tidligere varetekten. Det fremgår i Tvangsmiddelrapporten at spørsmålet ikke synes avklart i rettspraksis.

Departementet mener at det her må foretas en konkret vurdering av domstolen i den enkelte sak, blant annet ut fra hvilken forbindelse det er mellom grunnlaget for varetektsfengsling etter straffeprosessloven og grunnlaget for fengsling etter utlendingsloven. Det samlede tidsforløp for fengslingen og den samlede belastningen for utlendingen vil være sentrale forhold. Dersom utlendingen har begått brudd på utlendingsloven, vil det i seg selv kunne ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

I de tilfellene som ikke gjelder varetekt, men hvor utlendingen har sonet ferdig en straffedom og så blir fengslet etter utlendingsloven i påvente av uttransport, stiller vurderingen seg annerledes. Soningen i fengsel er en straff og skal innebære et onde for den straffedømte. Da må man i utgangspunktet se bort fra den belastningen dette har medført for vedkommende ved vurderingen av om fengslingen etter utlendingsloven vil være et uforholdsmessig inngrep.

Departementet har kommet til at det ikke er grunnlag for noen lovregulering av de problemstillingene som er berørt ovenfor, men at det er tilstrekkelig at departementets vurdering kommer tydelig til uttrykk i den lovproposisjonen som skal utarbeides.

4.3.4 Forholdet mellom fremstillingsfristen i utlendingsloven og straffeprosessloven

Den gjeldende fremstillingsfristen i utlendingsloven § 106 tredje ledd trådte i kraft 1. januar 2015. Ordlyden er den samme som i straffeprosessloven § 183 («snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen»). For straffeprosesslovens del er det noe uavklart hvordan fremstillingsfristen skal forstås, jf. blant annet uttalelser fra FNs menneskerettskomité om fortolkningen av artikkel 9 nr. 3 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Det kan spørres hvilken betydning dette eventuelt skal ha for forståelsen av *utlendingslovens* fremstillingsfrist. Departementet drøftet spørsmålet i Prop. 91 L (2015-2016) pkt. 7.1.6.1. Der ble det påpekt at SP art. 9 nr. 3 ikke legger føringer for hvilken fremstillingsfrist som skal gjelde i utlendingssaker, og konkludert med at utlendingslovens fremstillingsfrist opprettholdes. Departementet fastholder disse vurderingene.

I tilfeller der utlendingen først er pågrepet i forbindelse med en straffesak og politiet etter noe tid velger å fremstille vedkommende for fengsling etter utlendingsloven i stedet for straffeprosessloven, oppstår spørsmålet om fremstillingsfristene etter de to lovene kan kumuleres. I så fall vil politiet kunne holde utlendingen vesentlig lenger samlet sett før fremstilling, enn hva de respektive lovene forutsetter hver for seg.

I Tvangsmiddelrapporten skrev Husabø og Suominen følgende om dette:

«En slik lovfertolkning vil kunne åpne for at politiet i krevende situasjoner utnytter det ekstra spillerommet ved å skifte fengslingsgrunnlag. Dessuten tilsier både kravet i EMK artikkel 5 nr. 4 om at den fengslede «raskt» skal få avgjort fengslingsspørsmålet av en domstol, samt det generelle forholdsmessighetskravet i utlendingsloven § 99 første ledd, at man ikke «tøyer» fremstillingsfristen på denne måten. Vi mener derfor at det blir mest sammenheng i reglene dersom de tolkes slik at det ved skifte av fengslingsgrunnlag fra straffeprosessloven til utlendingsloven gjelder en samlet maksimumstid på 3 dager før den pågrepne må fremstilles for retten.»

Departementet er enig i disse vurderingene. Departementet mener også at det kan være grunn til å nedfelle prinsippet om en kumulert vurdering i loven. Departementet foreslår derfor å innta en bestemmelse i § 106 a fjerde ledd annet punktum med følgende ordlyd:

«Dersom utlendingen først er pågrepet etter straffeprosessloven, skal også denne tiden medregnes.»

4.3.5 Adgangen til å begjære løslatelse før fremstilling

Departementet mener at domstolene ikke har adgang til å ta stilling til eller overprøve en pågripelsesbeslutning før utlendingen fremstilles for fengsling eller fremstillingsfristen i utlendingsloven har utløpt. En slik praksis ville være uforenlig med lovens ordning og arbeidsfordelingen mellom politiet og domstolene. Dette har også vært lagt til grunn i tingrettspraksis. Verken SP art. 9 eller øvrige menneskerettslige forpliktelser innebærer at retten til domstolskontroll inntreer umiddelbart. Det følger heller ikke av Norges menneskerettslige forpliktelser at utlendingen har rett til å få lovligheten av pågripelsen prøvd av domstolen før utløpet av fremstillingsfristen.

Lovverket åpner ikke for at utlendingen selv kan kreve domstolskontroll før fremstillingsfristen har gått ut.

4.3.6 Fristen på 12 uker i tilfeller hvor utlendingen har vært varetektsfengslet etter straffeprosessloven

Utlendingsloven § 106 femte ledd fastsetter at fengsling på utlendingsrettslig grunnlag bare kan overstige 12 uker dersom det foreligger «særlige grunner». I Tvangsmiddelrapporten er det reist spørsmål om fristen på 12 uker blir berørt av eventuell forutgående varetektsfengsling etter straffeprosessloven. Departementet siterer følgende fra rapporten (punkt 4.4 siste avsnitt):

«Et annet spørsmål er hvordan 12-ukers-fristen i utlendingsloven § 106 fjerde ledd [nå femte ledd, dep. anm.] første punktum skal forstås der det har skjedd et skifte av fengslingsgrunnlag fra straffeprosessloven til utlendingsloven. Dette kan illustreres med saken LG-10-083633. Der hadde utlendingen først vært varetektsfengslet i 7 uker i forbindelse med en straffesak, og deretter i 7 uker etter utlendingsloven. Ved spørsmål om ytterligere 4 ukers forlengelse av fengslingen etter utlendingsloven, konstaterte lagmannsretten kort at «samlet fengslingstid etter utlendingsloven» ikke vil overstige 12 uker. Det avgjørende vil være hvordan man fortolker uttrykket «samlet fengslingstid» i utlendingsloven § 106 fjerde ledd første punktum. Når man ser dette uttrykket i sammenheng med ordlyden i andre punktum, der det blant annet tales om «fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse», taler de beste grunner etter vårt syn for kun å medregne fengslingstiden etter utlendingsloven. Det samme gjelder ved beregningen av 18-måneders-fristen i § 106 fjerde ledd tredje punktum. Uansett må også den tiden utlendingen har vært varetektsfengslet i forkant av dette, tas i betraktning i forholdsmessighetsvurderingen.»

Departementet slutter seg til disse vurderingene. Grensene for varighet av fengsling i utlendingsloven § 106 femte ledd gjelder bare for fengsling på utlendingsrettslig grunnlag, og er ikke til hinder for at utlendingen kan holdes fengslet i totalt sett lengre tid i situasjoner hvor man skifter fengslingsgrunnlag etter hvert. Departementet vil tydelig-

gjøre dette i den lovproposisjonen som skal utarbeides, men ser ikke behov for egen lovregulering av spørsmålet.

4.4 Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 174 til 191 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

4.4.1 Innledning

Utlendingsloven § 106 lyder i dag slik:

§ 106. Pågrepelse og fengsling

En utlending kan pågripes og fengsles når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, 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. Pågrepelse og fengsling kan også skje dersom det er vesentlig fare for at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen skal overføres til et annet europeisk land i medhold av Dublin-samarbeidet, jf. § 32 fjerde ledd,
- c) utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen ennå ikke er inntrådt,
- d) det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. § 90, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Det er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger,
- e) utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument,
- f) utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse, eller
- g) utlendingens søknad om beskyttelse mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd. Dette gjelder ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse
- h) utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer. Dette gjelder ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse.

Det skal ikke beslutes pågrepelse eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, jf. § 105.

Pågrepelse beslutes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Vil politiet beholde den på-

grepne, må vedkommende snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. Straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Fengsling etter første ledd bokstav b til f kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

Er den pågrepne under 18 år, må fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag.

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter. Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Pågripelse og fengsling etter første ledd bokstav g kan ikke overstige 7 dager. Pågripelse og fengsling etter første ledd bokstav h kan ikke overstige 72 timer.

Når en utlending er fengslet etter første ledd bokstav b annet punktum, gjelder særskilte frister for gjennomføring av Dublin-prosedyrer, jf. Dublin III-forordningen artikkel 28 nr. 3, jf. § 32 fjerde ledd.

I utgangspunktet vil reglene om tvangsmessig tilbakehold i utlendingssaker være lettest tilgjengelige dersom de samles i utlendingsloven. Dette må imidlertid avveies mot hensynet til at lovteksten ikke bør bli så lang og komplisert at lesbarheten og tilgjengeligheten reduseres av den grunn.

Det er derfor nødvendig å vurdere nærmere hvilke bestemmelser det er særlig viktig at den vanlige leser av utlendingsloven har lett tilgang til. Det vil formodentlig i særlig grad gjelde materielle inngrepshjemler og regler som gir utlendingen bestemte rettigheter, og i mindre grad regler om politiets og domstolens praktiske fremgangsmåte ved gjennomføring av tvangsmiddelet. I det følgende vil departementet kronologisk gjennomgå de bestemmelsene i straffeprosessloven som det vises til i utlendingsloven, og ta stilling til om de er relevante i utlendingssaker og i så fall bør innarbeides i utlendingsloven.

4.4.2 Straffeprosessloven § 174 – Særskilt krav ved pågripelse av mindreårig

Straffeprosessloven § 174 lyder:

Personer under 18 år bør ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd.

Departementet mener at dette er en sentral bestemmelse som bør fremgå direkte av utlendingsloven. Det vises til lovforslaget § 106 tredje ledd første punktum.

4.4.3 Straffeprosessloven § 175 – Pågripelsesbeslutning, beslutningskompetanse og iverksettelse av pågrepelse

Straffeprosessloven § 175 lyder:

Pågrepelse besluttes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den mistenkte, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.

Beslutning om pågrepelse kan treffes av retten dersom den mistenkte oppholder seg i utlandet og påtalemyndigheten vil søke ham utlevert, eller dersom forholdene ellers tilsier det.

Beslutningen settes i verk av politiet eller av noen som påtalemyndigheten har anmodet om det.

Første ledd første punktum er ikke relevant, siden utlendingsloven § 106 annet ledd har en bestemmelse om at pågrepelse besluttes av politimesteren eller den som politimesteren gir fullmakt. Henvisningen til § 175 må imidlertid innebære at reglene i annet og tredje punktum om beslutningens form og begrunnelse må gjelde tilsvarende. Det betyr at beslutningen skal være skriftlig. Beslutningen skal også inneholde informasjon om grunnen til pågrepelse, mens kravet om «en kort beskrivelse av det straffbare forhold» ikke passer her.

Annet ledd i § 175 – om tilfeller hvor utlendingen befinner seg i utlandet – er ikke relevant. Utlendingen må finne seg i Norge for at det skal være aktuelt å bruke utlendingslovens tvangsbestemmelser. Tredje ledd, om hvem som iverksetter beslutninger, er heller ikke relevant, siden utlendingsloven § 106 annet ledd regulerer hvem som iverksetter.

Henvisningen til § 175 er etter dette langt på vei overflødig. Departementet foreslår at reglene i første ledd om beslutningens form og begrunnelse tas inn i utlendingsloven § 106 a første ledd, og at henvisningen til § 175 utgår.

4.4.4 Straffeprosessloven § 176 – Pågrepelse uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten

Straffeprosessloven § 176 lyder:

Når det er fare ved opphold, kan politimann foreta pågrepelse uten beslutning av retten eller av påtalemyndigheten. Det samme gjelder enhver annen dersom den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.

Den som uten å høre til politiet har foretatt en pågrepelse, skal straks overgi den pågrepne til politiet.

Første ledd første punktum er ikke relevant i utlendingssaker, siden utlendingsloven § 106 tredje ledd bestemmer at pågrepelse kan besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt eller – ved fare ved opphold – av en polititjenestemann. Annet punktum om «privat» pågrepelse passer heller ikke, siden vilkåret om «fersk gjerning eller ferske spor» forutsetter mistanke om en straffbar handling. Andre ledd er en prosedyreregulering for den sistnevnte typen pågrepelser, og passer derfor heller ikke. Hele henvisningen til § 176 bør derfor utgå.

4.4.5 Straffeprosessloven § 177 – Underretning om grunnlag for pågrepelse

Straffeprosessloven § 177 lyder:

Den som blir pågrepet, skal gis opplysning om det lovbrudd mistanken gjelder. Foreligger det skriftlig beslutning om pågrepelse, skal han ha avskrift av beslutningen.

Første punktum passer ikke særlig godt i utlendingssaker, da tvangsmessig tilbakehold etter utlendingsloven ikke forutsetter mistanke om et lovbrudd. Bestemmelsen bør imidlertid tilpasses slik at en utlending som pågripes etter utlendingsloven § 106 informeres om årsaken til pågripelsen, noe som også kreves etter EMK artikkel 5 nr. 2 og SP artikkel 9 nr. 2.

Departementet mener det bør fremgå direkte av utlendingsloven (i stedet for gjennom en henvisning til straffeprosessloven) at utlendingen skal informeres om grunnen til pågripelsen, jf. lovforslaget § 106 a annet ledd første punktum. Departementet mener også at det bør presiseres i lovteksten at opplysninger må gis på et språk som utlendingen forstår, jf. EMK artikkel 5 nr. 2.

Departementet mener imidlertid ikke at det er behov for en regel om at utlendingen alltid skal gis avskrift av en beslutning om pågrepelse. En utlending som pågripes i medhold av utlendingsloven vil normalt ikke forstå norsk. Det foreslås derfor en regel om at en utlending som pågripes *kan be om* avskrift av beslutningen, jf. lovforslaget § 106 a annet ledd annet punktum.

4.4.6 Straffeprosessloven § 178 – Gjennomføring av pågrepelse

Straffeprosessloven § 178 lyder:

Pågrepelse foretas så skånsomt som forholdene tillater.

Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, skal tas fra ham. I dette øyemed kan han ransakes.

Første ledd er en generell bestemmelse om hvordan pågrepelse skal skje. Både maktanvendelsen og de omstendigheter pågripelsen gjennomføres under, skal være skånsomme. Det finnes ikke noen motsvarende bestemmelser i utlendingsloven, og bestemmelsen «passer» også i slike saker. Politiloven § 6 har en mer generell regel om

hvordan politiet skal utføre sine oppdrag, blant annet at makt bare skal brukes i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig. Departementet mener likevel at utlendingsloven bør inneholde en særskilt bestemmelse om dette, og foreslår derfor at straffeprosessloven § 178 første ledd innarbeides i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106 a første ledd femte punktum.

Annet ledd gir en viss adgang til personundersøkelse og beslag i forbindelse med pågripelse. Bestemmelsen er praktisk viktig og bør inntas i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106 a første ledd sjette og sjuende punktum.

4.4.7 Straffeprosessloven § 179 – Etterfølgende kontroll ved pågripelse uten beslutning fra retten eller påtalemyndigheten

Straffeprosessloven § 179 lyder:

Når noen er pågrepet uten beslutning av retten eller av påtalemyndigheten, skal spørsmålet om å opprettholde pågripelsen snarest mulig forelegges for en av påtalemyndighetens tjenestemenn. Finner han at pågripelsen bør opprettholdes, skal han utferdige en skriftlig beslutning med slikt innhold som bestemt i § 175 første ledd.

Det følger av § 106 tredje ledd annet punktum at en polititjenestemann kan foreta en pågripelse etter utlendingsloven om det foreligger fare ved opphold, jf. ny § 106 a første ledd annet punktum. Ved en slik pågripelse foreligger det ikke en forutgående beslutning fra politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt (hvilket normalt er et krav, jf. utlendingsloven 106 tredje ledd første punktum). Utlendingsloven har ingen egen bestemmelse vedrørende spørsmålet om opprettholdelse av en pågripelse uten forutgående beslutning av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt, men problemstillingen er like aktuell i utlendingssaker som i straffesaker.

Departementet mener bestemmelsen «passer» også i utlendingssaker og foreslår å innarbeide den med den presisering at spørsmålet må forelegges politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt, jf. lovforslaget § 106 a første ledd, åttende og niende punktum.

4.4.8 Straffeprosessloven § 180 – Forklaringsrett

Straffeprosessloven § 180 lyder:

Den som er pågrepet, skal snarest mulig gis adgang til å forklare seg for politiet etter reglene i §§ 230, 232, og 233.

Denne bestemmelsen hjemler en forklaringsrett for den som blir pågrepet. En eventuell forklaringsrett i forbindelse med pågripelse i utlendingssak, vil måtte gjelde forhold knyttet til bruken av tvangsmidler i forbindelse med klarlegging av identitet eller uttransportering, og ikke det eventuelle underliggende avslagsvedtaket i saken.

I saker hvor pågrepelse er begrunnet i ID-tvil, bør det foreligge en forklaringsrett på samme måte som etter straffeprosessloven. I saker hvor pågrepelse er knyttet til gjennomføringen av en uttransportering, er departementet mer i tvil om behovet for en egen bestemmelse om forklaringsrett: Enten planlegges det umiddelbart uttransportering, eller så vil utlendingen få mulighet til å forklare seg i forbindelse med fremstilling for fengsling senest den tredje dagen etter pågrepelse. Utlendingen vil også ha fått advokat den andre dagen etter pågrepelse.

I saker hvor utlendingen unntaksvis blir pågrepet allerede før utreisefristen er utløpt, ev. før det foreligger et endelig avslagsvedtak, bør det gjelde en forklaringsrett. I saker hvor utlendingen pågripes etter utløpet av utreisefristen, mener imidlertid departementet at det bør gjelde et unntak.

Departementet foreslår derfor en bestemmelse med følgende ordlyd i lovforslaget § 106 a annet ledd, tredje punktum:

«Den pågrepne skal snarest mulig gis adgang til å forklare seg for politiet, unntatt når pågrepelse skjer på grunn av fare for unndragelse og utlendingen allerede har oversittet en fastsatt utreisefrist».

Et spørsmål er likevel om reglene i straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd (om nedtegning av forklaringen mv.) bør tas inn i utlendingsloven eller vises til. Siden dette gjelder den praktiske fremgangsmåten ved opptak av forklaring, mener departementet at en henvisning til straffeprosessloven må være forsvarlig og tilstrekkelig. Det vises til lovforslaget § 106 a annet ledd, fjerde punktum.

4.4.9 *Straffeprosessloven § 181 – Meldeplikt og bestemt oppholdssted*

Straffeprosessloven § 181 lyder:

Påtalemyndigheten kan unnlate pågrepelse eller løslate den pågrepne, mot at han lover å fremstille seg for politiet til bestemte tider eller ikke å forlate et bestemt oppholdssted. Det samme gjelder når mistenkte samtykker i andre vilkår, så som innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis eller liknende. Løftet eller samtykket skal gis skriftlig.

Mistenkte kan straks eller senere kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for pågrepelse etter §§ 171- 173 foreligger, og om det er grunn til å opprettholde forføyninger som er tatt. Han skal gjøres oppmerksom på denne rett når løfte eller samtykke etter første ledd blir avgitt.

Rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.

Bestemmelsen gjelder fengslingssurrogater basert på samtykke fra den pågrepne. Første ledd første punktum regulerer samtykke til meldeplikt og bestemt oppholdssted. Bestemmelsen må ses i sammenheng med utlendingslovens § 105, som har en spesiell regulering av når en utlending kan pålegges meldeplikt og bestemt oppholdssted.

Spørsmålet er om § 105 er ment å være uttømmende eller om slike tiltak også kan base- res på samtykke fra den pågrepne. Det faktum at straffeprosessloven § 181 bare blir vist til i den brede henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 106, og ikke i § 105 som går spesifikt på slike tiltak, tyder på at § 105 er ment å være uttømmende. Så langt de- partementet er kjent med benyttes ikke prosedyren i straffeprosessloven § 181 i praksis i utlendingssaker. I stedet benyttes adgangen til å pålegge meldeplikt og bestemt opp- holdssted etter § 105, noe som også virker mest ryddig.

Første ledd annet punktum har en parallell i utlendingslovens § 104 om beslag av reise- dokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumente- re personens identitet. Pass og førerkort kan for eksempel falle inn under denne be- stemmelsen. At utlendingsloven § 104 ikke viser til straffeprosessloven § 181, og at man i praksis har nøydt seg med å bruke adgangen til å pålegge slike tiltak etter utlendings- loven, tyder på at det heller ikke er behov for denne regelen. Da er det heller ikke be- hov for de særlige prosedyrereglene i annet og tredje ledd. Departementet foreslår på bakgrunn av dette at hele henvisningen til straffeprosessloven § 181 utgår.

4.4.10 *Straffeprosessloven § 182 – Underretning til nærstående*

Straffeprosessloven § 182 lyder:

Når pågrepelse er foretatt, skal påtalemyndigheten sørge for underretning til den pågrepnes husstand eller annen person han utpeker. Dersom den pågrepne ikke ønsker det, gis ikke underretning, med mindre særlige grunner taler for det.

Underretning som nevnt kan unnlates såfremt det antas at den vil være til vesentlig skade for etterforskningen. Spørsmålet skal i så fall forelegges for retten første gang den pågrepne fremstilles.

Det er antatt at denne bestemmelsen også skal gjelde ved fengsling etter utlendingslo- ven § 106, jf. Vevstad 2010 s. 580. Hovedregelen er da at pårørende skal varsles. Unnta- ket i annet ledd krever at hensynet til etterforskningen tilsier unnlatt varsling, noe som ikke er relevant i utlendingssaker, men som kan ha sin parallell i tilfeller hvor det er planlagt pågrepelse også av andre familiemedlemmer.

For øvrig kan det ikke kreves at politiet som en hovedregel skal varsle pårørende som befinner seg i andre land.

Departementet foreslår at henvisningen til § 182 utgår, men at det i stedet inntas en bestemmelse i utlendingsloven som er mer tilpasset forholdene i utlendingssaker. Det foreslås en hovedregel om varsling av pårørende, men at denne bare skal gjelde vars- ling av personer hjemmehørende i Norge. Videre bør det gjøres unntak «dersom særlige grunner» tilsier det. Et eksempel på «særlig grunn» vil da være at det også planleg- ges pågrepelse av en av utlendingens pårørende. Se lovforslaget § 106 a tredje ledd.

4.4.11 Straffeprosessloven § 183 – Løslatelse eller fremstilling for fengsling

Straffeprosessloven § 183 lyder:

Vil påtalemyndigheten beholde den pågrepne, må den snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av fristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken. Kongen kan gi nærmere regler om bruken av og forholdene i politiarrest, herunder regler om elektronisk overvåking. § 187 a gjelder tilsvarende.

Er den pågrepne under 18 år, må slik fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag.

Er siktede under 18 år, skal påtalemyndigheten varsle barneverntjenesten om fengslingen. Barneverntjenesten skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak. Reglene i § 118 gjelder tilsvarende [regler om vitner som har taushetsplikt].

Påtalemyndigheten skal møte med mindre det vil være forbundet med uforholdsmessig ulempe.

Det følger av henvisningen til straffeprosessloven § 183 at det skal nedtegnes en begrunnelse i rettsboken dersom fremstilling ikke har skjedd *dagen etter pågripelse*. Fremstillingsfristen etter utlendingsloven ble fra 1. januar 2015 satt til «snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen». Det ble da også fastsatt at det skal oppnevnes prosessfullmektig når det er klart at en pågrepet utlending ikke vil bli løslatt, uttransportert eller fremstilt for fengsling innen utløpet av «*den andre dagen etter pågripelsen*». Departementet mener det på samme måte vil være tilstrekkelig at det nedtegnes begrunnelse i rettsboken dersom fremstilling ikke har skjedd innen utløpet av *den andre dagen etter pågripelsen*. En bestemmelse om dette foreslås inntatt i utlendingsloven § 106 a fjerde ledd fjerde punktum.

Straffeprosessloven § 183 første ledd fjerde punktum er også relevant for de tilfellene utlendingen settes i politiarrest, men en slik bestemmelse trenger ikke stå også i utlendingsloven. En henvisning er heller ikke nødvendig for at delegasjonsbestemmelsen i fjerde punktum i praksis skal få virkning også for de som sitter i politiarrest basert på pågripelse etter utlendingsloven.

Reglene i § 183 annet ledd om skjerpet fremstillingsfrist for mindreårige, er inntatt i gjeldende § 106 fjerde ledd i utlendingsloven.

Straffeprosessloven § 183 tredje ledd, som gir regler for barneverntjenestens rolle ved pågrepelse av mindreårige, drøftes særskilt i punkt 5.6.7 nedenfor. Som det fremgår der og av lovforslaget § 106 a femte ledd, tredje til femte punktum, foreslår departementet en egen bestemmelse i utlendingsloven med endret innhold.

Bestemmelsen i fjerde ledd om at påtalemyndigheten skal møte hvis det ikke er forbundet med ulempe, «passer» også i utlendingssaker, med den tilpasning at det er «politiet» som må møte siden det er politiet som begjærer fengsling. Det anses heller ikke nødvendig med en slik reservasjon som i straffeprosessloven for tilfeller hvor det vil bero på uforholdsmessig ulempe for politiet å møte. Sammen med andre sentrale prosessuelle regler bør denne regelen tas inn i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106 b første ledd annet punktum. Henvisningen til straffeprosessloven § 183 kan dermed utgå.

4.4.12 *Straffeprosessloven § 184 – Fengsling*

Straffeprosessloven § 184 lyder:

Den tingrett som den pågrepne fremstilles for, avgjør ved kjennelse om han skal undergis varetektsfengsling. Avgjørelsen treffes så vidt mulig innen rettsmøtets slutning.

Fengsling kan besluttes dersom vilkårene etter §§ 171, 172, 173 annet ledd eller 173 a er oppfylt og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188. Personer under 18 år skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig. Kjennelsen skal angi lovhjemmelen, kortfattet nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, og for øvrig gjøre rede for grunnen til fengslingen. Det skal også gå frem av kjennelsen at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep.

Uten forutgående pågrepelse kan retten på begjæring avsi fengslingskjennelse mot en mistenkt som er til stede i rettsmøte. Før avgjørelsen treffes, skal han ha anledning til å uttale seg.

Etter at tiltale er reist, kan også den rett som har saken, beslutte fengsling eller løslatelse.

Kjennelse om fengsling eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres.

Paragraf 184 første ledd første punktum om at tingretten skal bruke formen kjennelse, fremgår ikke av utlendingsloven. Det gjør heller ikke regelen i annet punktum. Første ledd supplerer derfor utlendingslovens regler i dag. Dette er viktige regler, som etter departementets syn bør inntas i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106 b første ledd.

Det skjerpede fengslingsvilkåret for personer under 18 år, som man finner i straffeprosessloven § 184 annet ledd annet punktum, er en sentral bestemmelse. Departementet drøfter denne i punkt 5.6.2 nedenfor.

§ 184 annet ledd tredje punktum er også relevant i utlendingssaker, for så vidt gjelder kravet om at kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til tvangs-

messig tilbakehold. Passasjen om at kjennelsen også skal nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, er derimot ikke relevant. Departementet foreslår derfor at regelen i § 184 annet ledd tredje punktum skrives om og tas inn i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106 b første ledd.

