



Justisdepartementet  
Innvandringsavdelingen  
Postboks 8005 Dep  
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til [kenneth.baklund@jd.dep.no](mailto:kenneth.baklund@jd.dep.no)

Deres ref:

Vår ref: 100125/v1

Saksbehandler: Trude Hafslund  
th@advokatforeningen.no  
T +47 22 03 50 61

07.10.2010

## Høringsuttalelse – endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv.

### INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev av 7. juli 2010 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for asyl- og utlendingsrett. Lovutvalget består av Bente Mostad Tjugum (leder), Halvor Frihagen, Preben Henriksen, Kjersti Cecilie Jensen, Brynjulf Risnes og Cecilie Schjatvet.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

### SAKENS BAKGRUNN

Departementet foreslår en lang rekke tiltak som til sammen vil innebære en omfattende økning i adgangen til å bruke frihetsberøvelse i utlendingssaker.

Det er kjent at Norge i europeisk sammenheng bruker frihetsberøvelse relativt lite i

utlendingssaker. Det kan ikke sees at dette i betydelig grad innebærer en ulempe for behandlingen av asylsaker. Det kan heller ikke sees at gjeldende hjemler i noen særlig grad ikke er tilstrekkelige for å sikre utredning og iverksettelse av de vedtak som er fattet. Det antas at endringen vil øke bruken av frihetsberøvelse i begrenset grad. Det er da grunn til å sette spørsmålsteget ved om de relativt omfattende innskrenkninger er forholdsmessige i forhold til det som vil oppnås.

Advokatforeningen minner videre om utlendingsloven § 99 som må tolkes i tråd med den omfattende praksis som finnes til straffeprosessloven § 170a, slik at ethvert tvangsmiddel må være forholdsmessig overfor utlendingen, dennes nærmeste og etter forholdene forøvrig.

Advokatforeningen registrerer at det konsekvent brukes ordet frihetsberøvelse, og ikke fengsling. Det minnes om at bestemmelsene gir hjemmel til å plassere en utlending i fengsel, selv om ul § 107 gir utlendingsinternat som hovedregel. Advokatforeningen vil påpeke at utlendingsinternat ikke kan ansees som noe mindre inngripende enn plassering i fengsel.

## **KOMMENTARER TIL DE ENKELTE FORSLAGENE**

### Til punkt 7.1 – Meldeplikt og bestemt oppholdssted

Departementet ønsker å innføre en bestemmelse om at en utlending som er ilagt straff, eventuelt siktet for straffbart forhold, skal kunne pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted, også når vilkår for frihetsberøvelse ikke er tilstede.

Advokatforeningen mener at det er positivt at man benytter mindre inngripende tiltak enn frihetsberøvelse når det er grunnlag for dette, men kan likevel ikke støtte forslaget slik det foreligger. En utlending som ikke har oppholdsgrunnlag og som domfelles for straffbare handlinger bør uttransporteres. Om det foreligger unndragelsesfare, eller utlendingen har uavklart identitet slik at uttransportering ikke kan finne sted, vil det foreligge hjemmel for fengsling, og dermed også hjemmel for meldeplikt eller bestemt oppholdssted om dette ansees som tilstrekkelig og forholdsmessig.

Når en asylsøker begår straffbare handlinger, skal søknaden om beskyttelse prioriteres. Problemer kan oppstå i tilfeller der søknaden er tvilsom, slik at vedtak ikke kan treffes raskt, Advokatforeningen ser at det her kan være tilfeller der det vil være behov for tiltak for å forhindre at asylsøkeren begår ytterligere straffbare handlinger. En enkelt straffbar handling av begrenset omfang som kun foranlediger en bot eller en kortvarig fengselsstraff, kan ikke sies å være tilstrekkelig for å pålegge så vidt alvorlige tvangsmidler. Advokatforeningen mener derfor at gjentakelsesfare må være et vilkår for å ilegge slike tiltak. Videre må det også her ses hen til forholdsmessighetsbestemmelsen i ul § 99. Det kan for eksempel vanskelig sees at bøteleggelse for bruk eller oppbevaring til eget bruk av narkotika, kan rettfærdiggjøre tiltak av denne type. Bøteleggelse eller domfellelse for salg av narkotika, vil stille seg i et annet lys.