Annet ledd fjerde punktum er også relevant i utlendingssaker, og må ses i sammenheng med utlendingsloven § 99 første ledd. Også denne regelen bør fremgå direkte av utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106b første ledd.

Tredje ledd i straffeprosessloven § 184 synes ikke relevant for utlendingssaker, siden det ikke dreier seg om mistenkte og det er usannsynlig at en utlending er til stede i et rettsmøte som gjelder noen andre. Fjerde ledd i § 184 er ikke anvendelig i utlendingssaker, siden tiltale ikke reises i disse sakene. Femte ledd om at kjennelsen om fengsling kan omgjøres til enhver tid, er derimot relevant i utlendingssaker, som selv ikke har noen bestemmelse om dette, jf. lovforslaget § 106 b femte ledd.

Departementet foreslår etter dette at de relevante delene av § 184 tas inn i utlendingslovens § 106, og at henvisningen til straffeprosessloven § 184 utgår i sin helhet. Det vises til lovforslaget §§ 105 annet ledd, 106 tredje ledd første setning og 106 b første ledd første punktum, tredje punktum, femte og sjette punktum, samt femte ledd første punktum.

4.4.13 *Straffeprosessloven § 184 a – Rettens veilednings- og orienteringsplikt*

Straffeprosessloven § 184 a lyder:

Før fengslingsspørsmålet avgjøres, skal retten sørge for at siktede blir veiledet om hva siktelsen og fengslingsbegjæringen innebærer.

Ved fengsling skal siktede gis skriftlig orientering om kjennelsen og hva den medfører etter nærmere bestemmelse av vedkommende departement.

Er siktede til stede i retten når fengslingskjennelsen avsies, skal han av dommeren også gis en muntlig orientering.

Bestemmelsen regulerer rettens ansvar for at den som fremstilles for fengsling får veiledning om pågrepelsesbegjæringen og en eventuell fengslingskjennelse. Bestemmelsen ivaretar den fremstiltes rettssikkerhet, og når man ser bort fra begrepene ”siktelsen” og ”siktet”, passer den også i utlendingssaker. Departementet foreslår å beholde henvisningen til § 184a, jf. lovforslaget § 106 b første ledd.

4.4.14 *Straffeprosessloven § 185 – Fengslingstid og forlengelse av fengsling*

Straffeprosessloven § 185 lyder:

Beslutter retten å fengsle den siktede, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for fengslingen, når ikke hovedforhandlingen allerede er påbegynt. Fristen skal være så

kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen. Dersom etterforskingens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, kan retten sette en lengre frist. Er hovedforhandling påbegynt når siktede blir fengslet eller når fengslingsfristen løper ut, kan siktede holdes fengslet inntil dom er avsagt.

Er den siktede under 18 år, skal fristen være så kort som mulig og ikke overstige to uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil to uker av gangen.

Dersom det begjæres forlenget fengsling, skal påtalemyndigheten oppgi når saken ventes ferdig etterforsket. Tidspunktet skal opplyses i rettsboken. Påtalemyndigheten skal også kortfattet gjøre rede for den etterforskning som er foretatt siden forrige rettsmøte, og for hvilken etterforskning som gjenstår.

Siktede har rett til å være til stede i retten når spørsmålet om forlengelse av fengslingsfristen skal behandles. Dersom retten finner det nødvendig, skal siktede fremstilles, selv om han ikke ønsker å møte. Retten kan beslutte at rettsmøte om forlengelse av fengslingsfristen kan holdes som fjernmøte med bildeoverføring når retten finner det ubetenkelig ut fra formålet med rettsmøtet og øvrige omstendigheter, og rettsmøtet ellers ville medført omkostninger som ikke står i rimelig forhold til betydningen av at siktede møter. Tvisteloven § 13-1 annet ledd gjelder tilsvarende. Før beslutning om fjernmøte tas, skal påtalemyndigheten og siktede gis anledning til å uttale seg. Siktede skal sikres adgang til direkte og fortrolig kommunikasjon med forsvareren under møtet. Skal retten samtidig behandle spørsmål om ileggelse eller forlengelse av isolasjon etter § 186 a, kan rettsmøtet ikke avholdes som fjernmøte uten siktedes samtykke. Det samme gjelder for rettsmøte om forlengelse av fengslingsfristen når det er gått mer enn 90 dager siden forrige gang siktede hadde rett til å få behandlet fengslingsspørsmålet i ordinært rettsmøte. Kongen kan gi nærmere regler om fjernmøte i forskrift.

Påtalemyndigheten skal fremme begjæring om forlengelse så tidlig at siktede og forsvareren kan få varsel senest dagen før rettsmøtet holdes. Påtalemyndigheten skal varsle partene om rettsmøte innen denne frist. Påtalemyndigheten bør møte, når det ikke etter omstendighetene finnes upåkrevd.

Finner retten på noe tidspunkt at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede.

Bestemmelsens første ledd regulerer hvor lang tid fengslingskjennelsen kan gjelde for, og må sees i sammenheng med utlendingsloven § 106 tredje ledd, som også har en særlig bestemmelse om dette. Sammenhengen mellom reglene må forstås slik at det i utgangspunktet er reglene i straffeprosessloven § 185 første ledd som regulerer spørsmålet. Det innebærer for det første at fristen skal settes så kort som mulig, jf. annet punktum. Videre følger det av annet og tredje punktum at det som hovedregel ikke kan besluttes fengsling for mer enn fire uker av gangen, heller ikke ved gjentatte fengslinger. Fjerde punktum gjør likevel unntak fra denne fireukers-regelen dersom etterforskningens art eller andre særlige hensyn tilsier det. Det er denne muligheten for å fengsle for mer enn fire uker av gangen som utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum

stenger for i tilfeller der fengslingen bygger på unndragelsesfare (bokstav b) eller at utlendingen er i transitt i norsk lufthavn (bokstav f). I tillegg har utlendingsloven § 106 tredje ledd særskilt strenge vilkår for samlet fengslingstid på mer enn 12 uker, og fastslår at fengsling ut over 18 måneder bare kan skje i helt spesielle tilfeller. Slike regler har ikke straffeprosessloven. Departementet vurderer det slik at reglene om varigheten av tvangsmessig tilbakehold bør stå samlet i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 106 b tredje ledd.

Departementet har vurdert om det bør være adgang til tvangsmessig tilbakehold i mer enn fire uker av gangen i saker hvor grunnlaget for tiltaket bygger på unndragelsesfare (§ 106 første ledd bokstav b). I noen saker vil det trolig ikke være mulig å få gjennomført en uttransport i løpet av den fastsatte varigheten for tvangsmessig tilbakehold, uten at verken politiet eller utlendingen kan lastes. Dette kan for eksempel skyldes ulike varslingsfrister og returavtaler med utlendingens hjemland. Departementet ser ikke bort fra at det i slike tilfeller kan være avklart allerede før første gangs tvangsmessig tilbakehold at uttransportering vil ta mer enn fire uker. I en slik situasjon vil det være praktisk om retten allerede ved første gangs tvangsmessig tilbakehold kan fastsette tvangsmessig tilbakehold av en lengre varighet.

Det er likevel ikke gitt at returen alltid vil bli gjennomført. Fordi frihetsberøvelse også er et svært inngripende tiltak og faren for unndragelse kan tenkes å bli redusert i løpet av tiden som utlendingen er tvangsmessig tilbakeholdt, kan gode grunner tale for at utlendingen etter fire uker bør gis rett til å uttale seg om sin situasjon for en domstol på ny. Dette vil også innebære en rettssikkerhetsgaranti ved at retten må kontrollere at tvangsmessig tilbakehold fortsatt er nødvendig og forholdsmessig, og at saken har den nødvendige fremdrift (se punkt 10). I lovforslaget legges det ikke opp til en endring av maksimal varighet i saker hvor grunnlaget for tvangsmessig tilbakehold er § 106 første ledd bokstav b.

Straffeprosessloven § 185 første ledd femte punktum må forstås som en særregel for straffeprosessuelle fengslinger, og passer ikke i forbindelse med tvangsmessig tilbakehold etter utlendingsloven. Henvisningen til § 185 første ledd kan derfor utgå.

Annet ledd har en særregel om at fristen skal være så kort som mulig og ikke overstige to uker dersom den siktede er under 18 år. Spørsmålet om hvorvidt denne regelen også gjelder tilsvarende når barn fengsles sammen med foreldrene i utlendingssaker er tema i en ankesak som skal behandles av lagmannsretten i 2017. Som det fremgår av drøftingene i avsnitt 5.6.8 nedenfor, foreslår departementet nå en ny bestemmelse om at barn som hovedregel bare skal kunne tvangsmessig tilbakeholdes for to ganger tre døgn. Dette vil også gjelde når barn tvangsmessig tilbakeholdes sammen med foreldrene.

Etter tredje ledd skal det ved begjæring av forlenget fengsling oppgis når saken ventes ferdig etterforsket. Denne bestemmelsen er gitt av hensyn til den fengsledes rettssik-

kerhet, og gode grunner taler for å anvende bestemmelsen også i utlendingssaker. Det innebærer at politiet ved begjæring om fortsatt fengsling skal oppgi hvor lenge den situasjonen som grunngir fengslingen antas å vare, for eksempel utredning av personens identitet eller forberedelse av uttransportering. Samtidig må det legges vekt på at det i mange sammenhenger ikke vil være mulig å anslå hvor lenge det er nødvendig med fengsling fordi dette kan være avhengig av andre aktørers samarbeid og prioritering (for eksempel myndighetene i utlendingens hjemland), eller bero på svært usikre faktorer. Tidsangivelsene skal noteres i rettsboken. Politiet må også gjøre rede for hvilke skritt som er tatt siden forrige rettsmøte og hvilke skritt som gjenstår (for eksempel at hjemlandets myndigheter utsteder nødvendige reisedokumenter). Departementet foreslår at henvisningen til tredje ledd beholdes, jf. lovforslaget § 106 b fjerde ledd.

Straffeprosessloven § 185 fjerde ledd ledd om siktedes rett til å være til stede i retten når spørsmålet om fengslingsforlengelse behandles, passer også for fremstilte i utlendingssaker. Reguleringen av fjernmøte med bildeoverføring i tredje til sjuende punktum er ny fra 2011. Dette er praktisk også i utlendingssaker, og betenkelighetene er ikke større enn ved straffeprosessuelle fengslinger. Departementet anbefaler derfor at reglene i fjerde ledd videreføres. Blant annet på grunn av bestemmelsens omfang og detaljnivå anses det mest tjenlig at utlendingssaker § 106 beholder en henvisning til fjerde ledd i straffeprosessloven § 185, jf. lovforslaget § 106 b fjerde ledd.

Straffeprosessloven § 185 femte ledd har ytterligere regler om fremgangsmåten ved forlengelse av fengsling. Disse er relevante i utlendingssaker og innebærer blant annet at utlendingen og hans prosessfullmektig må varsles om en forlengelsesbegjæring senest dagen før, og at politiet som hovedregel bør stille i fengslingsmøtet. Departementet foreslår at henvisningen til femte ledd beholdes, jf. lovforslaget § 106 b fjerde ledd.

Sjette ledd gjelder rettens plikt til å løslate siktede, hvis etterforskningen ikke fremmes hurtig nok. Denne bestemmelsen passer ikke særlig godt i utlendingssaker, siden det her ikke foregår etterforskning i vanlig forstand. Bestemmelsen må i tilfelle fortolkes slik at den gjelder tilsvarende dersom utlendingssaken ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet. I tråd med den vurdering som er gjort i Tvangsmiddelrapporten, mener departementet at det må være tilstrekkelig å videreføre bestemmelsene i straffeprosessloven § 184 femte ledd og § 187a om adgangen til å omgjøre en fengslingskjennelse og plikten til å løslate dersom fengslingsgrunnen faller bort. Departementet foreslår derfor at henvisningen til § 185 sjette ledd utgår. Departementet viser også til forslaget til ny bestemmelse om progresjonskravet i § 106 som omtales i avsnitt 10 nedenfor.

4.4.15 Straffeprosessloven § 186 – Restriksjoner under pågrepelse og fengsling

Straffeprosessloven § 186 lyder:

Den som er pågrepet eller fengslet, har rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin offentlige forsvarer.

For øvrig kan retten, i den utstrekning hensynet til etterforskningen i saken tilsier det, ved kjennelse bestemme at den fengslede ikke skal kunne motta besøk eller sende eller motta brev eller annen sending, eller at besøk eller brevveksling bare kan finne sted under kontroll av politiet. Dette gjelder ikke korrespondanse med og besøk fra offentlig myndighet med mindre det er uttrykkelig fastsatt i kjennelsen. Fengslede under 18 år skal kunne motta besøk av, eller sende eller motta brev fra, nær familie, med mindre det foreligger særlige omstendigheter. Retten kan også bestemme at den fengslede ikke skal ha adgang til aviser eller kringkasting eller at han skal utelukkes fra samvær med bestemte andre innsatte (delvis isolasjon). Retten kan overlate til påtalemyndigheten å bestemme hvilke innsatte den fengslede skal utelukkes fra samvær med.

Kjennelsen skal angi på hvilken måte etterforskningen vil bli skadelidende om ikke den fengslede blir underlagt forbud eller kontroll etter bestemmelsen her. Det skal også gå frem av kjennelsen at bruken av forbud eller kontroll ikke er et uforholdsmessig inngrep.

§ 187 a gjelder tilsvarende.

Ellers gjelder reglene i straffegjennomføringsloven kapittel 4.

Bestemmelsens første ledd er relevant i utlendingssaker i de tilfeller der utlendingen har fått oppnevnt prosessfullmektig. Oppnevning av prosessfullmektig er regulert i utlendingsloven § 92 fjerde ledd:

Retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 106. Det skal så vidt mulig oppnevnes en prosessfullmektig straks det er klart at en pågrepet utlending ikke vil bli løslatt, uttransportert eller fremstilt for fengsling etter § 106 innen utløpet av den andre dagen etter pågripelsen. Retten skal også oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om beslag eller pålegg etter § 104 annet ledd og § 105 annet ledd, 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.

Straffeprosessloven § 186 første ledd må da gjelde for den oppnevnte prosessfullmektigen i utlendingssaken, slik at utlendingen får samme rett til å kommunisere skriftlig eller muntlig med sin advokat uavhengig av om han frihetsberøves etter den ene eller andre loven. Dette er en viktig rettssikkerhetsgaranti, som bør fremgå direkte av utlendingsloven. Departementet foreslår derfor at denne bestemmelsen inntas i § 92.

Straffeprosessloven § 186 annet ledd regulerer adgangen til å ilegge brev- og besøksforbud og delvis isolasjon i forbindelse med fengsling. Siden det er «hensynet til etterforskningen» som må begrunne slike restriksjoner, passer imidlertid ikke denne regelen i utlendingssaker. Dermed blir heller ikke tredje og fjerde ledd relevante.

Av straffeprosessloven § 186 femte ledd fremgår det at straffegjennomføringsloven kapittel 4 gjelder ved straffeprosessuell pågripelse og fengsling. Denne henvisningen er

overflødig i utlendingssaker. Når det gjelder utlendinger *som plasseres på Trandum*, er det sikker rett at straffegjennomføringsloven ikke gjelder. Da bestemmelsen om utlendingsinternat ble innført i utlendingsloven av 1988, ble dette vedtatt presisert i forjengeren til straffegjennomføringsloven, fengselsloven. Det vises til Besl. O. nr. 49 (1998-1999), lovforslagets punkt II:

I lov av 12. desember 1958 nr. 7 om fengselsvesenet skal § 9 første ledd lyde: (...) Loven her gjelder ikke ved innsettelse i utlendingsinternat etter utlendingsloven § 37 sjette ledd eller § 41 femte ledd.

Denne presiseringen ble aldri tatt med i den nye straffegjennomføringsloven. Departementet legger imidlertid til grunn at det ikke er tvil om at dette er gjeldende rett, og finner det derfor ikke nødvendig med en endring i straffegjennomføringsloven eller utlendingsloven.

Når det gjelder utlendinger *som plasseres i ordinært fengsel på utlendingsrettslig grunnlag*, legger departementet derimot til grunn at straffegjennomføringsloven vil gjelde i sin helhet. Det synes forutsatt i juridisk litteratur at denne situasjonen er omfattet av straffegjennomføringslovens anvendelsesområde, jf. § 1 («andre reaksjoner når det er særskilt bestemt i lov»)⁵. Videre er det opplagt urimelig at utlendingsinternatforskriften skulle måtte anvendes overfor enkeltindivider plassert i ordinære fengsler. Henvisningen i straffeprosessloven er derfor unødvendig også når det gjelder disse tilfellene.

Henvisningene til straffeprosessloven § 186 annet til femte ledd kan dermed i sin helhet falle bort.

4.4.16 *Straffeprosessloven § 186 a – Isolasjon*

Straffeprosessloven § 186 a lyder:

Retten kan ved kjennelse beslutte at den fengslede skal utelukkes fra fellesskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon) når varetektsfengsling er besluttet etter § 184 annet ledd, jf. § 171 første ledd nr. 2, og det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken dersom han ikke holdes isolert. Er den siktede under 18 år, kan isolasjon ikke besluttes.

Retten skal fastsette en bestemt tidsfrist for isolasjonen. Fristen skal være så kort som mulig, og må ikke overstige 2 uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil 2 uker om gangen. Dersom etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter 2 uker vil være uten betydning, og den siktede er fylt 18 år, kan fristen forlenges med inntil 4 uker om gangen.

Den fengslede kan ikke holdes isolert i et sammenhengende tidsrom på mer enn

⁵ Jf. *Straffegjennomføring* (Langset Storvik, 2003).

- a) 6 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre straff av fengsel inntil 6 år. Dersom siktelsen gjelder flere straffbare handlinger som samlet kan føre til en straff av mer enn 6 års fengsel, og tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan den fengslede likevel holdes fortsatt isolert utover 6 uker.
- b) 12 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 år. Dersom tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan den fengslede holdes fortsatt isolert utover 12 uker.

§ 186 tredje og fjerde ledd gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer ileggelse av fullstendig isolasjon i forbindelse med fengsling. Siden grunnvilkåret etter første ledd første punktum er at det foreligger bevisforspillet-sesfare, «passer» ikke bestemmelsen i utlendingssaker. Departementet foreslår derfor å sløyfe henvisningen til § 186a.

4.4.17 Straffeprosessloven § 187 – Fortsatt fengsling etter dom

Straffeprosessloven § 187 lyder:

Er siktede i varetektsfengsel når det avsies ubetinget dom på frihetsstraff eller dom som forkaster anke over slik dom, kan han fortsatt holdes fengslet i inntil 4 uker etter domsavsigelsen om ikke retten treffer annen bestemmelse. Spørsmålet om forlengelse av fengslingen avgjøres av retten etter reglene i § 185.

Frifinnes siktede skal han straks løslates. Det samme gjelder når han får betinget dom eller bare blir ilagt straff av bot, samfunnsstraff eller fengsel som er avsonet ved varetektsfengsel. Bli det på stedet avgitt erklæring om anke over dom, eller om at det vil bli innstilt på slik anke, kan den rett som har avsagt dommen, når særlige grunner taler for det, ved kjennelse bestemme at siktede kan holdes fengslet i et bestemt tidsrom. Spørsmålet om senere forlengelse av fengslingen avgjøres av retten etter reglene i § 185.

Bestemmelsen gjelder situasjonen hvor en siktet person er varetektsfengslet idet han blir idømt straff, og aktualiseres ikke i forbindelse med utlendingssak. Henvisningen til § 187 kan derfor utgå.

4.4.18 Straffeprosessloven § 187 a – Løslatelse fra fengsling

Straffeprosessloven § 187 a lyder:

Den som er fengslet, skal løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen for varetektsfengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut.

Denne plikten til å løslate dersom fengslingsgrunnen er falt bort eller fengslingsfristen er gått ut, er relevant også i fengslings saker etter utlendingsloven. Noe annet er at dersom et fengslingsgrunnlag ikke lenger gjelder, kan det hende at et annet fengslingsgrunnlag er aktuelt. Når utlendingens identitet er avklart, kan det for eksempel oppstå spørsmål om tvangsmessig tilbakehold for å fremskaffe reisebevis. Dette vil i så fall være et nytt grunnlag for tvangsmessig tilbakehold, og disse må holdes separate. De-

partementet foreslår at en tilsvarende bestemmelse som straffeprosessloven § 187 a tas inn i utlendingsloven, jf. lovforslagets § 106 b femte ledd andre punktum.

4.4.19 *Straffeprosessloven § 188 – Fengslingsurrogater*

Straffeprosessloven § 188 lyder:

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet. Slik plassering kan bare skje dersom institusjonen eller kommunen samtykker.

Samtykke ved beslutning etter annet ledd er likevel ikke nødvendig når siktede på fengslingstidspunktet er psykotisk eller psykisk utviklingshemmet og antas å være straffri etter straffeloven § 20 bokstav b eller bokstav c. Vurderingen av om siktede antas å være straffri etter straffeloven § 20 bokstav b må bygge på en entydig sakkyndig utredning. Det regionale helseforetaket i den siktedes bostedsregion bør få anledning til å uttale seg før beslutningen treffes. Det regionale helseforetaket avgjør ellers hvilken institusjon siktede skal oppholde seg i. Dersom siktede er psykisk utviklingshemmet, skal plassering skje i fagenheten for tvungen omsorg, jf. straffeloven § 63.

Når den siktede skal oppholde seg i institusjon eller kommunal boenhet, kan retten fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet.

Reglene i §§ 184, 185 og 187 gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer rettens adgang til å beslutte bruk av fengslingsurrogater. Utlendingsloven § 105 regulerer meldeplikt og bestemt oppholdssted, og må anses som en uttømmende regulering av adgangen til å benytte fengslingsurrogater. Det er altså ikke mulig å supplere § 105 med bruk av kausjon, deponering eller pantsettelse etter straffeprosessloven § 188. Det følger dessuten av utlendingsloven § 106 annet ledd at retten alltid skal vurdere om et mildere tiltak enn fengsling vil være tilstrekkelig. Henvisningen til § 188 første ledd bør derfor utgå.

Tvangsmessig plassering i institusjon eller kommunal boenhet, jf. straffeprosessloven § 188 annet ledd, synes ikke praktisk i utlendingssaker. Det vises til at utlendingsloven i § 107 fastsetter at en utlending som fengsles etter utlendingsloven, som hovedregel skal plasseres i utlendingsinternat. Under enhver omstendighet kan politiet be kommunen om å bidra til en *frivillig* plassering på en slik institusjon/enhet. Departementet mener derfor at det heller ikke er behov for å videreføre henvisningen til § 188 annet ledd.

Departementet viser for øvrig til drøftelsen av spørsmålet om anvendelse av alternativer til tvangsmessig tilbakehold i avsnitt 11 nedenfor.

4.4.20 *Straffeprosessloven § 189 – Krav til sikkerhetsstillelse mv.*

Straffeprosessloven § 189 lyder:

Den som stiller sikkerhet etter § 188, skal underskrive en erklæring om sikkerhetsstillelse og vilkårene for at sikkerheten skal anses forbrutt.

Hvorvidt en stilt sikkerhet er forbrutt, avgjøres ved kjennelse etter at det så vidt mulig er gitt alle interesserte anledning til å bli hørt. Er siktede unnveket, men innen en måned enten frivillig kommer tilbake eller pågripes, kan retten bestemme at ansvaret skal nedsettes eller helt falle bort.

En forbrutt sikkerhet tilfaller staten. Er siktede uformuende, dekkes likevel først den fornærmedes krav på erstatning eller oppreisning.»

Bestemmelsen inneholder en nærmere regulering av sikkerhetsstillelse etter § 188. Siden § 188 ikke kommer til anvendelse i utlendingssaker, er ikke henvisningen til § 189 relevant. Departementet foreslår at henvisningen utgår.

4.4.21 *Straffeprosessloven § 190 – Opphør av sikkerhetsstillelse*

Straffeprosessloven § 190 lyder:

Sikkerhet som ikke er forbrutt, og andre forholdsregler som er trådt i stedet for fengsling, faller bort når den siktede igjen er brakt i fengsel.

Kausjonisten blir også fri når han fremstiller siktede til fengsling eller har oppsagt kausjonen tidsnok til at det har vært anledning til å fengsle siktede. Det samme gjelder når siktede selv fremstiller seg til fengsling, eller når dom er avsagt og det har vært tilstrekkelig tid til å sette i verk fullbyrding.

Bestemmelsen har sammenheng med §§ 188 og 189, og er heller ikke relevant i utlendingssaker. Henvisningen til § 190 bør derfor utgå.

4.4.22 *Straffeprosessloven § 191- Opphevet*

Straffeprosessloven § 191 ble opphevet med virkning fra 1. oktober 1995, og henvisningen til denne bestemmelsen må utgå.

4.4.23 *Straffeprosessloven kapittel 26 - Anke over kjennelse*

I Tvangsmiddelrapporten foreslås det at det inntas en uttrykkelig bestemmelse i utlendingssaker om at straffeprosessloven kapittel 26 om anke over kjennelser, skal gjelde ved anke over kjennelser om fengsling i utlendingssaker. Følgende refereres fra rapportens punkt 2.1:

«Det har (...) vært hevdet i den juridiske teorien at straffeprosesslovens regler for anke (tidligere kjæremål) må gjelde tilsvarende ved anke over fengslinger etter utlendingssloven. Domstolenes praksis synes å følge denne linjen. For eksempel viser Høyesteretts

ankeutvalg konsekvent til straffeprosesslovens § 388 om begrenset kompetanse ved videre anke, mens lagmannsrettene ofte viser til straffeprosessloven § 41 (og evt. § 52) om ankeinstansens begrunnelsesplikt. I Rt. 1996.1585 ga Høyesteretts kjæremålsutvalg også en annen type "ikke-henvist" bestemmelse i straffeprosessloven anvendelse i utlendingsaker, nærmere bestemt § 438 om rett til å få saksomkostninger dekket av staten.

Departementet er enig i forslaget om å lovfeste at det er straffeprosesslovens regler om anke over kjennelser som gjelder, jf. lovforslaget § 106 b sjette ledd.

5. SÆRSKILT OM PÅGRIPELSE OG TVANGSMESSIG TILBAKEHOLD AV MINDREÅRIGE

5.1 Innledning

I dette kapitlet drøftes noen sentrale problemstillinger som gjelder pågripelse og tvangsmessig tilbakehold av mindreårige.

Pågripelse eller tvangsmessig tilbakehold av mindreårige skjer i hovedsak sammen med foreldre eller andre foresatte. Det er ikke gitt regler i utlendingsloven som eksplisitt regulerer denne situasjonen.

Pågripelse og tvangsmessig tilbakehold av barn er nærmere drøftet i Tvangsmiddelrapportens punkt 5.6 «Behov for ytterligere regulering». Her slås det innledningsvis fast at selv om reglene i utlendingsloven i kombinasjon med straffeprosessloven «er i godt samsvar med kravene i barnekonvensjonen», er det et klart behov for å samordne reglene bedre. Et sentralt punkt i denne sammenhengen er at mindreårige blir pågrepet og eventuelt tvangsmessig tilbakeholdt sammen med foreldre, uten at dette er nærmere regulert. Departementet er enig i at det er ønskelig med et tydeligere regelverk på dette punkt.

5.2 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågripelse og fengsling av utlendinger. Det er ingen aldersgrense for pågripelse og fengsling etter utlendingsloven, slik det er i strafferetten (15 år). Da utlendingsloven 2008 ble utarbeidet under den forrige regjeringen ble det uttrykkelig forutsatt at også barn kan fengsles på Trandum, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 17.2.2.6.

I Prop.138 L (2010-2011) s. 55–56 ble det lagt til grunn at utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågripelse og fengsling av utlendinger, herunder både voksne og mindreårige. Her ble det igjen uttrykkelig forutsatt at barn kan fengsles på Trandum:

«Barneombudet bemerker i sin høringsuttalelse at soningsforhold ved fengsling må legges til rette for barn. I denne sammenheng viser departementet til forskrift av 23.12.2009 nr. 1890 om Politiets utlendingsinternat (utlendingsinternatforskriften), særlig § 4 om at familier som er fengslet skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv,

og at mindreårige skal ha mulighet for å delta i lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og skal, avhengig av oppholdets lengde, ha tilgang til undervisning.»

Dette punktet ble kommentert under Kommunal- og forvaltningskomiteens behandling, se Innst.78 L (2011-2012) side 14:

«Når det gjelder fengsling av barn, viser dette flertallet til at Justisdepartementet har fremmet forslag til endringer i straffeprosessloven, som vil innebære at det også på utlendingsrettens område vil bli et vilkår for fengsling av barn, at det er «tvingende nødvendig». Det vises for øvrig til at familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller der det ligger til rette for rask uttransportering. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelse, blir familien nesten alltid sluppet fra Trandum. Dette flertallet har også merket seg at regjeringen vil etablere et nytt modulbygg på Trandum i løpet av første halvår 2012, som også vil omfatte en spesialtilpasset avdeling for blant annet familier, skjermet fra de øvrige avdelingene ved internatet.»

Fengsling av barn er også omtalt i Meld. St. 27 (2011-2012), Barn på flukt, avsnitt 9.6. Her uttales blant annet:

«Hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn i politiets arbeid med frihetsberøvelse av barn. Politiet skal ta spesielle hensyn ved pågripelse av enslige mindreårige og barnefamilier. Det skal legges opp til så korte pågripelsesperioder som mulig. Pågripelsen skal foregå på en mest mulig skånsom måte og behovet for å kontakte andre ressurspersoner (barnevernet, verge, advokat osv.) skal vurderes i hvert enkelt tilfelle. Pågripelse på natten skal bare gjennomføres når dette er helt nødvendig. Politiet skal sette av tid til å gjennomføre pågripelsene slik at barnefamiliene og de enslige mindreårige får god tid til å pakke sakene sine før avreise.»

Pågripelse av barnefamilier ble ikke nærmere problematisert under stortingsbehandlingen.

Pågripelse og fengsling av mindreårige og barnefamilier har også vært nevnt i forbindelse med lovendringer som ble vedtatt under stortingssesjon 2015-2016. Departementet viser til lov 20. november 2015 nr. 94 om endringer i utlendingsloven (innstramminger). En av lovendringene var tilføyelsen av ny bokstav g i § 106 første ledd, som gir hjemmel for pågripelse og fengsling hvis utlendingens søknad om beskyttelse mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d. Det ble samtidig fastsatt at mindreårige og barnefamilier ikke skal omfattes. Unntaket bygger på en forutsetning om at reglene om bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven generelt sett gir hjemmel til å pågripe og fengsle mindreårige og barnefamilier, se Prop.16 L (2015-2016) side 19.

Gjennom behandlingen av Prop. 91 L (2015-2016) i juni 2016 ble det vedtatt en ny bokstav h i § 106 første ledd, som gir hjemmel til pågripelse og fengsling dersom utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer. Bestemmelsen gjelder imidlertid ikke hvis utlendingen er mindreårig

eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse. I proposisjonen understreket departementet at barn og barnefamilier kan bli pågrepet og eventuelt fengslet på annet grunnlag, typisk ved unndragelsesfare, jf. Prop. 91 L (2015-2016) avsnitt 7.1.5. Under stortingsbehandlingen var Kommunal- og forvaltningskomiteen positiv til at det ble gjort unntak i bestemmelsen for barn og barnefamilier, jf. Innst. 389 L (2015-2016) side 9–10.

I praksis pågripes familier med mindreårige barn nesten utelukkende i tilfeller hvor det ligger til rette for en rask uttransportering. Statistikken nedenfor viser antall innsettelse på Trandum i perioden 2013 til medio desember 2016.

Botid per innsettelse	2013	2014	2015	2016	Totalsum
<1 døgn	180	230	48	85	543
1-3 døgn	27	90	34	43	194
4-7 døgn	12	3	2	6	23
7-21	9	6	4	3	22
21-60	4			7*	11
Over 60		1	1	1**	3
Totalsum	232	330	89	145	796

*To personer fylte 18 år etter å ha vært innsatt 2 og 15 dager.

**En person fylte 18 år etter å ha vært innsatt i 12 dager.

	2013		2014		2015			Totalsum
	Løslatelse	Uttransport	Løslatelse	Uttransport	Løslatelse	Uttransport	(tom)	
<1 døgn	8	172	26	204	10	38		458
1-3 døgn	9	18	13	77	4	30		151
4-7 døgn	1	11	2	1		2		17
7-21		9		6	3	1		19
21-60	1	3						4
Over 60				1			1	2
Totalsum	19	213	41	289	17	71	1	651

Det følger av statistikken at det i 2016 har vært 17 barn innsatt på Trandum fram til medio desember, som har vært tilbakeholdt der lenger enn 3 døgn. I 2015 var antallet 7 barn og i 2014 gjaldt det 10 barn.

Tvangsmessig tilbakehold av barn og barnefamilier på Trandum har blitt kritisert av Sivilombudsmannen, Barneombudet og flere frivillige organisasjoner (NOAS, Redd Barna mfl.). Det fremgår av besøksrapport etter besøk til Politiets utlendingsinternat på Trandum 19.-21. mai 2015 at Sivilombudsmannen mener at Trandum fremstår som uegnet for barn. I brev av 24. oktober 2016 fra Sivilombudsmannen til Politiets utlendingsenhet uttales følgende:

«Ombudsmannen har notert seg Politiets utlendingsenhets presiseringer om at mindreårige kun helt unntaksvis fengsles i korte tidsrom og at det søkes å gjøre oppholdet så skånsomt som mulig. Som påpekt i besøksrapporten er det i saker som omfatter barn likevel avgjørende å forebygge internering og at alternativer til frihetsberøvelse vurderes svært nøye.»

Når det gjelder forholdet til Grunnloven § 104 og andre grunnlovsbestemmelser som kan ha betydning for spørsmål som gjelder barn, viser departementet til redegjørelsen under avsnitt 3.3.

5.3 Internasjonale forpliktelser og uttalelser fra internasjonale organer vedrørende saker som gjelder barn

Når det gjelder de generelle rammene for bruk av tvangsmidler, vises det til fremstillingen i punkt 3.4.

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og har forrang fremfor utlendingsloven. Konvensjonen forutsetter i artikkel 37 bokstav b at tvangsmessig tilbakehold kan skje, men stiller strenge vilkår:

“No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time”

Ut over at frihetsberøvelse ikke må være ulovlig eller vilkårlig, kreves det således at den må ha hjemmel i lov, bli brukt bare som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom.

EUs returdirektiv (som er bindende for Norge) forutsetter at det er adgang til frihetsberøvelse av barn i forbindelse med uttransportering, men stiller nærmere vilkår. Det fremgår uttrykkelig av artikkel 17 at frihetsberøvelse bare må anvendes som en siste utvei og så kortvarig som mulig:

Frihetsberøvelse av mindreårige og familier

1. Enslige mindreårige og familier med mindreårige skal kun frihetsberøves som siste utvei og så kortvarig som mulig.
2. Familier som er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv.

3. Mindreårige underlagt frihetsberøvelse skal ha mulighet for å delta i fritidsaktiviteter, herunder lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og skal, avhengig av oppholdets lengde, ha tilgang til undervisning.
4. Enslige mindreårige skal så langt det er mulig bo i institusjoner med personale og fasiliteter som ivaretar behovene til personer på deres alder.
5. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn når mindreårige frihetsberøves i påvente av uttransportering.

Av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav c følger det videre at mindreårige ikke skal holdes fengslet sammen med voksne, med unntak av situasjoner hvor dette er forenlig med barnets beste:

“In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so...”

Å holde barn fengslet sammen med foreldrene må anses å være det beste for barnet i de aller fleste tilfeller. I forskrift om Politiets utlendingsinternat av 23. desember 2009 (utlendingsinternatforskriften) heter det at «familier som er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv». Dette er også forutsatt i ulike lovforarbeider fra de seneste årene. Departementet ser ikke noe behov for nærmere lovregulering på dette punkt.

Det følger av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at ved alle handlinger og beslutninger som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn («a primary consideration»).

Barnekonvensjonen artikkel 3 er behandlet av Høyesterett i en rekke saker. Dette omfatter blant annet tre plenumsdommer, hvor den første dommen (Rt. 2012 side 1985) danner utgangspunktet for vurderingene i de to andre dommene (Rt. 2012 side 2039 og Rt. 2015 side 1388). Høyesterett uttaler at ordlyden i artikkel 3 nr. 1 viser at hensynet til barnet skal være et grunnleggende hensyn, men at det ikke er det eneste og heller ikke alltid det avgjørende hensynet, se Rt. 2012 side 1985 avsnitt 135 med henvisninger. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, jf. avsnitt 134. Samtidig påpeker Høyesterett at jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn. Hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.

Artikkel 3 nr. 1 supplerer dermed artikkel 37 bokstav b ved å stille krav til myndighetenes skjønnsutøvelse i det enkelte tilfellet. Det er naturlig å tolke artikkel 3 nr. 1 slik at det stilles krav både til selve avveiningens innhold og til at avveiningen synliggjøres i den begrunnelsen som gis for fengslingsvedtaket.

I UNHCRs anbefalinger knyttet til frihetsberøvelse av asylsøkere⁶ anføres det at mindreårige «in principle [should] not be detained at all», jf. avsnitt 51. Det vises til en rekke rettigheter i barnekonvensjonen for å begrunne dette standpunktet. Samtidig fremgår det at UNHCR ikke mener at barnekonvensjonen faktisk forbyr tvangsmessig tilbakehold av barn. Når det gjelder barn i følge med sine foreldre, uttales følgende i avsnitt 53:

“All appropriate alternative care arrangements should be considered in the case of children accompanying their parents, not least because of the well-documented deleterious effects of detention on children’s well-being, including on their physical and mental development. The detention of children with their parents or primary caregivers needs to balance, inter alia, the right to family and private life of the family as a whole, the appropriateness of the detention facilities for children, and the best interests of the child.”

Situasjonen er også berørt i punkt 48 om fengslingsforhold:

“In co-sex facilities, men and women should be segregated unless they are within the same family unit. Children should also be separated from adults unless these are relatives. Where possible, accommodation for families ought to be provided.”

I New York-erklæringen for flyktninger og migranter av 13. september 2016 vedtok FNs generalforsamling følgende:

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

Erklæringen gjelder tvangsmessig tilbakehold av barn ved innreise og frem til en søknad er avgjort. Tvangsmessig tilbakehold som ledd i returprosessen omfattes ikke. I Norge er pågripelse og tvangsmessig tilbakehold av barn og barnefamilier først og fremst aktuelt ved tvungen retur.

EMK artikkel 3 fastsetter at ingen må utsettes for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, se punkt 3.4. I fem avgjørelser mot Frankrike fra

⁶ <http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>.

12. juli 2016 har EMD konstatert krenkelse av artikkel 3 ved fengsling av barnefamilier i forbindelse med retur.⁷ Dommene er rettskraftige.

De aktuelle familiene hadde oppholdt seg på de franske utlendingsinternatene Toulouse-Cornebarrieu og Metz-Queuleu. Oppholdet varte fra syv til atten dager og barna var fra fire måneder til fire år. Ved vurderingene opp mot EMK artikkel 3, la domstolen vekt på barnas unge alder, varigheten og forholdene ved internatet.⁸ Følgende siteres fra en uoffisiell oversettelse av A.B. og andre (11593/12), og illustrerer hvilke vurderinger domstolen har foretatt:

”Anvendelse på det foreliggende tilfellet

110. Domstolen konstaterer at i det foreliggende tilfellet, og i likhet med Muskhadzhiyeva og andre, var klagerens barn sammen med foreldrene sine i perioden for frihetsberøvelse. Domstolen vurderer imidlertid at denne faktoren ikke er av en slik art at det fritar myndighetene fra forpliktelsen til å beskytte barnet og iverksette egnede tiltak med hensyn til de positive forpliktelsene som følger av artikkel 3 i EMK (ibid., nr. 58), og at den svært sårbare situasjonen til barnet er avgjørende og veier tyngre enn egenskapen av å være utlending med ulovlig opphold (se Popov, tidligere nevnt nr. 91; sammenlign med Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga, tidligere nevnt, nr. 55). Domstolen bemerker at EU-direktivene som regulerer frihetsberøvelse av utlendinger, anser at mindreårige, uavhengig av om de er medfølgende eller enslige, regnes blant sårbare personer som myndighetene skal gi spesiell oppmerksomhet. Barn har spesifikke behov på grunn av deres alder og useelvstendighet.

111. Domstolen bemerker at i det foreliggende tilfellet var barnet til klagerne fire år og satt i forvaring sammen med foreldrene sine i atten dager i senteret i Toulouse-Cornebarrieu.

112. Når det gjelder de materielle fengslingsforholdene, konstaterer domstolen at senteret i Toulouse-Cornebarrieu er blant dem som er «godkjent» for å motta familier i henhold til dekretet av 30. mai 2005(...). Det fremgår av besøksrapportene fra dette senteret (...) at myndighetene har sørget for å atskille familier fra andre innsatte, gi dem rom med spesielt utstyr og at utstyr for barnepleie finnes til deres disposisjon. Domstolen peker dessuten på at de ikke-statlige organisasjonene har erkjent at, til forskjell fra det som var tilfellet i den tidligere nevnte Popov-saken, de materielle forholdene i dette senteret ikke var noe problem.

113. Domstolen konstaterer imidlertid at senteret i Toulouse-Cornebarrieu, som er oppført i umiddelbar nærhet til rullebanene på Toulouse-Blagnac-flyplassen, er eksponert for særlig høy støy, noe som har ført til at området er klassifisert som «ikke bebyggelig» (se nummer 33, 37 og 40). Domstolen bemerker at barna, som har behov for perioder med avkobling utendørs, i særlig grad blir utsatt for denne støyen av et for høyt nivå. Domstolen vurderer, blant annet og uten at det er nødvendig å referere til den medisinske erklæringen fremskaffet av klagerne, at tvangsfaktorene som er iboende for et sted for frihetsberøvelse, som er spesielt tyngende for et barn, samt senterets organisatoriske

⁷ A.B. og andre mot Frankrike (11593/12), R.M. og andre mot Frankrike (33201/11), A.M. og andre mot Frankrike (24587/12), R.K. og andre mot Frankrike (68264/14) og R.C. og V.C. mot Frankrike (76491/14).

⁸ A.B. og andre (11593/12) avsnitt 108.

forhold nødvendigvis har hatt en angstskapende effekt på klagernes barn. Barnet, som ikke kunne overlates til seg selv, måtte være med foreldrene på alle avtaler knyttet til situasjonen deres, i tillegg til forskjellige rettsmøter og administrative møter. Ved forflytninger har han måttet være side om side med væpnet politi i uniform. I tillegg har han ustanselig vært utsatt for kunnngjøringene fra høytalerne på senteret. Barnet har opplevd at foreldrene har lidd psykisk på et sted for fengsling, noe som ikke har gitt ham mulighet til å få nødvendig avstand.

114. Domstolen vurderer at slike forhold, selv om de nødvendigvis er alvorlige kilder til stress og angst for et lite barn, ikke er tilstrekkelig, i et tilfelle med fengsling for en kort periode og under fengslingsforholdene i denne saken, til å oppfylle minstekravet til alvorlighetsgrad som er nødvendig for å omfattes av artikkel 3. Domstolen er derimot overbevist om at utover en kort periode vil gjentakelsen og summen av psykisk og følelsesmessige belastninger nødvendigvis føre til skadelige virkninger for et lite barn som overskrider det nevnte minstekravet til alvorlighetsgrad. Varigheten er i denne sammenhengen av avgjørende betydning når det gjelder anvendelsen av denne teksten. Domstolen vurderer at denne korte perioden er overskredet i det foreliggende tilfelle, ettersom det dreier som frihetsberøvelse av et barn på fire år i atten dager under de forholdene som er beskrevet over.

115. Tatt i betraktning alderen til klagernes barn, varigheten og forvaringsforholdene på senteret for frihetsberøvelse i Toulouse-Cornebarrieu, anser domstolen at myndighetene har utsatt dette barnet for en behandling som overgår minstekravet til alvorlighetsgrad for å falle inn under artikkel 3 i EMK. Følgelig foreligger det brudd på denne artikkelen når det gjelder barnet til klagerne.”

Det fremgår uttrykkelig av dommen at tvangsmessig tilbakehold for en kort periode under slike forhold som ved det aktuelle senteret, ikke i seg selv vil utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 3. Ved tvangsmessig tilbakehold ut over en kort periode vil imidlertid gjentakelsen og den samlede effekten av psykiske og følelsesmessige belastninger, føre til skadelige virkninger for små barn, og dermed innebære en krenkelse av artikkel 3. Når domstolen har vurdert belastningene ved å sitte frihetsberøvet sammen med familien, har den lagt vekt på flere konkrete forhold ved situasjonen i det franske utlendingsinternatet. Relevansen av dette i en norsk kontekst kommenteres nærmere i punkt 5.6.8 nedenfor.

I de fem nevnte avgjørelsene mot Frankrike ble det også anført ulike krenkelser av EMK artikkel 5 nummer 1 og 4 (retten til frihet og sikkerhet). Domstolen vurderte spørsmålet om lovligheten av frihetsberøvelsen av barna, og prøvingen av denne, og om mindre inngripende tiltak kunne vært brukt overfor barnefamiliene.

Domstolen påpekte at fransk rett regulerer enkelte aspekter ved at mindreårige følger med foreldrene som er frihetsberøvet. Det finnes derimot ingen tekst som fastsetter vilkårene for når barns tilstedeværelse ved frihetsberøvelse er mulig. Under slike forhold anser EMD at tilstedeværelse av et barn som følger med foreldrene sine i et senter for frihetsberøvelse, bare er i overensstemmelse med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f («lovlig pågripelse eller frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsen-

delse eller utlevering») hvis myndighetene påviser at de har brukt dette tiltaket som siste utvei, og bare etter at de faktisk har kontrollert at ingen andre tiltak som er mindre inngripende for friheten, kan iverksettes.

I tre av dommene slo EMD fast at EMK artikkel 5 nr. 1 var krenket på bakgrunn av at myndighetene ikke hadde undersøkt om det var mulig å anvende alternative løsninger til frihetsberøvelse (A.B. og andre (11593/12) avsnitt 124, R.M. og andre (33201/11) avsnitt 87, og R.K. og andre (68264/14) avsnitt 86).

I to av sakene ble det ikke funnet brudd på EMK artikkel 5 nr. 1. Her vektla domstolen at mindre inngripende tiltak var forsøkt eller foreslått, men at flere faktorer medførte at frihetsberøvelse likevel var akseptabelt fordi det forelå unndragelsesfare. Momentene som tilsa unndragelsesfare var blant annet manglende vilje til å samarbeide om utreise, manglende ID og mangel på overnattingssted, jf. A.M. og andre (24587/12) avsnitt 68. I R.C. og V.C. (76491/14) ble det lagt vekt på at barnets mor var straffedømt (fengsel i tre år, seks måneder betinget), hun hadde uttrykt motvilje mot å returnere, og hun hadde ikke kjent adresse, jf. avsnitt 56.

Domstolen vurderte videre om det forelå brudd på EMK artikkel 5 nr. 4, som lyder:

«Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig».

Domstolen uttalte at en person som holdes i forvaring har rett til å etterprøve frihetsberøvelsen, ikke bare opp mot intern rett, men også opp mot EMK, når det gjelder de generelle prinsipper som EMK fastsetter, og formålet med restriksjonene som tillates i punkt nr.1. Domstolen påpekte at det ikke følger av fransk lov at mindreårige kan frihetsberøves. Domstolen hadde i den tidligere Popov-dommen sluttet fra dette at barn som følger med foreldrene sine, faller i et juridisk tomrom som gjør at de ikke kan benytte klageadgangen for forvaltningsdomstolen, slik barnets foreldre kan, og at fengslingsdommere derfor ikke kunne treffe kjennelse om lovligheten av deres tilstedeværelse i et senter for frihetsberøvelse.

I to av sakene ble det ikke funnet brudd på EMK art. 5 nr. 4. Her mente EMD at barnets rettigheter etter konvensjonen var ivaretatt ved at domsmyndighetene hadde tatt hensyn til at sakene også gjaldt barn og undersøkt om det var mulig å bruke alternative tiltak til frihetsberøvelse, selv om barnet formelt sett ikke var part i fengslingssakene, jf. A.M. og andre (24587/12) avsnitt 77 og R.C. og V.C. (76491/14) avsnitt 63.

I tre av sakene mente imidlertid EMD at det forelå krenkelse på grunn av mangelfulle vurderinger av barnets situasjon, herunder av alternativer til frihetsberøvelse (A.B. og andre (11593/12) avsnitt 136–137, R.M. og andre (33201/11) avsnitt 91, og R.K. og andre (68264/14) avsnitt 94). Barnas rettigheter etter EMK artikkel 5 nr. 4 var derfor krenket.

I A.B. og andre (11593/12) og R.K. og andre (68264/14) fastslo domstolen at det også forelå brudd på EMK artikkel 8 (retten til respekt for privatliv og familieliv) fordi lengden på oppholdet var uforholdsmessig (henholdsvis atten og ni dager). Domstolen viste til EMDs dom av 19. januar 2012, Popov mot Frankrike (39472/07 og 39474/07), hvor det var tre faktorer som ble vektlagt ved vurderingen av om frihetsberøvelse av et barn var et uforholdsmessig inngrep: For det første representerte ikke klagerne noen spesiell unndragelsesfare; for det andre hadde ingen alternativer til frihetsberøvelse blitt vurdert; for det tredje hadde ikke myndighetene iverksatt en tilstrekkelig effektiv prosess for å gjennomføre utsendelsen så raskt som mulig og begrense fengslingsperioden. EMD var ikke overbevist om at det forelå en reell unndragelsesfare eller at det ikke var mulig å finne et alternativ til frihetsberøvelse av familiene, jf. A.B. og andre (11593/12) avsnitt 154–156 og R.K. og andre (68264/14) avsnitt 115–117.

I to av de andre sakene mente derimot domstolen at det ikke forelå noe brudd på EMK artikkel 8. I den ene saken ble det vektlagt at det forelå fare for unndragelse, myndighetene hadde fulgt alle prosedyrer for hurtig retur, og at det var barnemorens egen oppreden som førte til at retur ikke ble gjennomført etter planen, jf. A.M. og andre (24587/12) avsnitt 95–96.

Unndragelsesfare forelå også i den andre saken, i tillegg til at grunnen til at utlendingen ikke var sendt ut tidligere skyldtes forhold utenfor franske myndigheters kontroll, jf. R.C. og V.C. (76491/14) avsnitt 81–82. Frihetsberøvelse i sakene, med en varighet på henholdsvis 8 og 10 dager, ble ansett som proporsjonalt. I den siste saken, R.M. og andre (33201/11), ble det ikke tatt stilling til om det forelå noe brudd på EMK artikkel 8 fordi anførselen om påstått brudd ikke var fremmet rettidig for domstolen, jf. EMK artikkel 35.

5.4 Rettstilstanden i andre nordiske land

Sverige

Vilkårene for tvangsmessig tilbakehold av mindreårige i Sverige fremgår av § 2 i kapittel 10:

2 § Ett barn får tas i förvar, om

1. det är sannolikt att barnet kommer att avvisas med omedelbar verkställighet eller det är fråga om att förbereda eller genomföra verkställigheten av ett beslut om avvisning med omedelbar verkställighet,
2. risken är uppenbar att barnet annars håller sig undan och därigenom äventyrar en verkställighet som inte bör fördröjas, och
3. det inte är tillräckligt att barnet ställs under uppsikt enligt bestämmelserna i 7 §.

Ett barn får också tas i förvar, om

1. det är fråga om att förbereda eller genomföra verkställigheten av ett beslut om avvisning i andra fall än enligt första stycket eller ett beslut om utvisning enligt 8 kap. 6 eller 10 § eller 8 a kap. 1 eller 5 §, och

2. det vid ett tidigare försök att verkställa beslutet inte visat sig tillräckligt att barnet ställts under uppsikt enligt bestämmelserna i 7 § andra stycket. *Lag (2014:198)*.

Videre fremgår følgende av § 5 i kapittel 10:

5 § Ett barn får inte hållas i förvar längre tid än 72 timmar eller, om det finns synnerliga skäl, ytterligare 72 timmar.

Selv om vilkårene for tvangsmessig tilbakehold er strengere etter svensk rett enn etter norsk rett, viser innhentede tall fra Sverige at antallet barn som ble tatt «i förvar» i Sverige, var 96 i 2014, 88 i 2015 og 75 frem til ultimo september 2016.

De svenske reglene har også skapt betydelige praktiske utfordringer, SOU 2011:17, avsnitt 4.3.2:

(...) Enlig poliser som utredningen talat med innebär reglerna i 10 kap. 2 § andra stycket UtIL att de ofta avstår från att fatta ett beslut om uppsikt när det gäller ett barn och dennes familj och att de inte heller gör något försök att få till stånd en frivillig verstillighetsresa när det gäller barnet och familjen. Detta för att undvika dels misslyckade verkstillighetsförsök, dels att familjen avviker och därefter håller sig gömd en längre tid. I stället hämtar man omfta en barnfamilj i omdelbar anslutning till att en verkstillighetsresa ska ske. Detta innebär att polisen ibland måste väcka en barnfamilj mycket tidigt på morgonen eller sent på kvällen. Kontakt med släktingar eller andra personer som kan ta emot dem i det land som de ska sändas till.

Bestämmelserna om när ett barn kan tas i förvar leder enligt de poliser utredningen talat med ibland även till att en barnfamilj splittras. Det sker i de fall bara en vuxen i en familj har tagits i förvar men en verskstillighetsresa har bokats för hela familjen. När resan väl ska äga rum har den övriga familjen avvikit medan verkstilligheten genomförs när det gäller den vuxne som hållits i förvar.

Även andra problem har påtalats av Rikspolisstyrelsen. Det gäller t.ex. utlännningar mellan 15 och 18 år som utvisats på grund av brott. De har i en del fall varit frihetsberövade i samband med brottmålsprocessen men kan inte tas i förvar efter processen om de inte först ställts under uppsikt och ett försök att verkställa utvisningsbeslutet misslyckats. Detta gör att det kan vara svårt att verkställa dessa beslut eftersom barnen, och även deras familjer, enligt uppgift inte sällan avviker när ett uppsiktsbeslut fattas. Rikspolisstyrelsen har även påtalat att det inte är möjligt att ställa en barnfamilj under uppsikt om familjen håller sig undan redan när polisen tar emot ett beslut om avvisning eller utvisning för verkstillighet. Enligt uppgift är det förhållandevis vanligt att en barnfamilj avviker omdelbart efter att ett beslut om avvisning eller utvisning fattats. I de fallen är det omöjligt att delge ett uppsiktsbeslut. Oavsett hur lång tid som sedan går innan barnfamiljen påträffas kan familjen inte tas i förvar när polisen väl hittar den. I stället innebär reglerna att det endast är möjligt att ta en vuxen i familjen i förvar medan resten av familjen ställs under uppsikt. Även i detta fall är det enligt uppgift vanligt att familjen avviker igjen, ofta innan ett verkstillighetsförsök hunnit göras. Inte ens när familjen påträffas en andra gång är det därför säkert att familjen kan tas i förvar.

Rikspolisstyrelsen har ifrågasatt om bestämmelserna om förvar av barn är ändamålsenligt utformade. Det gäller särskilt reglerna om att det i vissa fall krävs att ett ver-

ställighetsförsök har misslyckats för att ett barn ska kunna tas i förvar. Rikspolisstyrelsen har framhållit att en regelförändring skulle effektivisera verkställighetsprosessen, minska kostnaderna för samhället och även innebära förbättringar för barnen. En regelförändring skulle t.ex. möjliggöra att en barnfamilj i lugn och ro kan packa sina tillhörigheter dagen innan en verställighetsresa och att familjen sedan kan vistas tillsammans i en förvarslokal under natten. Barnen skulle inte heller riskera att skiljas från någon av sina föräldrar. Rikspolisstyrelsen har även ifrågasatt om det kan anses vara bättre för ett barn att leva gömt i kanske flera år, än att barnet hålls i förvar ett par dagar för att möjliggöra en verkställighet.»

I SOU 2011:17 ble det, med bakgrunn i blant annet dette, bemerket at det ville føre til en mer effektiv returprosess og koste vesentlig mindre for samfunnet dersom man utvidet adgangen til tvangsmessig tilbakehold av barn i svensk rett. Utredningen støttet likevel ikke politiets anbefaling. Det ble vist til at politiet ikke anvendte gjeldende regelverk slik det var tiltenkt når de avstår fra å pålegge meldeplikt, eventuelt tvangsmessig tilbakehold av en av de voksne i familien, forut for at de gjennomførte tvangsretur. Utredningen anerkjente at gjeldende prosedyre er kostbar, men påpekte at prosedyren er skapt for blant annet å beskytte barn fra tvangsmessig tilbakehold. Utredningen fant at politiets argumenter om økonomisk fordel og at tvangsmessig tilbakehold kan være forenlig med barnets beste, ikke kunne tillegges avgjørende betydning. Utredningen viste videre til internasjonale forpliktelser om at frihetsberøvelse av barn bare skal anvendes som en siste utvei.

Danmark

Den danske utlendingsloven har ingen spesifikke bestemmelser som regulerer frihetsberøvelse av mindreårige, men i Rigspolitiets strategi for anvendelsen av frihetsberøvelse etter utlendingsloven er det kommentert at frihetsberøvelse av barn skal unngås hvis mulig og bare skje når særskilte omstendigheter gjør seg gjeldende. Det gjelder ingen formell aldersgrense for å frihetsberøve barn etter utlendingsloven.

Ved frihetsberøvelse skal man fremstilles for retten innen tre døgn. Dette gjelder også mindreårige. Varigheten av frihetsberøvelsen er ikke regulert, men det er uttalt at den for barn skal være så kortvarig som mulig. Personer som frihetsberøves kan enten holdes i vanlig fengsel eller plasseres på et særskilt utlendingsinternat.

Det er ikke regulert om barn kan frihetsberøves sammen med foreldrene sine, men i forarbeidene er det kommentert at frihetsberøvelse ikke skal brukes hvis det på grunn av personlige forhold vil virke særlig belastende for utlendingen. Det er også sagt at utlendingen helst ikke skal sendes til utsendelsesenter for uttransport hvis vedkommende har barn under sju år. I 2015 bestemte den danske regjeringen at *Udrejsesenter Sjælsmark* skal utvides. Senteret ligger i Nordsjælland, og skal permanent huse omkring 600-700 personer. Det vil primært dreie seg om familier med barn, som har fått endelig avslag på asyl, samt personer omfattet av åpenbart grunnløs-prosedyren eller avviste etter Dublin III-forordningen, som umiddelbart kan uttransporteres.

Finland

Heller ikke den finske utlendingsloven har noen materielle særregler for når en person under 18 år kan frihetsberøves (tas i «förvar»), men i alle beslutninger som gjelder barn, skal man ta særlig hensyn til barnets beste, og en representant for sosialmyndighetene skal høres. Finland har ingen maksimumsfrist for frihetsberøvelse av barn. Mindreårige utlendinger skal som hovedregel holdes på utlendingsinternatet, og det er helt utelukket å holde enslige mindreårige i politiets eller grensekontrollmyndighetenes lokaler.

5.5 Prosedyrer ved retur av barnefamilier i Storbritannia

Storbritannia hadde tidligere en praksis hvor barn ble rutinemessig pågrepet og tvangsmessig tilbakeholdt sammen med familiene under en returprosess.

Praksisen ble gjenstand for sterk kritikk. I 2010 innførte derfor den britiske regjeringen en ny prosedyre for retur av barnefamilier. Siktemålet med prosedyren var å stoppe rutinemessig frihetsberøvelse av barn og barnefamilier som blir returnert. Barn (enten som enslige mindreårige eller som en del av en familie) blir fortsatt tvangsmessig tilbakeholdt, men det har vært en betydelig reduksjon i antallet tilfeller.

Prosedyrene for retur av barnefamilier i Storbritannia fremgår av *Family Returns Process* (FRP), versjon 2.0, publisert av Home Office 12. april 2016.⁹

Familier vil omfattes av familiereturprosedyren når

- alle klagemuligheter er uttømt og familien ikke har noen rett til opphold i Storbritannia, og all utestående dokumentasjon eller andre hindringer kan løses parallelt med returprosessen, eller
- familien selv har gitt uttrykk for at de ønsker å forlate Storbritannia enten frivillig eller gjennom assistert frivillig retur.

Fra dette tidspunkt har familiereturprosedyren tre steg. En familie vil normalt gjennomføre alle tre stegene, med mindre det er omstendigheter som indikerer at det er formålstjenlig at familien blir plassert direkte i et senere steg i returprosedyren.

Steg 1 (assistert retur) starter med at familier, som har uttømt alle klagemuligheter og ikke er hindret fra retur, blir invitert til et informasjonsmøte. Formålet med returprosedyren er å promotere medgjørighet og oppfordre familien til selv å ta kontroll over egen hjemreise og til å returnere frivillig. På dette møtet samles informasjon om familien som kan være relevant i en returprosess, slik som medisinske behov, utdanning, velferden til berørte barn m.m. Familien vil bli informert om deres valgmuligheter, herunder *egenorganisert retur*, hvor familien selv arrangerer hjemreisen innenfor en gitt

⁹ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/564954/Family-returns-processv2.0.pdf

tidsramme, og (dersom det er mulig) *assistert retur*, hvor myndighetene bidrar med å arrangere returen. Et returmøte finner sted innen minimum en uke etter informasjonsmøtet, for å diskutere familiens tanker om returmulighetene.

Dersom familien ikke velger egenorganisert eller assistert retur, informeres de i returmøtet om at returprosessen nå går over til *steg 2* (pliktig retur). I denne fasen bestiller myndighetene hjemreise til familien, og familien vil informeres om at de risikerer pågripelse og tvungen retur dersom de ikke returnerer innen denne datoen. En evaluering av returprosessen foretatt i 2013 viser at det er delte meninger om effektiviteten av steg 2.¹⁰ Det fremgår at både flertallet av ansatte hos utlendingsmyndighetene og familiene selv mener at bestillingen av utreise har liten effekt. Det fremgår av evalueringsrapporten at familier sier at dersom de hadde vært villige til å forlate landet, ville de valgt assistert retur. Representanter fra UK Border Agency og medlemmer fra det uavhengige returpanelet har imidlertid fremhevet viktighet av dette steget, blant annet ved at det gir familiene en siste sjanse og at det bidrar til realitetsorientering.

Dersom familien ikke returnerer innen den pålagte utreisedatoen, blir siste steg tvangsretur (*steg 3*). Familien risikerer nå å bli ført ut av landet med tvang, noe som også kan medføre tvunget opphold på et utlendingsinternat (Pre-Departure Accommodation). Før tvangsreturen kan gjennomføres, må myndighetene presentere en returplan for familien til et uavhengig returpanel, som vil gi råd om retur for å sikre ivaretagelse og velferd for barn som vil bli berørt. Returpanelet har for tiden 9 medlemmer med barnefaglig kompetanse, inkludert tre med medisinsk bakgrunn. Fire medlemmer, hvorav minst én har medisinsk bakgrunn, deltar på hvert møte, som vanligvis avholdes ved telefonkonferanse to ganger i uken. I perioden 1. april 2012 til 31. mars 2014 var det totalt 1193 familier som inngikk i returprosedyren.¹¹ Av disse ble 249 familier henvist til panelet, men kun 96 tvangsreturer ble gjennomført. Om dette skriver returpanelet:

“While 249 families were referred to the Panel during the reporting period, there were only 96 ensured returns. The two main barriers to removal continue to be family members not being present when Home Office Immigration Enforcement seeks to effect return and outstanding legal barriers to return such as judicial reviews and injunctions being lodged very late in the process. The Panel has experienced an increase in the use of last minute legal procedures to frustrate return along with an increase in the family absconding after removal directions have been set.”

Når en familie blir pågrepet i forbindelse med retur kan familien bli kjørt direkte til flyplassen, eller i noen tilfeller til et utlendingsinternat. Enhver bruk av internatet, enten som en del av den opprinnelige returplanen, eller som et alternativ, vil inngå i Family

¹⁰ Home Office, Evaluation of the new family returns process, desember 2013, side 20–21.

¹¹ Independent Family Returns Panel, Annual Report 2012–2014.

Welfare Form¹² og bli diskutert med det uavhengige returpanelet. Familien kan som hovedregel ikke holdes pågrepet i mer enn 72 timer. I spesielle unntakstilfeller kan familien holdes tvangsmessig tilbakeholdt i inntil én uke, men dette forutsetter forutgående godkjenning fra innvandringsministeren. Dette kan for eksempel være hvis returen ikke kan gjennomføres på grunn av sabotasje fra et familiemedlem, et rettsmiddel er brukt i siste liten (men er forventet å bli tatt stilling til innen en uke) eller et fly blir kansellert. Disse tidsfristene ble vedtatt ved lov i 2014.

Utlendingsinternat kan også benyttes dersom en retur skulle mislykkes. Dette forutsetter at risikoen for mislykket retur er tatt høyde for i den opprinnelige returplanen som det uavhengige returpanelet har godkjent, samt at innvandringsministeren må godkjenne videre frihetsberøvelse av familien utover 72 timer. Den maksimale varigheten for tvangsmessig tilbakehold er uansett én uke.

Britiske myndigheter har de siste årene i hovedsak benyttet Cedars Pre-Departure Accommodation (heretter omtalt som Cedars) i forbindelse med tvangsretur av barnefamilier som omfattes av familiereturprosedyren. Det har også vært mulig å benytte familieenheten ved Tinsley House immigration removal centre (heretter omtalt som Tinsley House), som ellers blir benyttet når en familie blir påtruffet ved grensen og nektes adgang til Storbritannia.

Cedars ble åpnet 17. august 2011 og har blitt anvendt i steg 3 (tvungen retur) i familiereturprosessen. I perioden august 2011 – desember 2015 var totalt 548 personer tvangsmessig tilbakeholdt ved senteret.¹³ Cedars ligger nær Gatwick Airport i West Sussex, og kan huse opp til ni familier i selvforsynte leiligheter, med egen stue, bad og kjøkken. Familiene kan fritt bevege seg innendørs på senteret, og kan bevege seg fritt innenfor anleggets uteområder på dagtid. Familien kan også i noen tilfeller forlate senteret med ansatte fra senteret. Familier kan spise sammen i fellesområder, eller ta mat fra caféen for å tilberede den i egen leilighet. Andre fasiliteter ved Cedars inkluderer blant annet felles oppholdsrom, bibliotek, treningsrom, sanserom, tilgang til IT og internett, lekeområder for barn (både innendørs og utendørs), samt et eget bønnenrom. Senteret har vært omtalt i flere rapporter siden det åpnet og er beskrevet som godt egnet til å møte barnefamiliers behov.¹⁴

Det har vist seg at de finansielle kostandene ved driften av Cedars har vært betydelige. Britiske aviser har rapportert at driftskostnadene for 2014/2015 var estimert til om lag 6,4 mill. pund. Statistikk fra Home Office viser også at mens antallet tvangsmessig til-

¹² Family Welfare Form opprettes når familien søker beskyttelse (asyl) i Storbritannia, og inneholder informasjon om familiens adferd gjennom asylprosessen og andre relevante omstendigheter, bl.a. om det foreligger bekymringsmeldinger, eventuelle medisinske problemer, og om familiemedlemmer har opptrådt i tråd med gjeldende regelverk.

¹³ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/546763/detention-q2-2016-tabs.ods

¹⁴ Cedars er blant annet omtalt av NOAS i rapporten *Frihet først*, se særlig side 145–147.

bakeholdte ved Cedars i 2012 og 2013 var henholdsvis 209 og 164, ble antallet i 2014 og 2015 redusert til henholdsvis 54 og 67.¹⁵

Den 21. juli 2016 annonserte Minister of State for Immigration at the Home Office, Robert Goodwill, at den britiske regjeringen ville følge en anbefaling fra Stephen Shaw CBE, tidligere ombudsmann for kriminalomsorgen i England og Wales, om å stenge Cedars. Familier skal nå bli tvangsmessig tilbakeholdt i en diskret enhet ved Tinsley House. Ministeren annonserte at enheten vil operere innenfor de rammer som ble vedtatt ved lovendringen i 2014, nærmere bestemt kravene til tidsbegrensning og kravet om at det uavhengige returpanelet skal konsulteres på forhånd i hver sak hvor det er foreslått at en familie bør plasseres der.

Tinsley House ligger rett ved Gatwick flyplass, og hadde en egen familieenhet som ble brukt for familier som blir stoppet ved grensen og tvangsmessig tilbakeholdt forut for retur, i tillegg til familier i familiereturprosedyren som ble ansett som uegnet for Cedars. Det fremgår av en rapport fra 2015 at gjennomsnittlig opphold for barnefamilier på Tinsley House i løpet av de siste seks månedene forut for inspeksjonen var på mellom 11 og 12 timer. Det lengste oppholdet for en barnefamilie var i underkant av 37 og en halv time.¹⁶ Fasilitetene på senteret blir i rapporten beskrevet som gode.

5.6 Departementets vurdering

5.6.1 Innledning

Nesten alle saker som gjelder pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av barn, gjelder barn som er i følge med én eller begge foreldre (barnefamilier). Pågrepelse av enslige mindreårige forekommer sjelden (6 barn i 2014, 4 barn i 2015 og 12 barn frem til ultimo november 2016 – og det er her den *anførte* alderen som er lagt til grunn, selv om flere er ansett over 18 år etter endelig aldersvurdering). Drøftingene i punkt 5.6 vil ta utgangspunkt i at sakene gjelder barnefamilier. Særskilte spørsmål knyttet til enslige mindreårige, drøftes i punkt 5.6.9 nedenfor.

Som påpekt i Tvangsmiddelrapporten, bør det fastsettes særskilte regler for pågrepelse av mindreårige sammen med foreldrene. Det bør fremgå tydeligere av utlendingsloven enn i dag hvilken fremgangsmåte som skal følges ved pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold i disse sakene.

¹⁵ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/546763/detention-q2-2016-tabs.ods

¹⁶ HMIP, *Report on an unannounced inspection of Tinsley House Immigration Removal Centre* 1 – 12 December 2014. <https://www.justiceinspectorates.gov.uk/hmiprisoners/wp-content/uploads/sites/4/2015/05/Tinsley-House-web-2014.pdf>

5.6.2 Vilkår for pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av barn på grunn av unndragelsesfare

Vurderingen av spørsmålet om tvangsmessig tilbakehold får gjerne en annen karakter i saker som gjelder barnefamilier enn i saker som gjelder voksne. Dette har særlig sammenheng med følgende:

- Det er normalt ikke forhold som barna selv har kontroll over som er avgjørende for om politiet mener det foreligger særskilt unndragelsesfare. Det er foreldrenes (forventede) adferd som er sentral.
- Dersom det er grunnlag for tvangsmessig tilbakehold av foreldrene, vil det normalt være barnets beste å være sammen med foreldrene. Både for barn og for voksne er det grunn til å tro at selve pågripelsen og uttransporteringen, i seg selv ofte kan oppleves mer belastende enn kortvarig tvangsmessig tilbakehold i en tilrettelagt familieavdeling.

Det vil så godt som alltid måtte legges til grunn at det er foreldrene, og ikke barna, som har ansvaret for at familien eventuelt motarbeider utsendelse eller klarlegging av identitet. Dette er likevel ikke til hinder for at foreldrenes handlinger og valg kan få konsekvenser for barna. Som et utgangspunkt vil imidlertid barna i denne sammenheng ha krav på en selvstendig vurdering.

Erfaring viser at det er en god del barnefamilier som ikke overholder plikten til å forlate landet etter avslag på søknad om beskyttelse (asyl). Dette er familier som ikke benytter seg av muligheten til å søke retur støtte og reise ut gjennom ordninger for assistert retur.

I tillegg til de familiene som unnlater å samarbeide om assistert retur, må politiet forholde seg til familier som aktivt motarbeider utsendelse gjennom å ta opphold på *skjult adresse*, familier som tar opphold på *ulike adresser* for å vanskeliggjøre pågrepelse og samlet utsendelse, familier som går i *kirkeasyl*, familier som forsøker å reise videre til et annet Schengenland før de blir returnert til hjemlandet, familier som kommer i varslet retur etter Dublin-samarbeidet osv.

For utlendingsforvaltningen er det svært viktig at regelverket inneholder tilstrekkelige virkemidler til å oppnå rask uttransportering etter avslag. Dersom det ikke lykkes å håndheve en effektiv returprosess, oppstår det tilfeller med familier som oppholder seg i Norge lenge etter avslag (lengeværende barn). Dette fører igjen til enkeltsaker med opprivende tvangsreturer av barn og familier som har etablert sterk tilknytning før uttransportering faktisk skjer. Dette er en situasjon som det er bred politisk enighet om at det er viktig å unngå.

Erfaring med familier som unndrar seg utsendelse er heller ikke noe spesielt for Norge. Det vises til fremstillingen av britisk praksis ovenfor, som viser at unndragelsestilfeller var et reelt problem også under den særskilte returprosedyren for familier, jf. avsnitt 5.5 ovenfor hvor følgende ble sitert fra det britiske Independent Family Returns Panel:

“While 249 families were referred to the Panel during the reporting period, there were only 96 ensured returns. The two main barriers to removal continue to be family members not being present when Home Office Immigration Enforcement seeks to effect return and outstanding legal barriers to return such as judicial reviews and injunctions being lodged very late in the process. The Panel has experienced an increase in the use of last minute legal procedures to frustrate return along with an increase in the family absconding after removal directions have been set.”

Det kan for eksempel også vises til følgende omtale av situasjonen i Belgia i NOAS-rapporten Frihet først, avsnitt 6.4.2.2:

”Belgia sluttet å internere både enslige mindreårige og medfølgende barn, etter at landet ble felt i den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i 2006 og 2010. Belgia innførte et alternativ for medfølgende barn i form av familieenheter i 2008.

(...)

633 familier med 1 224 mindreårige har bodd i familieenheter mellom oktober 2008 og 28. mars 2014. 166 barnefamilier har unndratt seg retur og forsvunnet, noe som utgjør 26 prosent. 181 ble løslatt av ulike grunner, og 82 av disse har fått en type oppholdstillatelse. 269 barnefamilier har dratt til hjemlandet eller et tredje land, og kun 69 av returnerte i form av en tvangsretur.

Tall for 2013 viste at 23 prosent av barnefamiliene i enhetene «forsvant». Dette tallet økte til 40 prosent i 2014. Det er ikke kjent hvor mange av disse som hadde utreiseplikt etter en behandlet søknad, hadde søknad til behandling eller hadde en sak etter Dublin-forordningen. ”

Det vises også til fremstillingen av svensk rett i avsnitt 5.4 ovenfor. Der fremgår det at politiet mener at de strenge vilkårene for tvangsmessig tilbakehold av barn i svensk rett, skaper utfordringer med unndragelsesfare. Det fremgår for øvrig også at Rikspolisstyrelsen har stilt spørsmål ved «*om det kan anses vara bättre för ett barn att leva gömt i kanske flera år, än att barnet hålls i förvar ett par dagar för att möjliggöra en verkställighet.*»

I de tilfellene norsk politi finner det nødvendig å gå til pågrepelse, skjer dette i de aller fleste tilfellene med sikte på uttransportering samme dag, eller dagen etter. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje senest dagen etter pågrepelse, blir som oftest familien sluppet fra Trandum fremfor at det fremmes begjæring om tvangsmessig tilbakehold til retten. I praksis forsøker PU bare å få kjennelse for tvangsmessig tilbakehold i saker hvor:

- a) det foreligger betydelig unndragelsesfare
- b) foreldrene aktivt motarbeider utsendelse, og
- c) det er utsikter til nært forestående utsendelse.

I forbindelse med saker hvor det vurderes tvangsmessig tilbakehold av barn er det viktig med særlig fokus på om det finnes alternative tiltak som er mindre inngripende.

Det skjer som nevnt ofte at barnefamilier som er pågrepet blir sluppet fra Trandum fremfor at det begjæres tvangsmessig tilbakehold. I så fall pålegges gjerne meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted. Det forekommer også at politiet bare begjærer tvangsmessig tilbakehold av en av foreldrene, fremfor av hele familien. Det vises for øvrig til drøftingen i punkt 11 nedenfor om alternativer til tvangsmessig tilbakehold.

I de tilfellene hvor pågrepelse for uttransportering er foretatt må det for øvrig legges vekt på at pågrepelse i seg selv vil kunne oppleves svært opprivende for barn, og at det er særlig viktig å unngå en situasjon med behov for ny pågrepelse før uttransportering kan gjennomføres.

I henhold til straffeprosessloven § 184 andre ledd, andre punktum skal barn ikke fengsles med mindre det er «tvingende nødvendig», jf. punkt 4.4.12. Tidligere gjaldt de samme vilkår for varetektsfengsling av personer under 18 år som ved pågrepelse, nærmere bestemt at det måtte være «særlig påkrevd». Formålet med endringen av ordlyden til «tvingende nødvendig» var i første rekke å tydeliggjøre at terskelen for å varetektsfengsle et barn skal være høy.¹⁷ Lovendringen fikk også virkning for tvangsmessig tilbakehold etter utlendingsloven.

Resultatet av at det gjelder så høy terskel for tvangsmessig tilbakehold av barn, er at dette bare forekommer i svært få saker, jf. statistikken som er presentert i 5.2 ovenfor. I 2015 var det altså bare 89 som ble pågrepet totalt sett, og av disse var det bare 7 som satt lenger enn 3 døgn. Frem til medio desember 2016 gjaldt det 145 barn, hvorav 17 satt lenger enn 3 døgn på Trandum.

I saker der det anses strengt nødvendig med tvangsmessig tilbakehold lenger enn dagen etter pågrepelse, vil det alltid finne sted domstolskontroll.

Departementet ønsker at terskelen for tvangsmessig tilbakehold i utlendingsrettslig sammenheng skal fremgå direkte av utlendingsloven, og ikke gjennom en henvisning til straffeprosessloven. Det fremstår imidlertid ikke spesielt treffende å benytte ordlyden fra straffeprosessloven («tvingende nødvendig») når det gjelder saker etter utlendingsloven.

Når en mindreårig varetektsfengsles i straffesaker vil det være ut fra hensynet til etterforskningen, risiko for gjentakelse av straffbare handlinger eller for å unngå å støte allmennhetens rettsfølelse og for å verne samfunnet og den enkelte.¹⁸ Departementet mener det vil være mer beskrivende om det strenge vilkåret for tvangsmessig tilbakehold i

¹⁷ Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) side 58 og 59.

¹⁸ Ibid

utlendingssaker som gjelder barn, omskrives og knyttes til formålet med det tvangsmessig tilbakeholdet.

Departementet foreslår derfor en formulering om at barn bare kan tvangsmessig tilbakeholdes i medhold av § 106 første ledd bokstav b (unndragelsesfare) dersom dette «er helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen». Dermed blir det tydelig hva politiet og domstolene skal vurdere. I denne sammenheng vises det også til det som følger nedenfor om innholdet i kjennelser om tvangsmessig tilbakehold mv. i punkt 5.6.4.

5.6.3 *Vilkår for tvangsmessig tilbakehold på grunn av uklar ID mv.*

I praksis er det i dag bare i situasjoner med unndragelsesfare at det forekommer tvangsmessig tilbakehold av barn.

Lovverket bør imidlertid ikke utelukke at det kan være behov for tvangsmessig tilbakehold også i forbindelse med ID-avklaring. Det kan således tenkes situasjoner med ekstraordinært høye ankomster, hvor det er behov for pågripelse og kortvarig tvangsmessig tilbakehold for å kunne gjennomføre innledende registrering og undersøkelser mv. I en kaotisk situasjon med masseankomster vil det blant annet også kunne være særskilte utfordringer knyttet til å avklare hvem som skal behandles som mindreårige og ikke.

Fremfor at lovformuleringen skal være at tvangsmessig tilbakehold må være «tvingende nødvendig», foreslås det for ID-tilfellene at kriteriet for tvangsmessig tilbakehold av barn skal være at det foreligger en «ekstraordinær situasjon» og at «tvangsmessig tilbakehold er helt nødvendig for å sikre ID-kontroll».

For øvrige tilfeller videreføres formuleringen om at barn bare kan tvangsmessig tilbakeholdes dersom det er tvingende nødvendig.

5.6.4 *Innhold i kjennelser om tvangsmessig tilbakehold og spørsmål om separate kjennelser*

Etter gjeldende praksis utarbeides det ikke separate fengslingsbegjæringer eller fengslingskjennelser for barn som er i følge med foreldrene.

Departementet bemerker at retten flere ganger har stadfestet at det er formelt i orden å inkludere barna i kjennelsen(e) som gjelder foreldrene. Som eksempel på hvordan retten foretar sine vurderinger, kan det vises til Borgarting lagmannsretts avgjørelse i saken LB-2014-50065 (25. mars 2014), som gjaldt fengsling av foreldre og deres sønn på 2 år:

«Lagmannsretten finner (...) at det er «tvingende nødvendig» med fengsling av barnet sammen med foreldrene. Unndragelsesfaren for foreldrene er så sterk at foreldrene må fengsles, og det er med dette utgangspunktet at fengslingen av barnet må vurderes.

Barnets forhold må imidlertid nøye vurderes når det gjelder spørsmålet om fengslingen er uforholdsmessig. Hensynet til barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste er her sentralt, jf. nedenfor.

Lagmannsretten har vurdert hvorvidt fengslingsalternativer kan anvendes, men på grunn av den sterke unndragelsesfaren er lagmannsretten kommet til at slike alternativer ikke vil være tilstrekkelige tiltak.

Ved forholdsmessighetsvurderingen legger lagmannsretten til grunn at familien har opphold ved en nyopprettet familieavdeling på Trandum. Barnevernet er særskilt varslet i saken og har laget et oppfølgingsprogram for familien. Det fremgår av notat av 21. mars 2014 fra avdelingsleder A ved Trandum at barnevernet mener det er bedre for gutten å være fengslet sammen med sine foreldre over en kortvarig periode enn å bli plassert hos fremmede. Barnevernet tenker seg tett oppfølging av familien mens de bor på Trandum, dvs. et par tilsynsbesøk i uken.

Avdelingsleder på Trandum opplyser at foreldrene synes å ha normal foreldreadferd overfor gutten selv om de er i en vanskelig situasjon. Det legges til rette for familien slik at de i stor grad styrer seg selv. Det legges også til rette for ekstra luftetider samt aktiviteter for familien, der de får være alene i en gymsal slik at gutten kan få løpe og utfolde seg. Familien er innelåst fra kl. 20.00 om kvelden til kl. 8.00. Den generelle tilbakemeldingen fra avdelingspersonalet er at gutten virker å være i fin form. Han er i glad i å være ute. Han løper, smiler og er generelt fornøyd og blid.

Lagmannsretten legger disse opplysningene til grunn. Etter lagmannsrettens syn er det usikkert hvordan gutten ville ha det dersom foreldrene løslates i påvente av uttransport. Det er ikke opplyst noe om hvor de i tilfelle vil oppholde seg. Slik lagmannsretten ser det, er det til guttens beste å være sammen med sine foreldre fremfor å bli plassert hos fremmede i regi av barnevernet, og det legges til grunn at gutten har det bra på Trandum.

Slik omstendighetene er nå, kan ikke lagmannsretten se at det er i strid med barnekonvensjonen artikkel 3 at barnet oppholder seg på Trandum sammen med sine foreldre.

Det fremgår av politiets påtegning, dok 01,01 at fremstilling for den Afghanske ambassaden kan finne sted i løpet av fengslingsperioden. Dersom ambassaden bekrefter familiens identitet, vil politiet begjære fengslingsforlengelse. Videre er opplyst at eksakt dato for uttransportering ikke er klar. Det fremgår av påtegningen at uttransporteringer til Afghanistan må varsles to uker i forveien. Forholdsmessigheten må vurderes i det lys at fengslingen kan bli forlenget i ytterligere to uker. Lagmannsretten har herunder sett hen til uttalelsen i Prp. 138 L (2010-2011) på side 54, hvor det synes forutsatt at det i praksis ikke er så vanlig med lange fengslinger av familier med barn. Lagmannsretten finner imidlertid at det i dette tilfelle er nødvendig med fengsling på grunn av den sterke unndragelsesfaren, og at denne forutsetningen ikke slår til i dette konkrete tilfellet. Ved forholdsmessighetsvurderingen viser lagmannsretten også til at foreldrene selv ved sin motarbeidelse av utreisen til hjemlandet må bære hovedansvaret for den situasjonen de har satt seg og barnet i.

Etter dette finner lagmannsretten at fengsling som besluttet av tingretten, ikke er uforholdsmessig for noen av familiemedlemmene, jf. utlendingsloven § 99.»

Det sentrale er etter departementets vurdering at barnet behandles som part i saken, og at det foretas en egen vurdering knyttet til barnet, herunder at det nedtegnes en tilfredsstillende begrunnelse. Departementet foreslår derfor at det i § 106 tredje ledd annet punktum lovfestes at barnets beste skal vektlegges som et grunnleggende hensyn, herunder ved vurderingen av om det kan anvendes mindre inngripende tiltak. Det fastsettes i § 106 b første ledd sjuende punktum at det skal fremgå av kjennelsen om tvangsmessig tilbakehold hva som var innholdet i disse vurderingene.

En tilstrekkelig vurdering og begrunnelse kan gis uten at det utarbeides et separat kjennelsesdokument. På samme måte som når det gjelder straffeprosessuelle rettsavgjørelser, vil ett og samme kjennelsesdokument kunne rette seg mot flere parter.

Departementet foreslår også særskilte regler om høring av barn i § 106, jf. nedenfor, i tillegg til at en rekke særskilte regler for mindreårige etter lovforslaget, eksplisitt vil fremgå av utlendingsloven §§ 106 til 106 b. Hensynet til mindreårige vil dermed synliggjøres i regelverket på en helt annen måte enn i dag.

5.6.5 Fremstilling og annen høring av barn

Departementet bemerker at EMK art 5 nr. 3 og SP art. 9 nr. 3 krever at den som frihetsberøves henholdsvis «straks» og «omgående» skal bli fremstilt for en dommer eller tilsvarende. I saker som gjelder tvangsmessig tilbakehold av både foreldre og barn, vil foreldrene under rettsmøtet opptre som verger for barna. Verken EMK eller SP kan leses slik at barnet selv må fremstilles for retten i enhver sak.

Hvorvidt barnet selv også bør fremstilles for retten med mulighet til å uttale seg, bør avgjøres ut fra Grunnloven § 104 første ledd annet punktum og barnekonvensjonens artikkel 12 om barns rett til å bli hørt i saker som angår barnet. Utlendingsforskriften har en egen bestemmelse om dette i § 17-3. Departementet mener det bør fastsettes en egen regel i utlendingsloven om rettens plikt til å høre barn i saker om tvangsmessig tilbakehold, og foreslår en bestemmelse om dette i § 106 a med følgende ordlyd:

Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før retten treffer sin beslutning om tvangsmessig tilbakehold. Barnet kan høres personlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes av retten ut fra forholdene i den enkelte sak. Barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

For øvrig må det også sees hen til Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Som verger må foreldrene kunne bestemme at det beste for barnet er å slippe å bli hørt personlig og/eller å møte i retten.

5.6.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder

I tilfeller der barnet har to foreldre i Norge, er det bemerket i Tvangsmiddelrapporten det kan være i barnets interesse at bare én forelder pågripes og eventuelt tvangsmessig tilbakeholdes.

Dette er et forhold politiet er oppmerksom på, og det forekommer saker hvor politiet bare velger å begjære tvangsmessig tilbakehold for den ene forelderen.

Departementet understreker imidlertid at det finnes saker hvor dette ikke gir tilstrekkelig forsikring mot unndragelse. Det kan heller ikke forutsettes generelt at dette er den beste løsningen for barnet. For barn vil det i mange tilfeller kunne være det viktigste at familien holdes samlet.

5.6.7 Barneverntjenestens rolle

Straffeprosessloven § 183 tredje ledd gir regler for barneverntjenestens rolle ved pågripelse av mindreårige. Her fastsettes det for det første at barnevernet skal varsles ved hver fengsling. For det andre fastsetter straffeprosessloven at barnevernet skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Videre skal barneverntjenesten uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og om tiltak som settes i verk. Det er barneverntjenesten i den kommunen hvor enheten for tvangsmessig tilbakehold er lokalisert, som vil ha ansvar for saken. Enkelte familier som har hatt kontakt med en barneverntjeneste tidligere. I slike tilfeller kan det foreligge en viss informasjon om familien som kan legges til grunn av den barneverntjenesten som får ansvar for saken om tvangsmessig tilbakehold.

Formålet med straffeprosesslovens bestemmelse om barneverntjenestens rolle - å ivareta barns interesser best mulig - gjør seg utvilsomt gjeldende også i utlendingssakene. Samtidig er det store realitetsforskjeller. I straffeprosessen er det ikke aktuelt å fengsle mindreårige *sammen med* foreldrene, mens dette er normalt tilfellet i utlendingssaker. Den mindreårige er da sammen med sine omsorgspersoner. Videre er tidsperspektivet som regel vesentlig kortere i utlendingssaker enn i straffesaker. Særlig i de tilfellene hvor den mindreårige vurderes tvangsmessig tilbakeholdt med sikte på uttransport etter én til to dager, synes det lite hensiktsmessig å pålegge barneverntjenesten møte- og uttaleplikt.

I praksis vil barneverntjenesten bare unntaksvis møte i fengslingsmøter i utlendingssaker. I Oslo tingretts retningslinjer for gjennomføring av slike saker, er det lagt til grunn at betydningen av slikt oppmøte normalt vil være begrenset, ettersom det sjelden fremkommer opplysninger som ikke allerede fremgår av uttalelsen som innhentes av PU i forkant. I helt spesielle saker har PU bedt barneverntjenesten være tilgjengelig på telefon. Retten må imidlertid vurdere konkret om barneverntjenesten skal være til stede eller delta via videolink.

Av PUs interne retningslinjer for fremstilling av barnefamilier og enslige mindreårige, går det frem at jourhavende politiadvokat, eller den som skal representere politiet i fengslingsmøtet, skal gi beskjed til utlendingsinternatet om at det vil bli begjært fengsling av en familie som befinner seg der «så snart som mulig» etter at dette er bestemt. Den aktuelle teamleder på Trandum skal varsle barneverntjenesten eller barnevernsvakten så snart slik underretning er mottatt. Vedkommende skal da innhente en skriftlig uttalelse fra barnevernet om deres vurdering av forsvarligheten av å holde den/de mindreårige på internatet i det tidsrommet politiet ønsker. Det må også avklares om barneverntjenesten kan tilby andre alternativer, for eksempel beredskapshjem eller plassering i institusjon.

Ettersom PU i utgangspunktet ikke planlegger å frihetsberøve mindreårige i mer enn 24 timer (og det da normalt ikke vil være behov for rettsmøte om tvangsmessig tilbakehold), er det vanskelig å varsle om et kommende møte før barnet har vært på Trandum i ett døgn.

Departementet mener at reglene i straffeprosessloven § 183 om barneverntjenestens rolle, bør innarbeides i utlendingsloven med visse endringer.

Det foreslås for det første at politiet skal varsle barneverntjenesten om en sannsynlig begjæring om tvangsmessig tilbakehold «så snart som mulig». Dette er et strengere krav enn hva som følger av straffeprosessloven. Formålet er at barneverntjenesten skal være i stand til å vurdere egen deltagelse i rettsmøtet om tvangsmessig tilbakehold og gi tidligst mulig grunnlag for gode skriftlige innspill. Dersom uttransporteringen mest sannsynlig vil finne sted uten at det blir nødvendig med tvangsmessig tilbakehold, er det derimot ikke nødvendig at politiet varsler barneverntjenesten.

Departementet har vurdert om politiet bør varsle barnevernet om enhver innsettelse av barn på Trandum, men er kommet til at dette ikke vil være heldig. Departementet antar at en slik praksis bare ville vanskeliggjøre barneverntjenestens arbeid med å identifisere de tilfeller hvor de bør ha en rolle.

Videre foreslår departementet å lovfeste at barneverntjenesten *bør* gi en skriftlig uttalelse i alle saker hvor politiet begjærer tvangsmessig tilbakehold av mindreårige, med mindre retten eller barneverntjenesten selv finner det åpenbart unødvendig. Hvor individuelt rettet uttalelsene kan være, vil avhenge av hvilke muligheter det har vært for kontakt mellom familien og barnevernet. Når noen for første gang blir tvangsmessig tilbakeholdt, kan forholdet være at barnevernet ikke har rukket å møte familien, eller at dette har skjedd så kort tid før de må avgi sin uttalelse at det ikke er mulig med en nærmere individuell vurdering. Dersom familien blir tvangsmessig tilbakeholdt, vil imidlertid barnevernet få bedre tid til å gjøre seg kjent med barnet og familien, og kan avgi en grundigere uttalelse med begrunnede vurderinger ved eventuell begjæring om fornyet tvangsmessig tilbakehold etter 3 døgn, jf. punkt 5.6.8.

Temaet for barnevernets uttalelse bør være forsvarligheten av at barnet holdes tvangsmessig tilbakeholdt sammen med foreldrene i den tiden det gjelder, herunder om det er særskilte forhold knyttet til barnet eller den aktuelle familien som bør tillegges vekt.

Departementet ser at det ville være en klar fordel om barneverntjenesten alltid kan være i kontakt med familien og avgi en grundig individuell vurdering allerede før spørsmålet om tvangsmessig tilbakehold er oppe i retten første gang. Dette er imidlertid ikke mulig rent praktisk uten at fremstillingsfristen blir utvidet, og det siste er en løsning som departementet ikke anser ønskelig.

Når det gjelder plikten til å delta i møte om tvangsmessig tilbakehold, foreslår departementet en mer pragmatisk regel enn i straffeprosessloven § 183. Etter departementets mening er det tilstrekkelig og hensiktsmessig at barneverntjenesten deltar i møtet «dersom retten eller barneverntjenesten finner det nødvendig». Dette vil gjelde både ved det første møte om tvangsmessig tilbakehold og i forbindelse med eventuelle møter om forlengelser. Departementet legger til grunn at dette i hovedsak vil føre til en fortsettelse av gjeldende praksis med at barneverntjenesten bare helt unntaksvis stiller i møter om tvangsmessig tilbakehold.

Departementet bemerker at domstolen i praksis sjelden vil kunne ta stilling til om det er nødvendig at barneverntjenesten deltar i møte om tvangsmessig tilbakehold før man faktisk har satt et møte. Regelen om at barneverntjenesten skal møte dersom retten finner det nødvendig, vil dermed i praksis håndheves ved at man avbryter møtet om tvangsmessig tilbakehold og berammer et nytt, da med deltagelse fra barneverntjenesten. Dette er isolert sett ikke en særlig effektiv fremgangsmåte. Departementet antar imidlertid at situasjonen sjelden vil oppstå. Alternativet ville være å regelfeste at retten skal vurdere spørsmålet *før* møtet om tvangsmessig tilbakehold, da basert på skriftlig materiale. En slik regel synes ikke praktisk eller heldig. Departementet finner det derfor akseptabelt at møter om tvangsmessig tilbakehold en sjelden gang vil bli avlyst og berammet på nytt.

Departementet vil videre bemerke at *forventet varighet av tvangsmessig tilbakehold* vil være et sentralt element i vurderingen av om barneverntjenesten bør stille. I tilfeller hvor det forventes uttransportering etter én eller to dager, vil det formodentlig svært sjelden være behov for barneverntjenestens deltagelse.

I saker hvor retten beslutter at barnevernet skal delta, vil nok praksis være at det nye rettsmøtet berammes neste dag. Retten må i så fall avsi kjennelse om tvangsmessig tilbakehold frem til tidspunktet for det nye rettsmøtet.

Det understrekes for øvrig at det ofte vil være praktisk at barneverntjenesten deltar via videolink eller lignende.

Straffeprosessloven § 183 har en henvisning til § 118, som inneholder regler for vitner som har taushetsplikt. Denne henvisningen foreslås inntatt i utlendingsloven.

De aktuelle bestemmelsene vil dermed lyde slik, jf. lovforslaget § 106 a femte ledd tredje til sjette punktum:

Politiet skal varsle barneverntjenesten om sannsynlig fremstilling så snart som mulig. Barneverntjenesten skal avgi en skriftlig uttalelse i saken, med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal delta i møte om tvangsmessig tilbakehold dersom retten eller barneverntjenesten finner deltagelse nødvendig. Reglene i straffeprosessloven § 118 gjelder tilsvarende.

5.6.8 Særskilt om tidsbegrensning ved tvangsmessig tilbakehold av barn

I de fem dommene som ble avsagt i juli 2016 mot Frankrike, viser domstolen til at det ved vurderingen opp mot EMK artikkel 3 (umenneskelig og nedverdiggende behandling) må foretas en helhetsvurdering av blant annet barnets alder, varigheten av oppholdet og forholdene på senteret. I dommene, hvor domstolen konstaterte krenkelse av EMK artikkel 3, var familiene tvangsmessig tilbakeholdt i perioder fra syv til atten dager. Samtidig bemerket EMD med at tvangsmessig tilbakehold for en kort periode under slike tilrettelagte fengslingsforhold som saken gjaldt, ikke vil være strid med artikkel 3.

Departementet mener at forholdene ved Toulouse-Cornebarrieu adskiller seg fra forholdene ved Trandum på flere sentrale punkter.

For det første har man ved Trandum en involvering av barneverntjenesten som det ikke er beskrevet noe tilsvarende om når det gjelder det franske internatet. Det har vært understreket i den norske debatten at barneverntjenesten ofte har for knapp tid til å kunne foreta en individuell vurdering av barnets situasjon før første fengslingsmøte. Når det gjelder de barnefamiliene som blir holdt på Trandum over tid, vil imidlertid barneverntjenesten etablere sterkere kontakt med familien.

For det andre har EMD trukket frem at barna ved forflytninger på området sammen med foreldrene i forbindelse med administrative møter mv. har måttet være side om side med væpnet politi i uniform. Dette er ikke tilfellet ved Trandum.

For det tredje har EMD trukket frem den psykisk stressende opplevelsen av stadige kunngjøringer fra høyttalerne på senteret. Dette er ikke en faktor som er til stede på Trandum.

Departementet mener at disse ulikhetene har klar betydning når man skal vurdere EMD-avgjørelsene opp mot praksis ved Trandum. Departementet legger for øvrig opp til at det skal etableres en egen enhet utenfor Trandum for tvangsmessig tilbakehold av barnefamilier. Når en slik enhet er på plass, vil det være enda tydeligere at det med

norske ordninger kan være adgang til å tvangsmessig tilbakeholde barnefamilier også ut over 7 dager. Samtidig vises det til at det i praksis er svært sjelden at det er behov med tvangsmessig tilbakehold for en så lang periode.

Departementet anser ut fra en helhetsvurdering også at det er grunn til å styrke barns rettsstilling i saker om tvangsmessig tilbakehold. Departementet legger særlig vekt på at det i dag er uheldig at barneverntjenesten i mange tilfeller ikke får mulighet til å foreta en individuell vurdering før de avgir sin uttalelse i forbindelse med første gangs fengsling, og at fengslingsperioden kan ha lang varighet. Siden departementet mener at det ikke er aktuelt å utvide fremstillingsfristen, slik at barneverntjenesten kan involveres sterkere allerede før første gangs tvangsmessig tilbakehold, foreslår departementet i stedet følgende:

1. Første gangs kjennelse om tvangsmessig tilbakehold skal bare kunne gjelde for tre døgn.
2. Dersom det er behov for tvangsmessig tilbakehold ut over tre døgn, kan en ny periode fastsettes til maksimalt tre døgn. Før tingretten avgjør spørsmålet om tvangsmessig tilbakehold ut over den første tredøgnsperioden, vil man på denne måten kunne sikre at barneverntjenesten har møtt familien og barnet, og har kunnet foreta en individuell vurdering som kan inngå i grunnlagsmaterialet for rettens vurdering.
3. Det fastsettes at det i utgangspunktet ikke skal kunne avsies flere kjennelser om tvangsmessig tilbakehold overfor et barn som har vært frihetsberøvet i 3 + 3 døgn (pluss eventuelt ett døgn i forbindelse med den innledende pågripelsen), med mindre behovet for tvangsmessig tilbakehold skyldes at familien selv aktivt har motarbeidet utsendelsen etter innsettingen på utlendingsinternat eller en annen «særlig grunn» tilsier det. Eksempler på annen «særlig grunn» vil kunne være at det er avdekket konkrete planer om unndragelse, at familien tidligere har unndratt seg utsendelse ved å holde seg skjult for politiet, at familien har forsøkt å reise videre til et tredjeland innenfor Schengen, man har blitt returnert til Norge i henhold til Dublin-regelverket, at familien har sittet i kirkeasyl osv. Dersom det finnes grunnlag for å forlenge tvangsmessig tilbakehold også etter at familien har vært tilbakeholdt 3+3 døgn, skal dette maksimalt kunne besluttes for 1 uke av gangen. Departementet har vurdert om også de forlengede fengslingsperiodene burde være på 3 døgn, men har kommet til at det i seg selv kan skape uheldig uro ved situasjonen dersom det legges opp til hyppige kortvarige perioder også i de tilfeller hvor det er klart at det er behov for tvangsmessig tilbakehold over noe lenger tid.

Det vises til lovforslaget § 106 b annet ledd.

Departementet gjentar at de konkrete vurderingene knyttet til varighet av tvangsmessig tilbakehold, vil kunne påvirkes av hvor tvangsmessig tilbakehold skjer, og at det nå vil

arbeides med å etablere en egen familieenhet utenfor Trandum, med større avstand til støy fra flyplass mv.

5.6.9 *Særskilt om enslige mindreårige*

Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av enslige mindreårige forekommer bare i noen helt få saker hvert år. I følge statistikk gjelder dette 6 i 2014, 4 i 2015 og 12 frem til ultimo november 201 (statistikken tar utgangspunkt i oppgitt alder, og er ikke korrigert selv om utlendingsforvaltningen i flere saker har lagt til grunn at personer er over 18 år).

De tidsbegrensningene som er foreslått når det gjelder medfølgende barn i punkt 5.6.8 ovenfor, vil gjelde tilsvarende for enslige mindreårige. Departementet understreker for øvrig at det er en reell problemstilling i utlendingssakene at det forekommer en del saker hvor enkeltpersoner påberoper seg å være under 18 år for å oppnå særskilte fordeler.

Selv om departementet mener at tvangsmessig tilbakehold av enslige mindreårige bør unngås så langt som overhodet mulig, kan det i noen saker være nødvendig og forholdsmessig med tvangsmessig tilbakehold for å få gjennomført uttransportering. For eksempel kan det gjelde i saker hvor den enslige mindreårige er straffedømt og utvist for alvorlig eller gjentatt kriminalitet, og hvor det er høy unndragelsesfare.

5.6.10 *Beviskrav ved vurderingen av alder*

Før det besluttet å bruke tvangsmidler i en sak etter utlendingsloven, er det nødvendig å ta stilling til om utlendingen er mindreårig. Denne vurderingen vil blant annet ha betydning for vilkår for pågrepelse, tvangsmessig tilbakehold, fremstillingsfrist og barnevernets rolle i møtet om tvangsmessig tilbakehold. En problemstilling blir da hvilket beviskrav som skal gjelde ved vurderingen av utlendingens alder.

I sivilprosessen er hovedregelen at det er det mest sannsynlig faktum som skal legges til grunn («overvektsprinsippet»). Overvektsprinsippet gjelder som hovedregel også ved krav til bevis i forbindelse med prosessuelle forhold i straffesaker, jf. Rt. 1994 side 1139 og Rt. 2004 side 1561.

En annen sak er at noen bevis i seg selv kan inneholde en viss grad av usikkerhet. Dette gjelder blant annet ved medisinske aldersundersøkelser. En eventuell usikkerhet ved et bevis innebærer imidlertid ikke at det generelle beviskravet endres. Politiet og retten må – her som ellers – ta stilling til betydningen av det aktuelle beviset, og hvilken vekt det vil ha i en helhetlig vurdering av hvilket faktum som fremstår som mest sannsynlig i den konkrete sak.

I Tvangsmiddelrapporten omtales problemstillingen under punkt 5.2.1:

«I samtalene våre med politiet har vi fått opplyst at det er et relativt stort praktisk problem at utlendingene ofte oppgir å være mindreårige uten å ha papirer som bekrefter dette. Spesielt gjelder dette asylsøkere, ofte slike som søker som asyl i forbindelse med at de blir pågrepet for straffbare forhold. Da oppstår problemstillingen hvordan retten skal bedømme tvil om utlendingen er mindreårig eller ikke. Fra lagmannsrettspraksisen har vi tre eksempler på dette [Gulating lagmannsrett 5. oktober 2011 (11-157325, ikke publisert på Lovdata), Borgarting lagmannsrett 24. november 2011 (11-169506, ikke publisert på Lovdata) og LB-2010-185293]. I alle sakene var utlendingen uvillig til å samarbeide for å klarlegge identiteten og alderen sin. I disse sakene uttalte retten at tvil om hvorvidt en asylsøker var under 18 år måtte komme ham til gode ved vurderingen om bruk av tvangsmidler.»

Problemstillingen er ikke avklart i forarbeidene eller av Høyesterett. Praksis fra lagmannsretten viser et sprikende bilde og kan tyde på at problemstillingen er uavklart. I en kjennelse fra 24. november 2010 (LB-2010-185293) uttalte lagmannsretten seg ikke generelt om beviskravet, men fant at det forelå uklårheter om utlendingens alder og identitet som medførte at det måtte legges til grunn at vedkommende var mindreårig. I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 24. oktober 2011 (11-169506, ikke publisert på Lovdata) ble det uttalt at det er den mest sannsynlige alderen som skal legges til grunn. Tilsvarende uttales i Borgarting lagmannsretts kjennelser av 16. april 2012 (12-061437, ikke publisert på Lovdata) og 2. desember 2016 (LB-2016-191958). I en kjennelse av 28. oktober 2014 (14-169940, ikke publisert på Lovdata) tok ikke Borgarting lagmannsrett stilling til hvilket beviskrav som gjelder idet det ikke var nødvendig for utfallet. Det ble imidlertid fremhevet at sannsynlighetsovervekt var tilstrekkelig ved vurderingen av prosessuelle forhold i straffesaker.

I en kjennelse av 18. februar 2015 (15-024320, ikke publisert på Lovdata) fant Borgarting lagmannsrett at det måtte kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at utlendingen var mindreårig. Det ble blant annet vist til Rt. 2011 side 1481 og til UDIs retningslinjer for aldersundersøkelser. Det ble imidlertid ikke sett hen til ovennevnte avgjørelser fra 2011, 2012 og 2014. I kjennelser av 9. mars 2015 (15-038928, ikke publisert på Lovdata), 7. juni 2016 (LB-2016-92078) og 21. november 2016 (LB-2016-186297) tok ikke Borgarting lagmannsrett stilling til beviskravet idet retten fant at det uansett var klar sannsynlighetsovervekt for at utlendingene ikke var mindreårige.

I saker om tvangsmessig tilbakehold mener departementet at det i tråd med det alminnelige prinsippet innenfor sivilretten, og i tråd med det som er hovedregelen i straffeprosessen, bør regnes som tilstrekkelig bevist at utlendingen ikke er mindreårig, dersom dette fremstår som mest sannsynlig (sannsynlighetsovervekt). Dersom begge muligheter fremstår som like sannsynlige, må tvilen komme utlendingen til gode, jf. hovedregelen om tvilsrisiko i sivile saker. Departementet mener at dette er gjeldende rett, og det foreslås ingen særskilt lovregulering av beviskravet, men gjeldende bevisregel vil tydeliggjøres i den lovproposisjonen som skal utarbeides.

6. PÅLEGG OM MELDEPLIKT OG BESTEMT OPPHOLDSSTED

6.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 105 gir hjemmel for pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted. De materielle vilkårene fremgår av første ledd, som fastsetter at pålegg kan gis blant annet pga. manglende samarbeid om identitetsfastsettelse eller mistanke om uriktig identitet (bokstav a), eller ved unndragelsesfare (bokstav b). Videre kan det gis pålegg pga. visse straffbare handlinger begått mens vedkommende er asylsøker eller har ulovlig opphold (bokstav c), dersom utlendingens eneste grunnlag for opphold er det absolute vernet mot utsendelse og vedkommende utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser (bokstav d jf. utlendingsforskriften § 18-12 første ledd), og det kan gis pålegg til en asylsøker dersom søknaden er, eller mest sannsynlig vil bli, nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd (bokstav e). Etter lovendring i juni 2016 kan pålegg også gis hvis utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer (bokstav f). I § 105 annet ledd er det gitt visse prosessuelle regler om hvem som tar beslutningen og underretter utlendingen, og det går frem at utlendingen har rett til å kreve domstolsbehandling. Videre er det vist til at straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187 a gjelder «så langt de passer». Her fremkommer det blant annet regler om skriftlighet, saksbehandling i tingretten og løslatelse, jf. kronologisk gjennomgang nedenfor.

I § 105 tredje ledd er det gitt hjemmel for nærmere regulering i forskrift. Slike regler er gitt i utlendingsforskriften § 18-12. Her fremgår det blant annet at det kan gis pålegg om meldeplikt *og/eller* bestemt oppholdssted, og det gis nærmere føringer for hva pålegget kan gå ut på.

Utlendingsloven § 105 (meldeplikt og bestemt oppholdssted) lyder:

En utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, 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,
- c) utlendingen er asylsøker eller har ulovlig opphold og er ilagt straff for et straffbart forhold eller treffes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold, som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder,
- d) det eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73,
- e) utlendingens søknad om beskyttelse har blitt eller mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd, eller
- f) utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer

Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vil-

kårene for meldeplikt og bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde pålegget. Politiet sørger for at den som rammes av pålegget om meldeplikt og bestemt oppholdssted, blir gjort kjent med denne retten. Straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187 a gjelder tilsvarende så langt de passer.

Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter første ledd.

6.2 Gjennomgang av aktuelle bestemmelser i straffeprosessloven og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

6.2.1 *Straffeprosessloven § 175 første ledd annet punktum*

Straffeprosessloven § 175 første ledd gjelder direkte pågrepelse og lyder:

Pågrepelse besluttes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den mistenkte, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen til pågrepsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.

Utlendingsloven § 105 viser her bare til § 175 første ledd annet punktum om beslutningsform (ved pågrepelse). Henvisningen sikrer at beslutningen om meldeplikt og bestemt oppholdssted skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget. Departementet foreslår at dette heller sies uttrykkelig i utlendingsloven § 105 annet ledd, jf. lovforslaget.

6.2.2 *Straffeprosessloven § 184*

Straffeprosessloven § 184 gjelder direkte fengslingsbeslutninger og er sitert i avsnitt 4.4.12 ovenfor.

Det er noe uklart hvorfor det er henvist til hele § 184. I forarbeidene til utlendingsloven pekes det på at henvisningen innebærer «at pålegg ikke kan ilegges eller opprettholdes hvis det ikke er tilstrekkelig grunn til det eller dersom det fremstår som et uforholdsmessig inngrep». Dette følger imidlertid allerede av utlendingsloven § 99 første ledd. Derimot er det relevant at bestemmelsen i første ledd fastsetter at retten skal treffe sin avgjørelse ved kjennelse og så vidt mulig innen rettsmøtets slutning. Departementet foreslår å innarbeide dette i utlendingsloven § 105 og stryke henvisningen til § 184.

6.2.3 *Straffeprosessloven § 187 a*

Straffeprosessloven § 187 a gjelder direkte løslatelse fra varetektsfengsel og lyder:

Den som er fengslet, skal løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen for varetektsfengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut.

Bestemmelsen regulerer løslatelse fra varetektsfengsling når grunnen er falt bort. Henvisningen fra § 105 innebærer at pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted skal

opphøre når grunnlaget ikke lenger er til stede. Departementet foreslår at dette i stedet sies uttrykkelig i utlendingsloven § 105 nytt tredje ledd i lovforslaget.

7. UNDERSØKELSER

7.1 Gjeldende rett

Undersøkelser er regulert i utlendingsloven § 103. Bestemmelsens første ledd inneholder de materielle vilkårene. Undersøkelser kan blant annet foretas når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, oppgir uriktig identitet, eller skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse (bokstav a), Vilåret «sak om oppholdstillatelse» må forstås slik at undersøkelser kan foretas både under behandling av søknad om en oppholdstillatelse, og f.eks. i forbindelse med en sak om utvisning.

Vilkårene i første ledd suppleres av annet ledd, som stiller opp nærmere vilkår for bruk av undersøkelser som nevnt i punktlisten i første ledd. Vilrårene er blant annet knyttet til vedkommendes utlendingsrettslige status. Departementet viser til punkt 9 for en nærmere drøftelse.

§ 103 tredje ledd inneholder prosessuelle regler om blant annet hvem som kan beslutte undersøkelser, opplysningsplikt og skriftlighet. I fjerde ledd vises det til straffeprosessloven §§ 198 til 202 «så langt de passer».

Det kan bemerkes at begrepet «undersøkelser» benyttes i stedet for «ransaking» for å markere at det dreier seg om et tiltak som iverksettes i forbindelse med en utlendings sak og ikke i straffesak. I mange tilfeller vil det imidlertid være mulig for politiet å velge «straffesakssporet» (jf. punkt 4.3.5). Ransaking er regulert i straffeprosessloven kapittel 15 (§§ 192 til 202). Visitasjon ved grensekontroll, jf. utlendingsloven § 15, eller i medhold av politiloven § 10, vil for øvrig også kunne være alternative hjemler for undersøkelse av person. Utlendingsloven § 103 regulerer ikke bruken av disse hjemlene.

Utlendingsloven § 103 (undersøkelse av utlendingens person, bolig eller lignende) lyder:

Det kan foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen

- a) ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, oppgir uriktig identitet, eller skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse,
- b) har penger eller andre formuesgoder som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen som utlendingen har plikt til å dekke, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke frivillig vil dekke utgiftene, eller

- c) har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. § 106 a.

Det er ikke adgang til undersøkelse av utlendingens bolig etter første ledd bokstav b og c, med mindre utlendingen har ulovlig opphold som omfattes av straffebestemmelsen i § 108 eller det gjelder undersøkelse etter bokstav c, og utlendingen har unnlatt å etterkomme et pålegg etter § 21 eller § 83 om å legge frem reisedokumenter.

Uten utlendingens skriftlige samtykke kan undersøkelser som nevnt i første ledd bare foretas etter beslutning fra retten. Er det fare ved opphold, kan beslutningen treffes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. 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 så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med undersøkelsen.

Reglene i straffeprosessloven §§ 198 til 202 gjelder så langt de passer.

7.2 Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 198 til 202 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

7.2.1 *Straffeprosessloven § 198 – Ransaking uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten*

Bestemmelsen lyder (departementets tilføyelse):

§ 198. Uten beslutning som nevnt i § 197 [*av retten eller påtalemyndigheten*] kan politimann foreta ransaking:

- 1) på sted som nevnt i § 193,
- 2) når mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor, eller
- 3) når det er sterk mistanke om en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, og det er nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers vil forspilles.

Personlig ransaking av andre enn mistenkte kan likevel ikke foretas uten samtykke eller beslutning som nevnt i § 197. Første ledd nummer 3 gjelder ikke ved ransaking av redaksjonslokale eller tilsvarende.

Politimann som ifølge påtalemyndighetens eller rettens beslutning skal pågripe en mistenkt, kan i dette øyemed foreta ransaking av hans bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at han oppholder seg.

Første ledd regulerer tilfeller etter straffeprosessloven hvor en politimann kan foreta ransaking uten rettens eller påtalemyndighetens beslutning. Etter utlendingsloven § 103 tredje ledd er det ikke påtalemyndigheten som kan ta beslutning i hastetilfeller, men «politimesteren eller den han gir fullmakt».

Første ledd nr. 1 gjelder ransaking på steder som nevnt i straffeprosessloven § 193, det vil si offentlig tilgjengelig bygning, hus der det drives virksomhet i kraft av offentlig bevilging (f.eks. skjenkesteder) og militære bygninger og rom. Den «doble» henvisningen er uheldig. Departementet foreslår derfor å innarbeide en kombinasjon av straffeprosessloven §§ 193 og 198 første ledd nr. 1 i utlendingsloven § 103, jf. lovforslaget § 103 tredje ledd første til fjerde punktum.

Straffeprosessloven § 198 annet ledd første punktum gjelder ransaking av «andre enn mistenkte», noe utlendingsloven § 103 ikke åpner for. Denne passer således ikke. Annet punktum er en presisering til første ledd nr. 3, som heller ikke passer i utlendingsaker.

Tredje ledd, som gjelder ransakelse i forbindelse med pågrepelse, er praktisk viktig også i utlendingsaker. Bestemmelsen innebærer at i ethvert tilfelle der det er gjort beslutning om pågrepelse, kan den politimannen som pågriper utlendingen også foreta husransaking. Regelen foreslås innarbeidet i utlendingsloven § 103, jf. lovforslaget § 103 tredje ledd femte punktum.

Straffeprosessloven § 198 nr. 2 forutsetter en straffbar handling med ferske spor, og passer ikke i saker etter utlendingsloven. Nr. 3 forutsetter også en straffbar handling, og passer heller ikke. Departementet foreslår imidlertid at det inntas en bestemmelse i § 103 tredje ledd femte punktum om at polititjenestemann skal ha adgang til å beslutte undersøkelse når vedkommende har kompetanse til å beslutte pågrepelse etter § 106 annet ledd annet punktum fordi det er fare ved opphold.

Henvisningen til straffeprosessloven § 198 kan etter dette utgå.

7.2.2 Straffeprosessloven § 199 – Iverksettelse av ransaking

Straffeprosessloven § 199 lyder:

§ 199. Ransakingen settes i verk av politiet så vidt mulig i nærvær av et vitne, som ikke må være ugild etter reglene i domstolsloven § 110 annet ledd.

Det skal på stedet eller snarest mulig settes opp en rapport om ransakingen, og den skal medundertegnes av vitnet.

Denne bestemmelsen passer også i utlendingsaker. Den er imidlertid ikke så sentral at den må fremgå av utlendingsloven § 103. Departementet foreslår følgelig å videreføre henvisningen.

7.2.3 Straffeprosessloven § 199 a – Ransaking av datasystem

Bestemmelsen lyder:

§ 199 a. Ved ransaking av et datasystem kan politiet pålegge enhver som har befattning med datasystemet å gi nødvendige opplysninger for å gi tilgang til datasystemet.

Bestemmelsen gjelder ransaking av datasystem, og har bakgrunn i Europarådets konvensjon om datakriminalitet. Etter departementets vurdering passer bestemmelsen også i utlendingssaker. Det vil formodentlig i mange tilfeller være konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen har dokumenter og opplysninger om identitet, slektninger, hjemland osv. på et datasystem eller -nettverk. Henvisningen foreslås derfor videreført.

7.2.4 Straffeprosessloven § 200 – Opplysningsplikt og tilstedeværelse under ransaking

Bestemmelsen lyder:

§ 200. Før ransaking settes i verk, skal beslutningen leses opp eller forevises. Foreligger det ikke skriftlig beslutning, skal det opplyses om hva saken gjelder og formålet med ransakingen.

Skal noens bolig eller rom ransakes, skal han eller - om han er fraværende - en av hans husstand eller en nabo tilkalles når det kan skje uten opphold. Ved ransaking av redaksjonslokale skal i stedet redaktøren eller dennes stedfortreder tilkalles, når det kan skje uten opphold. Om nødvendig kan det åpnes adgang med makt. Det som er brutt opp, skal så vidt mulig lukkes til etter ransakingen.

Første ledd gir regler om at beslutningen om ransaking skal leses opp eller forevises, eller at det eventuelt skal gis muntlige opplysninger. Tilsvarende regler fremgår direkte av utlendingsloven § 103 tredje ledd, men med en reservasjon: beslutningen skal *så vidt mulig* leses opp eller forevises, alternativt skal det *så vidt mulig* gis muntlige opplysninger. Som det påpekes i Tvangsmiddelrapporten, åpner imidlertid straffeprosessloven § 200 for at ransaking kan finne sted uten at noen andre enn politi og vitne er til stede. I lys av dette er det neppe en realitetsforskjell mellom reglene i henholdsvis utlendingsloven og straffeprosessloven. Dersom det skulle oppstå et tilfelle som synliggjør en realitetsforskjell, ville formodentlig utlendingsloven bli ansett som *lex specialis*. I lys av dette mener departementet at henvisningen til § 200 første ledd kan utgå.

Annet ledd første punktum gjelder ransaking av bolig eller rom, og slår fast at personen ransakingen gjelder – eventuelt et medlem av husstanden eller en nabo – skal tilkalles «når det kan skje uten opphold». Denne regelen passer også i utlendingssaker (og følger til dels forutsetningsvis av at beslutningen «så vidt mulig» skal forevises utlendingen), og henvisningen bør følgelig videreføres.

Annet ledd annet punktum gjelder ransaking av redaksjonslokale. Det synes usannsynlig at en slik situasjon skulle oppstå i en utlendingssak. Som det påpekes i Tvangsmiddelrapporten, er det imidlertid en prinsipielt viktig bestemmelse. Etter departementets syn taler de beste grunner for å beholde henvisningen.

Annet ledd tredje punktum åpner for at politiet kan åpne rom, bolig mv. med makt. Fjerde punktum slår fast at det som er brutt opp, så vidt mulig skal lukkes etter ransa-

kingen. Disse bestemmelsene passer også i utlendingssaker. Departementet foreslår følgelig å videreføre henvisningen til § 200 annet ledd i sin helhet.

7.2.5 Straffeprosessloven § 200 a – Hemmelig ransaking

Bestemmelsen inneholder omfattende regulering av adgangen til hemmelig ransaking. Ettersom inngangsvilkåret er at vedkommende er mistenkt for et lovbrudd av svært alvorlig karakter, er bestemmelsen ikke relevant når saker behandles etter utlendingsloven og ikke etter straffeprosessloven. Henvisningen kan derfor utgå.

7.2.6 Straffeprosessloven § 201 – Gjennomføring av ransaking

Bestemmelsen lyder:

§ 201. Ransakingen foretas så skånsomt som forholdene tillater. Bare i påtrengende tilfelle bør den foretas på helligdager eller om natten (mellom kl. 21 og kl. 06), dersom det ikke gjelder hus eller rom der det også til slik tid er alminnelig adgang.

Når hensynet til ærbarhet tilsier det, skal personlig ransaking utføres ved en person av samme kjønn som den ransakingen gjelder.

§ 201 gir nærmere regler for gjennomføring av ransaking. Disse passer også i utlendingssaker, uten at de er så sentrale at de må inntas i utlendingsloven. Departementet foreslår følgelig at henvisningen beholdes.

7.2.7 Straffeprosessloven § 202 – Undersøkelser i etterforskningsøyemed

Bestemmelsen lyder:

§ 202. Undersøkelser i etterforskningsøyemed på sted av annen art enn nevnt i § 192, kan uten samtykke av eier eller besitter foretas etter beslutning av retten, påtalemyndigheten eller - om det er fare ved opphold - tjenestemann i politiet.

§ 202 regulerer hvem som kan beslutte *undersøkelser* – her brukt for å markere at det ikke er tale om ransakelse i straffeprosessuell forstand – på andre steder enn «bolig, rom eller oppbevaringssted», jf. § 192, for eksempel et privateid uteområde. Slike undersøkelser er det vid adgang til å foreta uten nærmere lovhjemmel, men det ble ansett nyttig å ha en regel om *hvem* som kan fatte beslutning om dette.

Departementet antar at bestemmelsen har minimal, om noen, praktisk betydning i utlendingssaker. Ettersom det heller ikke er tale om en materiell regel, foreslår departementet å fjerne henvisningen.

8. BESLAG

8.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 104 regulerer når det kan tas beslag på utlendingsrettslig grunnlag. De materielle vilkårene går frem av første til tredje ledd. Fjerde til sjette ledd inneholder visse prosessuelle regler. I tillegg er det fastsatt i sjette ledd at reglene i straffeprosessloven kapittel 16 – med unntak av §§ 208 a og 210-212 – gjelder «så langt de passer».

Utlendingsloven § 104 første ledd inneholder ulike grunnlag for å ta beslag i reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identitet eller oppholdssted. Annet ledd slår fast at det også kan tas beslag når det foreligger unndragelsesfare. Etter tredje ledd kan det foretas beslag av en utlendings reisedokumenter dersom det eneste grunnlaget for opphold er vernet mot utsendelse etter § 73. I tillegg følger det av § 99 at beslag – som de øvrige tvangsmidlene – bare kan brukes når det er tilstrekkelig grunn til det og det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep.

Fjerde ledd første punktum bestemmer hvem som beslutter beslag (politimesteren eller den han gir fullmakt). Annet punktum inneholder krav om at beslutningen skal være skriftlig så vidt det er mulig, og krav til innholdet. Etter tredje punktum skal en muntlig beslutning snarest mulig nedtegnes, og før beslaget iverksettes skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Femte punktum inneholder regler om muntlig opplysning dersom det ikke foreligger en skriftlig beslutning.

Utlendingsloven § 104 femte ledd første punktum fastsetter at beslag også kan tas av polititjenestemann når en utlending ankommer riket, ved undersøkelse etter § 103 og i situasjoner hvor det er fare ved opphold. Annet punktum inneholder krav om at beslaget straks meldes til den som ellers treffer avgjørelser om beslag. Etter tredje punktum skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget dersom det ikke foreligger en skriftlig beslutning. Fjerde punktum krever at beslutningen nedtegnes dersom beslaget opprettholdes.

Sjette ledd første punktum bestemmer at enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. Politiet skal etter annet punktum sørge for at den som rammes av beslaget blir gjort kjent med denne rettigheten.

Straffeprosessloven kapittel 16, som utlendingsloven § 104 viser til (med unntak av §§ 208 a og 210-212), inneholder en rekke prosessuelle regler for beslag i strafferettslig sammenheng. Reglene gjennomgås kronologisk i det følgende.

Utlendingsloven § 104 lyder:

Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydning for retten til opphold i riket.

Når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, kan det foretas beslag av reisedokumenter og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet. Tilsvarende kan det foretas beslag av billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om størrelsen på beløpet som kan beslaglegges.

Det kan foretas beslag av reisedokumenter til utlendinger hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73.

Avgjørelsen om beslag besluttet av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. 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 så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget.

Når utlendingen ankommer riket, ved undersøkelse etter § 103 og i situasjoner hvor det er fare ved opphold, kan beslag tas av en polititjenestemann. Beslaget skal straks meldes til den som ellers treffer avgjørelser om beslag, jf. fjerde ledd. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget. Hvis beslaget opprettholdes, nedtegnes det en beslutning etter fjerde ledd.

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 §§ 208 a og 210-212, gjelder så langt de passer.

8.2 Gjennomgang av straffeprosessloven kapittel 16 (med unntak av §§ 208 a og 210-212) og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

8.2.1 *Straffeprosessloven § 203 – Hva som er gjenstand for beslag*

Straffeprosessloven § 203 lyder:

Ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken. Det samme gjelder ting som antas å kunne inndras eller å kunne kreves utlevert av fornærmede.

Bestemmelsen regulerer hva som kan beslaglegges. Dette er knyttet til tingens betydning som *bevis* og passer derfor ikke i utlendingssaker. Første ledd i utlendingsloven § 104 regulerer hva som kan beslaglegges i utlendingssaker og i hvilke tilfeller. Denne må forstås som en uttømmende regulering av disse spørsmålene, og henvisningen til straffeprosessloven § 203 kan derfor utgå.

8.2.2 *Straffeprosessloven § 204 – Forbud mot beslag*

Straffeprosessloven § 204 lyder:

Det kan ikke tas beslag i dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117-121 og 124-125, og som besittes enten av den som kan nekte å forklare seg, eller av den som har rettslig interesse i hemmelighold. I den utstrekning det etter de nevnte bestemmelser kan pålegges vitneplikt i visse tilfelle, gjelder dette tilsvarende for adgangen til beslag.

Forbudet i første ledd gjelder ikke dokumenter eller annet som inneholder betroelser mellom personer som er mistenkt for å være medskyldige i det straffbare forhold. Det er heller ikke til hinder for at dokumenter eller annet blir fratatt urettmessig besitter for å muliggjøre overlevering til rette vedkommende.

Bestemmelsen begrenser beslagsadgangen i § 203 og regulerer tilfeller hvor vitner kan nekte gi forklaring eller ikke har lov til å gi forklaring, blant annet pga. lovbestemt taushetsplikt eller av hensyn til forretningshemmeligheter. Utlendingslovens § 104 regulerer beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere en utlendings identitet. Departementet mener bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker. Henvisningen til § 204 foreslås derfor fjernet.

8.2.3 *Straffeprosessloven § 205 – Beslutning om beslag mv.*

Straffeprosessloven § 205 lyder:

Beslag av ting som besitteren ikke vil utlevere frivillig, besluttet av påtalemyndigheten. 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. Reglene i § 200 første ledd gjelder tilsvarende.

Når påtalemyndigheten finner at særlige grunner foreligger, kan den bringe spørsmålet om beslag inn for retten. Reglene i denne paragrafs første ledd annet til fjerde punktum og § 209 gjelder tilsvarende for rettens beslutning om beslag. Bestemmelsene i § 208 første og tredje ledd gjelder også når beslag er besluttet av retten etter dette ledd.

Dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, kan ikke beslaglegges uten rettens kjennelse, hvis ikke slikt pålegg allerede er gitt. Dersom politiet vil ta med dokumenter til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren.

Første ledd regulerer hvem som kan treffe beslutning om beslag og hvordan beslutningen skal nedtegnes og oppleses. Dette er allerede regulert i utlendingsloven § 104 fjerde ledd.

Annet ledd gir påtalemyndigheten en anledning til uoppfordret å bringe beslaget inn for retten, og regulerer rettens kompetanse i slike tilfeller. Utlendingsloven § 104 har ikke en tilsvarende regel, men utlendingen kan selv bringe beslaget inn for retten, jf. § 104 sjette ledd. Beslag i utlendingssaker har klare begrensninger, og departementet kan ikke se at det er behov for en tilsvarende regel i utlendingsloven.

Tredje ledd gjelder dokumenter med et innhold som bare retten kan pålegge noen å forklare seg om. I slike tilfeller kreves alltid rettskjennelse i forkant av beslaget. Det er lite tenkelig at bestemmelsen vil ha noen praktisk relevans i utlendingssaker. Departementet foreslår følgelig at henvisningen til § 205 utgår i sin helhet.

8.2.4 Straffeprosessloven § 206 – Beslag uten beslutning av påtalemyndigheten

Straffeprosessloven § 206 lyder:

Uten beslutning av påtalemyndigheten kan politimann ta beslag når han setter i verk beslutning om ransaking eller pågrepelse, og ellers når det er fare ved opphold. Beslag kan tas av enhver når den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.

Beslaget skal straks meldes til påtalemyndigheten. Finner denne at beslaget bør opprettholdes, utferdiger den en skriftlig beslutning med slikt innhold som nevnt i § 205 første ledd annet punktum.

Bestemmelsen regulerer beslag ved fare ved opphold mv. Utlendingsloven § 104 femte ledd har egne regler om beslag ved fare for opphold og i forbindelse med ransaking, herunder regler som svarer til straffeprosessloven § 206 annet ledd.

Straffeprosessloven § 206 fastsetter også at beslag kan besluttes av polititjenestemann i forbindelse med *pågrepelse*. Dette følger ikke eksplisitt av utlendingsloven § 104 femte ledd. Departementet antar imidlertid at vilkåret om *fare ved opphold* normalt vil være oppfylt når en utlending pågripes etter § 106, og at det derfor ikke er behov for en særskilt regel knyttet til pågrepelse. I lys av dette mener departementet at henvisningen til straffeprosessloven § 206 kan utgå i sin helhet.

8.2.5 Straffeprosessloven § 207 – Gjennomføring av beslag

Straffeprosessloven § 207 lyder:

Beslaglagte ting skal opptegnes nøyaktig og merkes på en slik måte at forveksling unngås.

Det skal så vidt mulig gis kvittering til den som hadde tingen i sin besittelse.

Bestemmelsen gir praktiske regler om gjennomføring av beslag, som bør gjelde også i utlendingssaker. Departementet foreslår å opprettholde en henvisning til § 207, jf. lovforslaget § 104 åttende ledd.

8.2.6 *Straffeprosessloven § 208 – Domstolskontroll av beslag*

Straffeprosessloven § 208 lyder:

Enhver som rammes av beslaget, kan straks eller senere kreve brakt inn for retten spørsmålet om det skal opprettholdes. Påtalemyndigheten sørger for at han blir gjort kjent med denne rett.

Regelen i første ledd første punktum gjelder tilsvarende når noen som frivillig har utlevert ting til beslag, krever dem tilbake.

Rettsens avgjørelse treffes ved kjennelse.

Bestemmelsen regulerer adgangen til å få beslutningen om beslag overprøvd av en domstol. Henvisningen til første ledd er unødvendig siden utlendingslovens § 104 sjette ledd har en tilsvarende bestemmelse. Paragraf 208 annet ledd og tredje ledd har derimot ingen paralleller i utlendingsloven. Når det gjelder annet ledd kan den ikke anses relevant i saker etter utlendingsloven, siden utlendingsloven § 104 ikke åpner for samtykke til beslag. Dette i motsetning til i straffesaker, hvor samtykke til beslag er praktisk, jf. straffeprosessloven § 205 første ledd. Departementet foreslår følgelig at henvisningen til § 208 annet ledd utgår.

En tilsvarende bestemmelse som i § 208 tredje ledd – om at rettsens avgjørelse treffes ved kjennelse – foreslås inntatt i utlendingsloven § 104 sjette ledd.

8.2.7 *Straffeprosessloven § 209 – Sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag*

Straffeprosessloven § 209 lyder:

Beslag kan unnlates mot at det blir gitt løfte om eller stilt sikkerhet for at tingen på oppfordring vil bli lagt fram eller utlevert.

Bestemmelsen regulerer sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag. Utlendingsloven regulerer ikke dette, og en henvisning gjør at sikkerhetsstillelse i dag kan brukes i utlendingssaker. Departementet er imidlertid ikke kjent med at dette brukes i praksis, eller at det er noe reelt behov for en slik regel. Det er heller ingen rettighetsbestemmelse. Departementet foreslår følgelig at henvisningen utgår.

8.2.8 *Straffeprosessloven § 213 – Varighet av beslag*

Straffeprosessloven § 213 lyder:

Viser det seg innen saken er endelig avgjort, at det ikke lenger er behov for beslaget, skal dette heves av påtalemyndigheten eller retten. Dersom det er fare for at en gjenstand som er beslaglagt med sikte på inndragning, raskt vil bli ødelagt, kan retten tillate politiet å avhende gjenstanden.

For øvrig faller beslaget bort når saken er endelig avgjort. Retten kan bestemme at beslag av bevismidler skal opprettholdes også etter at det foreligger rettskraftig dom i saken, såfremt og så lenge det er grunn til å regne med at saken kan bli begjært gjenåpnet eller andre særlige forhold tilsier det.

Bestemmelsen regulerer varigheten av beslag. Slike regler er det behov for også i utlendingssaker. Departementet mener imidlertid at ordlyden § 213 kan fremstå noe uklart når den skal anvendes i utlendingssaker. Blant annet er ikke ordlyden «når saken er endelig avgjort» umiddelbart overførbar. I utlendingssaker er det ikke nødvendigvis et vedtak i utlendingssaken som er det naturlige tidspunkt for å heve beslaget, det kan også være det tidspunkt når utlendingens identitet er tilstrekkelig avklart eller når uttransportering finner sted. Videre er deler av § 213 irrelevante i utlendingssaker, for eksempel første ledd annet punktum, som bare gjelder beslag «med sikte på inndragning».

Departementet foreslår følgelig å innføre egne regler i utlendingsloven med en tilpasset ordlyd, jf. lovforslaget § 104 syvende ledd.

8.2.9 Straffeprosessloven § 214 – Utlevering av beslaglagte ting

Straffeprosessloven § 214 lyder:

Ting som er fravendt noen ved en straffbar handling, skal utleveres til fornærmede når beslaget er falt bort. Er det tvist om hvem som har rett til tingen, avgjør retten ved kjennelse om den skal holdes tilbake inntil det har vært anledning til å få spørsmålet avgjort ved dom, eller om utlevering skal skje straks, mot eller uten at det blir stilt sikkerhet.

Andre ting leveres tilbake til den de er beslaglagt hos, når beslaget er falt bort. Gjør noen annen krav på å få tingen utlevert, gjelder bestemmelsene i første ledd annet punktum tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer fremgangsmåten for tilbakelevering av beslaglagte gjenstander. Det er behov for slike regler også i utlendingssaker. Departementet foreslår å beholde henvisningen til § 214.

8.2.10 Straffeprosessloven § 214 a – Inndragning av en beslaglagt ting

Straffeprosessloven § 214 a lyder:

Påtalemyndigheten kan beslutte inndratt beslaglagte gjenstander som er egnet til bruk ved kroppskrenkelse, og beslaglagte etterlikninger av våpen dersom gjenstandene kan inndras etter straffeloven §§ 69 første ledd bokstav c eller 70 første ledd annet

punktum. Beslutningen skal være skriftlig og begrunnet. Når påtalemyndigheten utferdiger forelegg, begjærer saken pådømt ved tilståelsesdom eller reiser tiltale med påstand om straff, skal inndragningskravet likevel tas med i saken.

Eieren eller besitteren av en beslaglagt ting skal så vidt mulig gis skriftlig underretning om påtalemyndighetens beslutning om inndragning ved kopi av beslutningen, med mindre tingen er av ubetydelig verdi. Saken kan kreves forelagt for retten innen 1 måned etter at underretningen er kommet frem. Har underretning ikke vært gitt, er fristen for å kreve saken inn for retten 6 måneder fra beslaget ble foretatt. Et krav som er fremsatt etter at fristen er utløpt, kan likevel tas til følge når oversittelsen ikke bør legges den til last som har fremsatt kravet, eller når særlige omstendigheter ellers tilsier det.

Bestemmelsen trådte i kraft 1. oktober 2015 samtidig med ny straffelov, og åpner for at påtalemyndigheten kan beslutte inndragning av beslaglagte gjenstander som er egnet til bruk ved legemskrenkelser i visse tilfeller. Bestemmelsen er ikke relevant i utlendingssaker og henvisningen kan derfor utgå.

8.2.11 *Straffeprosessloven § 214 b – Inndragning av en beslaglagt ting uten kjent eier, lovbrøyer eller besitter*

Straffeprosessloven § 214 b lyder:

Påtalemyndigheten kan beslutte inndragning av en beslaglagt ting dersom inndragning kan skje etter straffeloven § 74 og verken eieren, lovbrøyeren eller besitteren er kjent. Beslutningen skal være skriftlig og begrunnet. Eieren eller besitteren kan kreve saken forelagt for retten innen 6 måneder etter at vedtak om inndragning er fattet.

Bestemmelsen trådte i kraft 1. oktober 2015 samtidig med ny straffelov, og regulerer når påtalemyndigheten i visse tilfeller kan beslutte inndragning av beslaglagte ting når den som inndragningen foretas overfor ikke må gjøres til part i saken. Bestemmelsen er ikke relevant i utlendingssaker og henvisningen kan derfor utgå.

8.2.12 *Straffeprosessloven § 215 – Hjemmel for forskriftsregulering*

Straffeprosessloven § 215 lyder:

Kongen kan gi nærmere forskrifter til gjennomføring av reglene i §§ 211 og 212.

Siden utlendingslovens henvisning til straffeprosessloven kapittel 16 eksplisitt gjør unntak fra §§ 211 og 212, og disse følgelig ikke er relevante i utlendingssaker, bør henvisningen til § 215 utgå.

8.2.13 *Straffeprosessloven § 215 a – Sikring av elektronisk lagrede data*

Straffeprosessloven § 215 a lyder:

Påtalemyndigheten kan som ledd i etterforskning gi pålegg om sikring av elektronisk lagrede data som antas å ha betydning som bevis.

Pålegg om sikring av data i en sending som besittes av en tilbyder av tilgang til elektroniske kommunikasjonsnett eller elektronisk kommunikasjonstjeneste, kan bare gis dersom vilkårene i første ledd er oppfylt og det er grunn til å tro at det er begått en straffbar handling.

Den som har rådigheten over de data som omfattes av sikringspålegget, skal underrettes om pålegget. En mistenkt skal underrettes straks dataene er sikret og han får status som siktet i saken. For øvrig skal underretning gis straks dataene er sikret.

Sikringspålegget gjelder for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn nødvendig og høyst 90 dager om gangen. Dersom sikringspålegget gis etter anmodning fra fremmed stat, gjelder pålegget for minst 60 dager. § 197 tredje ledd, § 208 første og tredje ledd og § 216 i gjelder tilsvarende.

Den pålegget retter seg mot, skal etter begjæring utlevere de trafikkdata som er nødvendige for å spore hvor dataene som omfattes av sikringspålegget kom fra og hvor de eventuelt ble sendt til.

Bestemmelsen regulerer sikring av elektronisk lagrede data som skal brukes i etterforskning. Beslagleggelse i utlendingssaker dreier seg ikke om etterforskning i straffeprosessuell forstand, og utlendingen er ikke å anse som mistenkt eller siktet. Ordlyden i bestemmelsen passer derfor ikke. Et slikt virkemiddel har dessuten større berettigelse i straffesaker, og kan i alle tilfeller benyttes dersom det parallelt løper en strafferettslig etterforskning. Politiet har i dag adgang til å ta beslag i elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av, jf. uttrykket «annet materiale» i utlendingsloven § 104 første ledd. Departementet foreslår på denne bakgrunn at henvisningen til straffeprosessloven § 215 a utgår. Det foreslås imidlertid inntatt en presisering i § 104 første ledd om at beslag også kan gjelde elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av.

8.2.14 *Straffeprosessloven § 216 – Forholdsregler ved sikring av bevis*

Straffeprosessloven § 216 lyder:

For å sikre bevis kan påtalemyndigheten, eller i påtrengende tilfelle politimann, stenge bygning eller rom, sperre av bestemt område, forby flytting eller berøring av bestemte ting, eller treffe liknende forholdsregler. Reglene i § 208 gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer påtalemyndighetens eller politiets kompetanse til å treffe ulike forholdsregler i samband med sikringen av bevis. I utlendingssaker er det ikke bevis-sikring i vanlig forstand. Departementet antar at det er tilstrekkelig at det foreligger hjemmel for slik sikring i de tilfellene der det også foregår straffeprosessuell etterforskning mot utlendingen. Det foreslås derfor at henvisningen utgår.

9. PÅ HVILKET STADIUM AV EN UTLENDINGSSAK DET KAN BENYTTES TVANGSMIDLER

9.1 Innledning

I Tvangsmiddelrapporten punkt 3.1 bemerkes det at det tidvis kan fremstå uklart hvilke krav som stilles til «status» i utlendingssaken for at tvangsmidler skal kunne benyttes. Det vises blant annet til at § 106 første ledd bokstav b åpner for pågrepelse og fengsling dersom det er fare for at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av «et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket». Ordlyden synes isolert sett å forutsette at det foreligger et slikt vedtak. Det samme gjelder regler i § 104 annet ledd (beslag av reisedokumenter mv. ved fare for unndragelse) og § 105 første ledd bokstav b (meldepikt og bestemt oppholdssted ved fare for unndragelse).

Utlendingsloven § 99 annet ledd lyder:

Tvangsmidler for å sikre iverksettingen av et vedtak kan anvendes når det er fattet vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket, og under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak.

Denne regelen tydeliggjør at tvangsmidler ikke bare kan anvendes når det foreligger et avslagsvedtak. Regelen innebærer for eksempel at en asylsøker kan pågripes dersom det er konkrete holdepunkter for at vedkommende vil unndra seg effektivering ved et eventuelt avslag. Det må vurderes om dette bør fremgå direkte av § 106 mv.

Departementet bemerker for øvrig at formuleringen «*kan føre til*» i § 99 annet ledd, innebærer at det må foreligge mer enn en teoretisk *mulighet* for et avslagsvedtak.

I rapporten pekes det også på at det synes noe uklart om den generelle regelen i utlendingsloven § 99 annet ledd, som slår fast at tvangsmidler kan benyttes *både* før og etter endelig vedtak, gjelder *alle* tvangsmidlene i kapittel 12. Noen av disse, nærmere omtalt nedenfor, synes å ha særskilte regler som fraviker den generelle regelen.

9.2 Departementets vurdering

Departementet er enig i at gjeldende regelverk enkelte steder er noe utydelig når det gjelder hvilket tidspunkt i utlendingssaken det kan benyttes ulike tvangsmidler. Dette er uheldig.

Departementet foreslår derfor å endre ordlyden i gjeldende §§ 104 annet ledd, 105 første ledd bokstav b og 106 første ledd bokstav b – som alle gjelder tvangsmiddelbruk pga. unndragelsesfare – slik at det fremgår tydelig av den enkelte bestemmelse at tvangsmidler også kan brukes *under behandlingen av en sak* som kan føre til et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket.

En tilsvarende presisering foreslås i 106 første ledd bokstav e, slik at det går klart frem at utlendingen kan pågripes og tvangsmessig tilbakeholdes også under behandlingen av en sak når vedkommende ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument.

Som nevnt, peker Tvangsmiddelrapporten også på at det er uklart om § 99 annet ledd, som slår fast at tvangsmidler kan benyttes både før og etter endelig vedtak, gjelder *alle* tvangsmidlene i kapittel 12. Det vises blant annet til at § 103 (undersøkelse) synes å ha egne regler om kravet til utlendingssakens status – for eksempel kan husundersøkelse i medhold av første ledd bokstav b og c bare skje dersom utlendingen har «ulovlig opphold», jf. annet ledd – slik at det neppe har vært meningen å supplere med § 99 annet ledd. Det vises også til andre regler med egne krav til utlendingssakens status:

- § 106 første ledd bokstav c (utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen ennå ikke er inntrådt»)
- § 106 første ledd bokstav d (det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. § 90, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Det er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger),
- § 106 første ledd bokstav f (utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse)

Departementet ser behovet for en generell avklaring og tydeliggjøring. Departementet foreslår å endre § 99 annet ledd slik at det presiseres at den gjelder med mindre noe annet følger av de enkelte bestemmelsene i loven eller i forskrift i medhold av loven. Eksempelvis vil da kravet til utlendingssakens status i bestemmelser som § 103 annet ledd og § 106 første ledd bokstav c og d gå foran § 99 annet ledd som spesialregler.

10. PROGRESJONSKRAVET VED BRUK AV TVANGSMIDLER

10.1 Innledning

I Tvangsmiddelrapporten kapittel 3.2 anbefales det å ta inn en generell bestemmelse i utlendingsloven, for eksempel i § 106 andre ledd, der minstekravet til fremdrift og realisme i utsendelsessaken kommer til uttrykk. Det vises til EMK artikkel 5 (retten til frihet) nr. 1 bokstav f og menneskerettsdomstolens krav om at en utsendelsesprosess må være i fremdrift («in progress») for å kunne danne grunnlag for tvangsmessig tilbakehold. Det pekes på at det eneste unntaket synes å være der utlendingen misligholder sine plikter gitt i eller i medhold av lov til å medvirke til å avklare sin egen identitet, da EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b kan være aktuell.

10.2 Departementets vurdering

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f tillater pågrepelse og frihetsberøvelse bl.a. «av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering». EMD har i flere saker, for eksempel *Chahal mot Storbritannia* (22414/93) og *Mikolenko mot Estland* (10664/05), understreket at adgangen til tvangsmessig tilbakehold etter denne bestemmelsen er avhengig av at utsendelsesprosessen er i fremdrift («in progress») og at statene må følge opp aktivt («prosecuted with due diligence»). Departementet viser til Prop. 138 L (2010–2011) *Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)* s. 15 for en mer detaljert fremstilling.

Vilkåret om at staten må arbeide aktivt for å få utsendelsen gjennomført, innebærer ikke at det kan oppstilles en generell tidsgrense for hvor lenge tvangsmessig tilbakehold kan vare. EMD krever imidlertid at perioden for tvangsmessig tilbakehold ikke skal være lenger enn hva som er rimelig å anse nødvendig ut fra formålet. Videre må staten kunne vise at den arbeider aktivt for å få utsendelsen gjennomført og at en utsendelse fremstår som realistisk, jf. Prop. 138 L (2010–2011) s. 15–16.

EMD ser ikke bare på den totale varigheten av tvangsmessig tilbakehold, men foretar en konkret vurdering av periodens enkelte stadier. Hvorvidt saken er kompleks, om klageren har medvirket til forsinkelser og om forsinkelsene kan legges myndighetene til last m.m. er faktorer av betydning i en vurdering av lengden på et tvangsmessig tilbakehold, jf. Prop. 138 L (2010–2011) s. 46. Også kritikkverdige forhold i institusjonen der vedkommende var tvangsmessig tilbakeholdt, har blitt tillagt vekt av EMD.

Saken *Suso Musa mot Malta* (42337/12), 23. juli 2013 illustrerer hvilke vurderinger EMD foretar. I denne saken var utlendingen tvangsmessig tilbakeholdt både under behandlingen av asylsøknaden og etter avslag med sikte på utsendelse. Først ti måneder etter avslaget på asylsøknaden gjorde myndighetene et forsøk på å legge til rette for utsendelse. De to påfølgende månedene før løslatelse ble det ikke iverksatt flere tiltak med sikte på utsendelse, og utlendingen forble tvangsmessig tilbakeholdt til tross for at myndighetene de siste ukene visste at det ikke var utsikter til utsendelse. Domstolen uttalte at frihetsberøvelsen i perioden etter at behandlingen av asylsaken var avsluttet, ikke var forenlig med artikkel 5 første ledd bokstav f annet alternativ («treffes tiltak med sikte på utsendelse»).

Departementet foreslår på denne bakgrunn å tydeliggjøre i § 106 første ledd at pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold etter første ledd bokstav b (unndragelsesfare) og d (vedtak om utvisning pga. straff) bare kan skje når «det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse».

Når det gjelder pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold i medhold av bokstav a (manglende samarbeid om klarlegging av identitet), er det ikke nedfelt et tilsvarende progresjonskrav i EMK. I praksis fremmes det ikke begjæring om fengsling med mindre det

er utsikter til å avklare utlendingens identitet. Høyesterett har dessuten innfortolket et progresjonskrav i forholdsmessighetsvurderingen i norsk rett, jf. Rt. 2009 s. 727:

«Jo lengre fengslingstiden blir, jo tyngre må de hensyn som begrunner fengslingen være, jf. Rt-1999-1460. Etter hvert som tiden går, vil det også måtte stilles skjerpede krav til politiets innsats for å avdekke utlendingens identitet.

(...)

Utvalget legger til grunn at etter hvert som fengslingstiden blir lang, må domstolene også stille tiltagende krav til grunnlaget for fortsatt fengsling, til innsatsen og til fremdriften fra utlendingsmyndighetenes side, til dokumentasjon for gjennomførte tiltak, og til oversikt med hensyn til gjenstående undersøkelser.»

Når det gjelder § 106 første ledd bokstav c, e, f og g ser departementet ikke behov for å lovfeste et særskilt progresjonskrav.

11. ANDRE ALTERNATIVER TIL TVANGSMESSIG TILBAKEHOLD

Departementet har merket seg at mange aktører er særlig opptatt av alternativer til tvangsmessig tilbakehold, og særlig gjelder dette ved tvangsmessig tilbakehold av barnefamilier. Som vi har sett foran, forutsetter blant annet barnekonvensjonen artikkel 37 b at tvangsmessig tilbakehold av barn bare må skje som en siste utvei. Både NOAS og flere andre aktører har anbefalt at departementet utforsker muligheten for å benytte alternativer til tvangsmessig tilbakehold i større grad enn i dag. NOAS m.fl. har pekt på en rapport fra International Detention Coalition (*There are alternatives*¹⁹), og har beskrevet det som at denne rapporten angir 250 alternativer til tvangsmessig tilbakehold.

Det riktige synes å være at rapporten har samlet opp informasjon om praksis og regelverk i en rekke land fra ulike kilder, og har summert opp til sammen 250 tiltak. Flere av tiltakene er allerede helt selvfølgelige elementer i norsk asylprosess, og/eller er tiltak som det ikke er naturlig å vurdere som egentlige alternativer til tvangsmessig tilbakehold i et norsk perspektiv. For eksempel gjelder dette slikt som å tilby plass på asylmottak til asylsøkere, tilbud om retur støtte ved assistert retur osv. Når man ser nærmere på hvilke tiltak NOAS m.fl. selv har valgt å trekke frem, gjelder dette særlig:

- Realitetsorientering av asylsøkere (særlig asylsøkerfamilier) slik at de kan innrette seg mot assistert retur ved eventuelt avslag.
- Meldeplikt og pålegg om bestemt oppholdssted.
- Beslag i reisedokumenter
- Kausjon
- Garantistillelse
- Elektronisk kontroll

¹⁹ <http://idcoalition.org/publication/there-are-alternatives-revised-edition/>

Når det gjelder *realitetsorientering av asylsøkere*, herunder konsekvensene av avslag og mulighetene for assistert retur som et alternativ til tvangsretur, hører dette til regjeringens satsingsområder. UDIs returarbeid har de siste årene rettet mye oppmerksomhet mot å sette inn de riktige informasjons- og motivasjonstiltakene på riktig tidspunkt, gjennom hele asylprosessen. Videre har det vært en sentral målsetting at et avslag skal ha en synlig konsekvens, og UDI har både i egen virksomhet og i samarbeid med andre, vektlagt at det er viktig at asylsøkerne er realitetsorientert og informert om hvor de er i prosessen, konsekvensene av et avslag og de gis informasjon om muligheten for støtte til hjemreise og reintegrering gjennom program for assistert retur. UDI har også vektlagt å videreutvikle gode returprogrammer tilpasset særskilte nasjonaliteter og grupper. I mottak er det stor vekt på samtaler og individuell oppfølging av mottaksbeboere. Både mottaket og delvis UDI har samtaler med beboerne ved bestemte tidspunkter i asylsaken, og informasjonen som gis er tilpasset status i asylsaken. Viktige temaer er å sikre at beboerne har forstått innholdet i asylavslaget, utvikling av fremtidsplaner, hjemlandsorientering og orientering om eventuelle støtteordninger i hjemlandet.

Følgende stikkord er sentrale for det arbeid som gjøres med returarbeid i mottak:

- Fast ordinært returarbeid i alle mottak.
- Returrådgivere ansatt på enkelte mottak, som gjennomfører individuelle returmotiverende samtaler, og som har spesiell kompetanse i vanskelige samtaler.
- Retursaksbehandlere ved UDIs regionkontorer som gjennomfører orienteringsamtaler og vedtakssamtaler med utvalgte grupper mottaksbeboere
- Frivillige organisasjoner gjennomfører informasjonsarbeid i mottak.

Det bemerkes for øvrig at mottak skal legge til rette for at barn og unge får tilbud om retursamtaler, individuelt eller sammen med sin familie. Det skal også legges til rette for at barn ivaretas med hensyn til hjemlandsfokus, blant annet gjennom morsmålsopplæring og opplæring i hjemlandets språk ved å søke om midler der det er mulig.

Informasjons- og motivasjonsarbeid kombinert med ulike støtteordninger til retur og reintegrering er tiltak som er iverksatt for å få flest mulig til å velge assistert retur. Det er særskilte retur programmer for sårbare hvor det gis ekstra hjelp til hjemreisen.

I 2016 har UDI gitt tilskudd til prosjekter fra aktører som er i kontakt med personer uten lovlig opphold utenfor mottak, det kan være diaspora i Norge, gjerne innvandrerforeninger, humanitære og frivillige organisasjoner, samt massemedia for innvandrere. UDI vil også tildeles tilskudd til returarbeid i 2017. I 2016 er det satt av 20,3 mill. kroner til arbeidet med returrådgivning i mottak. Dette arbeidet vil styrkes ytterligere i 2017 etter forslag fra Regjeringen.

Når det gjelder *beslag i reisedokumenter*, vises det til at asylsøkere allerede må innlevere pass eller annet reisedokument de er i besittelse av i forbindelse med fremsettelse av søknad, jf. utlendingsloven § 93 første ledd.

På samme måte er *meldeplikt og bestemt oppholdssted* et tiltak som benyttes allerede i dag, herunder overfor barnefamilier som blir pågrepet for uttransportering dagen etter, men hvor uttransporteringen likevel ikke lar seg gjennomføre som planlagt. I slike tilfeller velger ofte politiet å løslate barnefamiliene, og i stedet pålegge dem meldeplikt og plikt til å bo på et bestemt mottak. Som det fremgår av fremstillingen i punkt 5.6.2 er terskelen for å begjære tvangsmessig tilbakehold av barn, høy. For øvrig benyttes meldeplikt og bestemt oppholdssted også i andre saker enn de som gjelder barnefamilier.

Når det gjelder bruk av *kausjon og/eller garantistillelse*, mener departementet at dette ikke er tiltak det er grunn til å utrede nærmere overfor barnefamilier. I det store flertall av saker hvor barnefamilier pågripes, er det etter norsk praksis planlagt uttransportering dagen etter pågripelse eller en av de aller første dager deretter. Det er svært vanskelig å se hvordan en ordning med kausjon eller garantistillelse skal kunne anvendes på en hensiktsmessig måte i slike saker. Heller ikke når det gjelder voksne uten barn, ønsker departementet å utrede bruk av kausjon/garantistillelse. I saker hvor politiet mener at det er nødvendig med tvangsmessig tilbakehold ut fra kontrollhensyn eller for å gjennomføre en uttransportering, er det klare betenkeligheter ved å kreve økonomiske forsikringer. Denne typen ordninger utfordrer likebehandlingsprinsipper og kan tenkes å sette potensielle kausjonister eller garantister under et svært uheldig press. For enkelte kan det også være så sterke økonomiske interesser i å bli værende i et vestlig land, at det bare i begrenset grad vil redusere unndragelsesfaren, med mindre det økonomiske garantibeløpet settes svært høyt. Det kan også oppstå mange krevende utfordringer knyttet til når et kausjonsansvar eller en garantistillelse skal kunne inndrives. Og det må forventes at det ville skape sterke reaksjoner dersom staten skulle beholde eller inndrive store pengebeløp som følge av at en barnefamilie unndrar seg tvangsutsendelse.

Hva gjelder forslaget om *elektronisk kontroll*, er departementet enig i at dette er et tiltak som det kan være hensiktsmessig å utrede nærmere. Departementet har derfor gitt Politidirektoratet i oppdrag å levere en vurdering av dette. Det er i denne sammenheng en rekke forhold som må utredes nærmere. For eksempel gjelder dette:

- Hva slags elektronisk kontroll kan være aktuell i denne sammenheng?
- Når elektronisk kontroll benyttes i kriminalomsorgen, har den som er underlagt kontrollen en sterk interesse i å overholde fastsatte restriksjoner fordi dette letter soningsforholdene. Når det gjelder asylsøkere som har fått avslag kan situasjonen være annerledes, og unndragelsesfaren kan i mange tilfeller være vesentlig høyere.

- På hvilken måte kan elektronisk kontroll være et egnet virkemiddel i saker som også berører barn?

Departementet vil for øvrig understreke at det viktigste «alternativet» til tvangsmessig tilbakehold og tvangsretur i norsk praksis, er assistert retur med tilbud om ulike støtteordninger fra norske myndigheter.

12. FORHOLDET TIL FORVALTNINGSLOVEN

12.1 Bakgrunn

Utlendingsloven § 80 har tittelen «forholdet til forvaltningsloven», og slår fast at forvaltningsloven gjelder «når ikke annet følger av loven her».

I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 20. mars 2015, som gjaldt gyldigheten av et pålegg etter utlendingsloven § 105 mot Najmuddin Faraj Ahmad (mullah Krekar), ble det drøftet om forvaltningsloven også gjelder ved bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven kapittel 12. Det var fra utlendingens side gjort gjeldende at forvaltningslovens saksbehandlingsregler, herunder regler om forhåndsvarsling og begrunnelse, får anvendelse for pålegg etter utlendingsloven § 105. Det ble vist til utlendingsloven § 80.

Lagmannsretten fant støtte i forarbeidene for at forvaltningslovens regler ikke var ment å gjelde for bruk av tvangsmidler. Når det gjaldt forhåndsvarsling anså retten det som «åpenbart at det lett ville kunne skade muligheten for effektiv håndhevelse av tvangsmidlene i utlendingsloven kapittel 12 dersom utlendingen skulle ha krav på forhåndsvarsel». Det ble også vist til at utlendingens mulighet i slike saker ivaretas gjennom adgangen til rettslig prøving, og til lang og ensartet praksis for at det ikke gis forhåndsvarsling før pålegg etter utlendingsloven § 105.

Lagmannsretten konkluderte etter dette med at utlendingsloven «må tolkes slik at det gjennom lovens regulering av forholdet til forvaltningsloven er bestemt at forvaltningsloven ikke gjelder for politiets anvendelse av tvangsmidler etter utlendingsloven kapittel 12». Pålegget om meldeplikt og bestemt oppholdssted ble imidlertid funnet ugyldig på annet grunnlag.

12.2 Departementets vurdering

Etter departementets syn er lagmannsrettens kjennelse i tråd med gjeldende rett. Departementet mener imidlertid at det bør tydeliggjøres i lovteksten at forvaltningslovens regler ikke gjelder for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven kapittel 12.

Departementet foreslår derfor å lovfeste i § 99 at «forvaltningsloven gjelder ikke for bruk av tvangsmidler etter dette kapittel».

13. ADMINISTRATIVE OG ØKONOMISKE KONSEKVENSER

De foreslåtte endringene i utlendingslovens regler om tvangsmessig tilbakehold og andre tvangsmidler har som hovedformål å avklare og tydeliggjøre hvilke regler som gjelder. Endringene antas ikke å føre til at vesentlig flere eller færre personer blir pågrepet og tvangsmessig tilbakeholdt. I den grad endringene fører til at det må gjøres flere eller grundigere vurderinger av barnets beste m.m., kan dette innebære noe merarbeid i politiet og domstolene og barnevernet. Dette må håndteres innenfor de til enhver tid gjeldende budsjetttrammer. Det er etter dette liten grunn til å tro at forslaget til regelendringer vil ha vesentlige administrative eller økonomiske konsekvenser.

14. MERKNADER TIL DE ENKELTE BESTEMMELSER

Merknad til § 66 annet ledd

Nåværende § 106 a foreslås å bli ny § 106 c. Når det i § 66 annet ledd bokstav b i dag er henvist til § 106 a, må dermed dette endres til en henvisning til § 106 c.

Merknad til § 90 sjette ledd

Nåværende § 106 a foreslås å bli ny § 106 c. Når det i § 90 sjette ledd bokstav a i dag er henvist til § 106 a, må dermed dette endres til en henvisning til § 106 c.

Merknad til § 92 fjerde ledd

I § 92 fjerde ledd første og annen setning foreslås det å erstatte begrepet «fengsling» med «tvangsmessig tilbakehold». Det vises til avsnitt 4.2 i høringsnotatet om endret terminologi.

I § 92 fjerde ledd foreslås det videre inntatt et nytt fjerde punktum om retten til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med prosessfullmektigen, for den som blir pågrepet eller tvangsmessig tilbakeholdt. Bestemmelsen svarer til straffeprosessloven § 186 første ledd, som det i dag er henvist til i utlendingsloven § 106 tredje ledd. Det vises til avsnitt 4.4.15 i høringsnotatet.

Merknad til § 99 annet og tredje ledd

Endringen i *annet ledd* tydeliggjør at hovedregelen i samme ledd – tvangsmidler kan benyttes både før og etter at det foreligger et vedtak som innebærer utreiseplikt – ikke gjelder i alle tilfeller. Det vises til drøftelsen i avsnitt 9.2 ovenfor.

Noen bestemmelser i §§ 103-106 har særregler om hvilken status i utlendingsssaken som aktualiserer bruk av tvangsmiddel, for eksempel kan undersøkelse i medhold av § 103 første ledd bokstav b og c bare skje dersom utlendingen har «ulovlig opphold». Endringen i § 99 annet ledd synliggjør at det finnes slike særregler og at disse har forrang fremfor den generelle hovedregelen.

Utlendingsloven § 80 slår fast at forvaltningsloven gjelder med mindre noe annet er særskilt bestemt. Forslaget til nytt *tredje ledd* i § 99 slår fast at forvaltningsloven ikke

gjelder for bruk av tvangsmidler etter kapittel 12. Endringen kodifiserer gjeldende rett, jf. drøftelsen i avsnitt 12.

Merknad til § 103 første ledd bokstav c

Departementet viser til kapittel 7 ovenfor.

I *første ledd bokstav c* er det i dag henvist til § 106 a. Når det nå foreslås at gjeldende § 106 a skal bli ny § 106 c, må henvisningen i § 103 første ledd bokstav c endres tilsvarende.

Merknad til § 103 tredje til femte ledd

I tredje ledd innarbeides straffeprosessloven § 198 første ledd nr. 1 og deler av § 193, som regulerer hvilke steder en politimann kan foreta undersøkelser uten en forutgående beslutning. Videre innarbeides straffeprosessloven § 198 tredje ledd, som gjelder politimenns adgang til å foreta undersøkelser ved pågrepelse. Det gis også en regel om adgang for polititjenestemann til å beslutte undersøkelse dersom vedkommende ville hatt kompetanse til å beslutte pågrepelse etter § 106 annet ledd annet punktum fordi det er fare ved opphold. Det vises til avsnitt 7.2.1 ovenfor.

Fjerde ledd består av de fire siste setningene i nåværende tredje ledd (med en teknisk tilpasning i innledningen).

Femte ledd fastsetter hvilke bestemmelser i straffeprosessloven som fortsatt gjelder. Det vises til drøftingene i avsnitt 7.2.2 til 7.2.6 ovenfor. Bestemmelsene gir regler om blant annet tilstedeværelse av vitne, undersøkelser i datasystem, tilkalling av medlem av husstand eller nabo og skånsomhet ved utførelse av undersøkelser.

Merknad til § 104

Etter gjeldende § 104 første ledd kan det tas beslag i reisedokumenter, billetter «eller annet materiale». «Annet materiale» er forstått slik at det også kan omfatte elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av. Dette er nå foreslått presisert i første ledd første punktum.

I annet ledd er det presisert at beslag pga. unndragelsesfare kan finne sted også *før* det foreligger et negativt vedtak. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort også i § 104. Det vises til avsnitt 9.2 ovenfor.

Sjette ledd tredje punktum endres slik at bestemmelsen presiserer at retten skal avgjøre spørsmålet om opprettholdelse av beslag ved kjennelse.

Nytt syvende ledd er en tilpasset versjon av straffeprosessloven § 213, jf. avsnitt 8.2.8.

Nytt åttende ledd erstatter den henvisning til straffeprosessloven som i dag fremgår av § 104 siste ledd siste setning. I dag vises det til straffeprosessloven kapittel 16, med no-

en unntak. I lovforslaget er dette redusert til to bestemmelser, som blant annet gjelder opptegning og tilbakelevering av beslaglagte gjenstander. Det vises til avsnitt 8.2.7 og 8.2.9 ovenfor.

Merknad til § 105

I første ledd bokstav b er det presisert at pålegg begrunnet med unndragelsesfare også kan gis før det foreligger et negativt vedtak. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort også i § 104. Det vises til avsnitt 9.2 ovenfor.

I annet ledd innarbeides straffeprosessloven § 175 første ledd annet punktum, jf. avsnitt 6.2.1 ovenfor, som det i dag blir henvist til. Videre innarbeides deler av § 184, jf. avsnitt 6.2.2.

Tredje ledd tilsvarer straffeprosessloven § 187 a, jf. avsnitt 6.2.3 ovenfor. Alle bestemmelsene i straffeprosessloven som det i dag blir vist til i utlendingsloven § 105, foreslås dermed innarbeidet i § 105.

Nytt fjerde ledd er identisk med nåværende tredje ledd.

Merknad til § 106

Endringen i første ledd bokstav b er en tydeliggjøring av kravet til utlendingssakens status. Det presiseres at pågrep og tvangsmessig tilbakehold på grunn av unndragelsesfare også kan skje før det foreligger et vedtak om at utlendingen må forlate riket. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort i § 106. Det vises til avsnitt 9.2 ovenfor.

En tilsvarende presisering foreslås i første ledd bokstav e.

Endringen i bokstav d består i at vilkåret om at progresjonskravet slettes, dat dette foreslås inntatt i annet ledd tredje punktum.

Endringene i § 106 annet ledd annet og tredje punktum tydeliggjør kravet til progresjon i prosessene med henholdsvis identitetsfastsettelse og uttransportering. Det vises til avsnitt 10.3 ovenfor, hvor det er nærmere drøftet hva som ligger i de respektive progresjonskravene. Endringene er ikke ment å innebære realitetsendringer.

I § 106 tredje ledd første og andre setning foreslås det særskilte vilkår for pågrep og tvangsmessig tilbakehold av barn. I dag følger det av straffeprosessloven at pågrep av mindreårige bare kan skje dersom det er «særlig påkrevd», og tvangsmessig tilbakehold kan bare skje dersom det er «tvingende nødvendig». Det foreslås at det bør fremgå uttrykkelig av utlendingsloven at pågrep bare kan skje i tilfeller hvor det er særlig påkrevd. På samme måte foreslås det å tydeliggjøre direkte i utlendingsloven at tvangsmessig tilbakehold bare kan skje dersom det er tvingende nødvendig. Når formålet er ID-avklaring eller når tvangsmessig tilbakehold skjer på grunn av høy unndragel-

sesfare, foreslås det særskilte vilkår knyttet opp mot formålet med tiltaket. Tvangsmessig tilbakehold for ID-avklaring skal således bare kunne skje «i ekstraordinære situasjoner» (vil særlig kunne gjelde situasjoner med ekstraordinært høye ankomster), og hvor tvangsmessig tilbakehold i tillegg «er helt nødvendig for å sikre ID-avklaring». Tvangsmessig tilbakehold ved unndragelsesfare skal bare kunne skje dersom dette er «helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen».

I tredje ledd tredje setning foreslås det presisert at hensynet til barnets beste alltid skal vektlegges. Dette følger både av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, men bør fremheves uttrykkelig i utlendingsloven § 106. Det vises til drøftelsen i punkt 5.6.4 ovenfor.

Reglene i nåværende § 106 tredje til sjette ledd foreslås flyttet til §§ 106 a og 106 b, jf. nedenfor.

Merknad til § 106 a

Departementet foreslår en ny § 106 a og § 106 b med prosessuelle regler for henholdsvis pågripelse og fremstilling for tvangsmessig tilbakehold. Disse inneholder til dels regler som i dag finnes i § 106 tredje til sjette ledd, dels regler som «hentes» fra straffeprosessloven til erstatning for henvisninger, dels helt nye regler.

Nåværende § 106 a om vurdering av unndragelsesfare foreslås flyttet til ny § 106 c.

Paragraf 106 a første ledd første og annet punktum viderefører gjeldende § 106 tredje ledd første og annet punktum. Tredje og fjerde punktum er nye og svarer til straffeprosessloven § 175 første ledd annet og tredje punktum (modifisert til ikke å inneholde noe om straffbare forhold), jf. punkt 4.4.3 ovenfor. Femte punktum svarer til straffeprosessloven § 178 første ledd, og sjette punktum til § 178 annet ledd, jf. punkt 4.4.6 ovenfor. Åttende og niende punktum tilsvarende straffeprosessloven § 179, jf. punkt 4.4.7 ovenfor.

Paragraf 106 a annet ledd første og annet punktum svarer til straffeprosessloven § 177, med den modifikasjon at avskrift av beslutning ikke skal gis automatisk, men bare dersom utlendingen ber om det, jf. punkt 4.4.5 ovenfor. Tredje punktum svarer til første del av straffeprosessloven § 180, men det er gjort unntak fra forklaringsretten når pågripelse skjer på grunn av fare for unndragelse og utlendingen allerede har oversittet en fastsatt utreisefrist. I de fleste av sistnevnte tilfeller vil utlendingen allerede ha blitt gjort kjent med mulige konsekvenser av ikke å overholde utreisefristen.

I tillegg er det tatt inn en henvisning til straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd om nedtegning, underskrift mv. av forklaringer som nevnt i punkt 4.4.8.

Paragraf 106 a tredje ledd har sitt opphav i straffeprosessloven § 182, og innebærer at at det ved pågripelse i utgangspunktet skal gis underretning til den pågripnes husstand eller annen person vedkommende utpekeri utgangspunktet skal skje. Unntaksregelen i

annet punktum er derimot tilpasset utlendingssaker og skiller seg fra straffeprosessloven § 182. Det vises til punkt 4.4.10 ovenfor.

Paragraf 106 a fjerde ledd *første* punktum svarer til nåværende § 106 tredje ledd tredje punktum. Fjerde ledd *annet* punktum er nytt og innebærer at dersom utlendingen forut for pågrepelse på utlendingsrettslig grunnlag har vært pågrepet på strafferettslig grunnlag, skal dette telle med ved beregningen av fremstillingsfristen. Det vises til nærmere drøftelse i avsnitt 4.3.4 ovenfor.

Paragraf 106 a fjerde ledd *tredje og fjerde* punktum svarer til straffeprosessloven § 183 første ledd annet og tredje punktum, jf. punkt 4.4.11 ovenfor.

Paragraf 106 a femte ledd *første og annet punktum* viderefører gjeldende § 106 fjerde ledd, som for øvrig tilsvarende straffeprosessloven § 183 annet ledd (særsilt fremstillingsfrist for mindreårige).

Paragraf 106 a femte ledd *tredje til sjette punktum* regulerer barnevernets rolle ved pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av barn. Reglene er til dels basert på straffeprosessloven § 183 tredje ledd, men tilpasset utlendingssakene. Det vises til nærmere drøftelse i avsnitt 5.6.7 ovenfor. Det bemerkes at straffeprosessloven § 118, som det blir henviset til i syvende punktum, gjelder krav om samtykke fra departementet for vitneførelse som vil krenke lovbestemt taushetsplikt m.m.

I sjette ledd gis det særskilte regler om høring av barn i forbindelse med fremstilling for fengsling. Reglene svarer til det som er fastsatt i utlendingsforskriften § 17-3 for utlendingssaker for øvrig. Departementet har imidlertid ment at det er viktig å presisere dette særskilt i tilknytning til rettens vurdering av spørsmålet om tvangsmessig tilbakehold. Det vises for øvrig til at bestemmelsen er utformet med utgangspunkt i barnekonvensjonen artikkel 12.

Paragraf 106 a sjuende ledd viderefører nåværende § 106 sjette ledd.

Merknader til § 106 b

Paragraf 106 b første ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd første punktum, jf. punkt 4.4.12 ovenfor. Annet punktum svarer til straffeprosessloven § 183 fjerde ledd, med den endring at det ikke kan gjøres unntak hvis fremmøte vil representere en uforholdsmessig ulempe. Det vises til punkt 4.4.11. Tredje punktum svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd annet punktum, jf. punkt 4.4.12. Fjerde punktum viser til straffeprosessloven § 184a, som gjelder rettens veiledningsplikt ved fengsling, jf. punkt 4.4.13 ovenfor. Femte punktum svarer til straffeprosessloven § 184 annet ledd tredje punktum, men er noe justert for å passe i utlendingssaker. Sjette punktum svarer til straffeprosessloven § 184 annet ledd fjerde punktum.

§ 106 b første ledd siste punktum er nytt, og slår fast at det skal fremgå av kjennelsen om tvangsmessig tilbakehold hvordan hensynet til barnets beste og muligheten for å anvende mindre inngripende tvangsmidler er vurdert. Det vises til avsnitt 5.6.4.

Departementet understreker at vilkårene for å pågripe og tvangsmessig tilbakeholde barn, jf. blant annet § 106 tredje ledd ovenfor, må være oppfylt for hvert enkelt barn i en barnefamilie. Det må derfor gjøres en selvstendig vurdering av om det vil være til barnets beste å bli pågrepet eller tvangsmessig tilbakeholdt sammen med sin forelder/foreldre, og det må fremgå av kjennelsen at en slik selvstendig vurdering er foretatt. Departementet legger til grunn at det i de fleste tilfeller vil være til barnets beste å bli pågrepet når (begge) foreldrene blir det.

Paragraf 106 b annet ledd første, annet og tredje punktum svarer i hovedsak til straffeprosessloven § 185 første ledd første, annet og tredje punktum. Det vises til punkt 4.4.14 ovenfor. Fjerde punktum svarer til straffeprosessloven § 185 første ledd fjerde punktum, men er modifisert for å passe i utlendingssaker og inneholder dessuten det unntaket som følger av nåværende § 106 tredje ledd femte punktum. Femte punktum er en ny regel om at barn under 18 år ikke kan tvangsmessig tilbakeholdes for mer enn tre døgn (72 timer) av gangen, og at de som utgangspunkt bare kan tvangsmessig tilbakeholdes for 6 døgn til sammen (i tillegg til det døgnet de kan ha sittet pågrepet før det avsies kjennelse om tvangsmessig tilbakehold). Unntak gjøres i de tilfeller hvor familien eller den mindreårige aktivt motarbeider utsendelsen eller andre særlige grunner tilsier det. Som eksempel på «andre særlige grunner» nevnes at det er avdekket konkrete planer om unndragelse, at familien tidligere har unndratt seg utsendelse ved å holde seg skjult, at familien har forsøkt å reise videre til et tredjeland innenfor Schengen, at familien har kommet tilbake til Norge etter tidligere og ha blitt uttransportert, at familien har sittet i kirkeasyl osv. Det fastsettes videre at i de tilfeller hvor det unntaksvis er grunnlag for tvangsmessig tilbakehold ut over 6 døgn, skal tvangsmessig tilbakehold bare kunne besluttes for inntil 1 uke av gangen.

Paragraf 106 b tredje ledd om varighet av tvangsmessig tilbakehold viderefører i hovedsak nåværende femte ledd i § 106.

Paragraf 106 b fjerde ledd viderefører henvisningen til straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd, jf. punkt 4.4.14.

Paragraf 106 b femte ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 184 femte ledd, jf. punkt 4.4.13. Annet punktum svarer til straffeprosessloven § 187a, med en mindre tilpasning, jf. punkt 4.4.18.

Paragraf 106 b sjette ledd klargjør at ved anke over kjennelser om tvangsmessig tilbakehold etter utlendingsloven, gjelder reglene for anke av straffeprosessuelle kjennelser tilsvarende. Det vises til punkt 4.4.23 ovenfor.

Merknad til § 107

Begrepet «fengsles» erstattes med «tvangsmessig tilbakehold», jf. avsnitt 4.2 i de alminnelige motivene. Departementet bemerker at en tilsvarende endring vil bli gjort i utlendingsforskriften § 18-12 a.

Merknad til § 130

Henvisningen til gjeldende § 106 femte ledd endres til ny § 106 b tredje ledd, som inneholder reglene om lengste samlede varighet av tvangsmessig tilbakehold. For øvrig erstattes begrepet «fengsling» med «tvangsmessig tilbakehold», jf. avsnitt 4.2 ovenfor.

15. FORSLAG TIL ENDRINGER I UTLENDINGSLOVEN

§ 66 annet ledd bokstav b skal lyde:

b) når utlendingen ikke er gitt en utreisefrist

- fordi det er fare for unndragelse, jf. § 90 sjette ledd bokstav a og § 106 c,

- fordi en søknad er avslått som åpenbart grunnløs eller som følge av vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, jf. § 90 sjette ledd bokstav b,

- fordi utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot offentlig orden, jf. § 90 sjette ledd bokstav c, eller

- fordi utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, jf. § 129 femte ledd.

§ 90 sjette ledd bokstav a skal lyde:

a) det er fare for unndragelse, jf. § 106 c,

§ 92 fjerde ledd skal lyde:

Retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om tvangsmessig tilbakehold etter § 106. Det skal så vidt mulig oppnevnes en prosessfullmektig straks det er klart at en pågrepet utlending ikke vil bli løslatt, uttransportert eller fremstilt for tvangsmessig tilbakehold etter § 106 innen utløpet av den andre dagen etter pågripelsen. Det samme gjelder når retten prøver spørsmålet om beslag eller pålegg etter § 104 annet ledd og § 105 annet ledd, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig. *En utlending som blir pågrepet eller tvangsmessig tilbakeholdt har rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin prosessfullmektig.* Dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes. Oppnevningen faller bort når retten bestemmer det.

§ 99 annet ledd skal lyde:

Tvangsmidler for å sikre iverksettingen av et vedtak kan anvendes når det er fattet vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket. *Det samme gjelder under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak, med mindre noe annet følger av de enkelte bestemmelsene i loven eller forskrift i medhold av loven.*

Forvaltningsloven gjelder ikke for bruk av tvangsmidler etter dette kapittelet.

§ 103 første ledd bokstav c skal lyde:

- c) har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. § 106 c.

§ 103 tredje til femte ledd skal lyde:

Uten utlendingens skriftlige samtykke kan undersøkelser som nevnt i første ledd bare foretas etter beslutning fra retten. Er det fare ved opphold, kan beslutningen treffes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. *Uten beslutning som nevnt i første og annet punktum, kan polititjenestemann foreta undersøkelser av hus eller rom som etter sin art er tilgjengelig for alle, eller er stedet for en virksomhet som krever tillatelse av politiet. Polititjenestemann som skal pågripe en utlending, jf. §§ 106 og 106 a, kan i dette øyemed foreta undersøkelse av utlendingens bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at utlendingen oppholder seg. Det samme gjelder polititjenestemann som har kompetanse til å beslutte pågrepelse etter § 106 annet ledd, annet punktum, fordi det er fare ved opphold.*

Beslutning om undersøkelse 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 så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med undersøkelsen.

Ved gjennomføring av undersøkelser etter denne paragraf gjelder reglene i straffeprosessloven §§ 199 (vitne til ransaking), 199 a (pålegg om å gi politiet tilgang til datasystem ved ransaking), 200 annet ledd (tilkalling av medlem av husstand eller nabo ved ransaking, og om å åpne adgang med makt mv.) og 201 (skånsom ransaking) tilsvarende.

§ 104 første og annet ledd skal lyde:

Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter, *elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av*, eller annet materiale som kan bidra til å

avklare eller dokumentere identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydningen for retten til opphold i riket.

Når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, *også under behandlingen av en sak som kan føre til et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket*, kan det foretas beslag av reisedokumenter og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet. Tilsvarende kan det foretas beslag av billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om størrelsen på beløpet som kan beslaglegges.

§ 104 sjette til åttende ledd skal lyde:

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. *Retten avgjørelse treffes ved kjennelse.*

Beslaget faller bort når vilkårene i første til tredje ledd ikke lenger er til stede, når det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken eller når utlendingen forlater riket dersom vedtaket innebærer en plikt til dette. Om det på et tidligere tidspunkt viser seg at det ikke lenger er behov for beslaget, skal dette heves av politiet eller retten.

Reglene i straffeprosessloven §§ 207 og 214 gjelder tilsvarende.

§ 105 skal lyde:

§ 105 Meldeplikt og bestemt oppholdssted

En utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, 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, *også under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak*,
- c) utlendingen er asylsøker eller har ulovlig opphold og er ilagt straff for et straffbart forhold eller treffes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold, som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder,
- d) det eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73,
- e) utlendingens søknad om beskyttelse har blitt eller mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd, eller
- f) utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer.

Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted besluttet av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. *Beslutningen skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget.* Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for meldeplikt og bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde pålegget. Politiet sørger for at den som rammes av pålegget om meldeplikt og bestemt oppholdssted, blir gjort kjent med denne retten. *Retten avgjør saken ved kjennelse, så vidt mulig innen rettsmøtets avslutning.*

Er vilkårene i første ledd ikke lenger oppfylt, skal pålegget opphøre.

Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter første ledd.

§ 106 skal lyde:

§ 106 *Vilkår for pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold*

En utlending kan pågripes og *tvangsmessig tilbakeholdes* når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, 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. Pågrepelse og *tvangsmessig tilbakehold* kan også skje dersom det er vesentlig fare for at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen skal overføres til et annet europeisk land i medhold av Dublin-samarbeidet, jf. fjerde ledd. *Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold kan skje også under behandlingen av en sak som kan føre til vedtak som nevnt i første og annet punktum,*
- c) utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen ennå ikke er inntrådt,
- d) det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. § 90. *Det er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger,*

- e) utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument. *Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold kan skje også under behandlingen av en sak,*
- f) utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse,
- g) utlendingens søknad om beskyttelse mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd. Dette gjelder ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse, eller
- h) utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer. Dette gjelder ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse.

Det skal ikke besluttes pågrepelse eller *tvangsmessig tilbakehold* dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, jf. § 105. *Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold etter første ledd bokstav a kan besluttes når det treffes tiltak med sikte på å avklare identitet. Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold etter første ledd bokstav b og d forutsetter at det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse.*

Barn under 18 år kan bare pågripes hvis det er særlig påkrevd, og kan bare tvangsmessig tilbakeholdes i medhold av første ledd bokstav a i ekstraordinære situasjoner hvor tiltaket er helt nødvendig for å sikre identitetskontroll, eller i medhold av første ledd bokstav b dersom dette er helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen. For øvrig kan barn under 18 år bare tvangsmessig tilbakeholdes dersom dette er tvingende nødvendig. Hensynet til barnets beste skal alltid vurderes som et grunnleggende hensyn i saker om tvangsmessig tilbakehold, herunder ved vurderingen av om det i stedet kan iverksettes alternative tiltak, jf. § 105.

§ 106 a skal lyde:

§ 106 a *Pågrepelse og fremstilling*

Pågrepelse besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Beslutning om pågrepelse skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den pågrepne og en kort beskrivelse av grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes. Pågrepelse foretas så skånsomt som forholdene tillater. Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, skal

tas fra den pågrepne. I dette øyemed kan utlendingens person undersøkes. Når noen er pågrepet uten beslutning av retten eller av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt, skal spørsmålet om å opprettholde pågripelsen snarest mulig forelegges for politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Ved opprettholdelse skal det utferdiges en skriftlig beslutning.

Den som blir pågrepet, skal gis opplysning om grunnen til pågripelsen på et språk utlendingen forstår. Foreligger det skriftlig beslutning om pågripelse, kan utlendingen be om avskrift av beslutningen. Den pågrepne skal snarest mulig gis adgang til å forklare seg for politiet, unntatt når pågripelse skjer på grunn av fare for unndragelse og utlendingen allerede har oversett en fastsatt utreisefrist. Straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd gjelder tilsvarende.

Når pågripelse er foretatt, skal politiet sørge for underretning til den pågrepnes husstand eller annen person vedkommende utpeker. Underretning kan imidlertid unnlates dersom

- a) den pågrepne ikke ønsker slik underretning*
- b) de nevnte personene befinner seg i utlandet*
- c) særlige grunner tilsier det.*

Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om tvangsmessig tilbakehold. Dersom utlendingen først er pågrepet etter straffeprosessloven, skal også denne tiden medregnes. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av fremstillingsfristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd innen den andre dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken.

Er den pågrepne under 18 år, må fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag. Politiet skal varsle barneverntjenesten om sannsynlig fremstilling så snart som mulig. Barneverntjenesten skal avgi en skriftlig uttalelse i saken, med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal delta i møte om tvangsmessig tilbakehold dersom retten eller barneverntjenesten finner deltagelse nødvendig. Reglene i straffeprosessloven § 118 gjelder tilsvarende.

Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før retten treffer sin beslutning om tvangsmessig tilbakehold. Barnet kan høres personlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes av retten ut fra forholdene i den enkelte sak. Barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

Når en utlending er tvangsmessig tilbakeholdt etter § 106 første ledd bokstav b annet punktum, gjelder særskilte frister for gjennomføring av Dublin-prosedyrer, jf. Dublin III-forordningen artikkel 28 nr. 3, jf. § 32 fjerde ledd.

Ny § 106 b skal lyde:

§ 106 b Tvangsmessig tilbakehold

Den tingrett som den pågripne fremstilles for, avgjør ved kjennelse om utlendingen skal tvangsmessig tilbakeholdes. Politiet har plikt til å delta i møte om tvangsmessig tilbakehold. Avgjørelsen treffes så vidt mulig innen rettsmøtets slutning. Straffeprosessloven § 184 a gjelder tilsvarende. Kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til tvangsmessig tilbakehold. Det skal også gå frem av kjennelsen at tvangsmessig tilbakehold ikke er et uforholdsmessig inngrep. I kjennelser som omfatter barn, skal det fremgå hvordan hensynet til barnets beste og muligheten for å anvende mindre inngripende tvangsmidler er vurdert.

Beslutter retten tvangsmessig tilbakehold av den fremstilte, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for tiltaket. Fristen skal være så kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen. Dersom særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, og tvangsmessig tilbakehold bygger på et annet grunnlag enn første ledd bokstav b eller f, kan retten sette en lengre frist. I saker som gjelder barn kan tvangsmessig tilbakehold bare skje for inntil 3 døgn (72 timer) av gangen, og samlet periode for tvangsmessig tilbakehold kan ikke til sammen ha lenger varighet enn 6 døgn, med mindre familien eller den mindreårige selv aktivt forsinker uttransporteringen eller annen særlig grunn tilsier det. I de tilfeller hvor det unntaksvis er grunnlag for tvangsmessig tilbakehold ut over 6 døgn, skal tvangsmessig tilbakehold bare kunne besluttes for inntil 1 uke av gangen.

Samlet tid for tvangsmessig tilbakehold kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Tvangsmessig tilbakehold for å forberede eller gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter. Tvangsmessig tilbakehold kan ikke overstige 18 måneder med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold etter § 106 første ledd bokstav g kan ikke overstige 7 dager. Pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold etter første ledd bokstav h kan ikke overstige 72 timer.

Ved begjæring om forlenget tvangsmessig tilbakehold gjelder straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd tilsvarende for politiets og rettens behandling av saken.

Kjennelse om tvangsmessig tilbakehold eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres. Løslatelse skal skje så snart retten eller politiet finner at grunnen for tvangsmessig tilbakehold er falt bort, eller når fristen for tvangsmessig tilbakehold er utløpt.

Ved anke over kjennelse om tvangsmessig tilbakehold etter denne loven gjelder bestemmelsene i straffeprosessloven kapittel 26 tilsvarende.

Nåværende § 106 a blir ny § 106 c.

§ 107 første ledd skal lyde:

En utlending som pågripes og *tvangsmessig tilbakeholdes* i medhold av § 106 første ledd, skal som hovedregel anbringes i utlendingsinternat eller på annet særskilt tilrettelagt innkvarteringssted. På særskilt tilrettelagt innkvarteringssted som nevnt i første punktum gjelder reglene i tredje til åttende ledd så langt de passer.

§ 130 annet ledd skal lyde:

En utlending kan pågripes og *tvangsmessig tilbakeholdes* etter § 106 dersom utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og dette er fastslått i et vedtak i utlendingssaken, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Bestemmelsene om lengste samlede *tid for tvangsmessig tilbakehold* i § 106 b tredje ledd gjelder ikke.