Departementet har spesielt bedt om kommentarer til hvorvidt utlending som kun er siktet skal kunne ilegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Advokatforeningen anfører at det også her må foreligge et vilkår om gjentakelsesfare for at tvangsmidler skal kunne brukes. I saker som kan begrunne fengsling etter straffeprosessloven, antas det at denne vil benyttes. Det vil derfor være aktuelt i saker der det foreligger skjellig grunn til mistanke om at en person har begått en straffbar handling med lav strafferamme eller lav forventet straffutmåling. Det minnes om at

utlendingen kan unnlate å vedta forelegg fordi han eller hun ikke erkjenner straffskyld for forholdet eller fordi bevisene ikke er tilstrekkelige til å påvise skjellig grunn til mistanke eller skyld. På den annen side er behovet for å verne samfunnet mot kriminalitet. I gjentakelsestilfellene er det grunn til å tro at det allerede foreligger en dom eller et vedtatt forelegg. At det skal være adgang til å ilegge tvangsmidler kun på siktelse og mistanke om gjentakelsesfare, ivaretar etter Advokatforeningens mening ikke rettssikkerheten tilstrekkelig.

### Til punkt 7.2 – Frihetsberøvelse

Innledningsvis vil Advokatforeningen påpeke at enhver frihetsberøvelse må vurderes etter forholdsmessighet. Det kan se ut til at departementet legger opp til økt bruk av frihetsberøvelse i saker knyttet til bagatellmessige brudd på straffeloven og det kan vanskelig sees at dette kan være forholdsmessig, jf ul § 99.

#### 7.2.2 – Trussel mot grunnleggende nasjonale interesser

Advokatforeningen har innvendinger mot den foreslåtte lovtekst der departementets eller forvaltningens vurdering av den trusselen utlendingen utgjør skal være tilstrekkelig vilkår for fengsling. Dette nærmer seg administrativ frihetsberøvelse, noe som ikke kan sees å være i tråd med vår rettstradisjon og våre folkerettslige forpliktelser. Det minnes om Høyesteretts dom inntatt i Rt-2007-1573, der Høyesterett fastslo at domstolene i utvisningssaker kan prøve om det foreligger en trussel mot rikets sikkerhet. Det samme må gjelde i frihetsberøvelsessaker. Det foreslås derfor at lovteksten endres slik at det er et inngangsvilkår for å begjære fengsling, at det i enkeltvedtaket eller særskilt instruks er lagt til grunn at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, men at det fastsettes klart at dette er et domstolsprøvbart skjønn, i tråd med nevnte høyesterettsdom.

Hva som fremgår i departementets instruksjon eller forvaltningens vedtak skal ikke tillegges betydning, men det forhold at utlendingen etter et rettslig prøvbart skjønn utgjør en slik risiko.

Advokatforeningen er enig i at det vil være i strid med våre folkerettslige forpliktelser å fengsle en utlending med sikte på uttransport uten at det er klare holdepunkter for at uttransporten vil kunne skje i overskuelig fremtid.

#### 7.2.3 – Andre grunnlag for frihetsberøvelse

Departementet begrunner behovet for økt frihetsberøvelse – for andre situasjoner enn hvor det foreligger trussel mot grunnleggende nasjonale interesser – med at ”det i det senere år har vært et høyt antall asylsøkere og et økende problem med utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt avslag.” Advokatforeningen stiller seg undrende til en slik renovasjonstankegang, hvor det forutsettes at ”problemet” løses ved fengsling. Advokatforeningen tror det vil styrke asylinstituttets legitimitet om det isteden settes inn økte ressurser på å bistå med retur snarlig etter endelig vedtak. Økte ressurser bør settes inn for å sikre frivillig retur, men også tvangsmessig dersom frivillighet ikke er mulig. At det etter sigende er et ”økende problem” med utlendinger som oppholder seg i ulovlig i Norge, skyldes ikke at det er flere asylsøkere som har blitt igjen etter endelig vedtak i år eller i fjor, men at det over de siste tiårene ikke har blitt satt inn ressurser i samme omfang som nå, på å returnere asylsøkere med endelig avslag. Advokatforeningen kan derfor ikke støtte økt bruk av frihetsberøvelse med den begrunnelse at det har hopet seg opp et stort antall forhenværende asylsøkere som ikke har returnert etter endelig avslag.

Når det gjelder utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt vedtak, utgjør det en mangeartet gruppe, og det kan være forskjellige grunner til at asylsøkere forblir i landet etter endelig avslag. Foruten asylsøkerens subjektive frykt for retur, kan det også forekomme at det er hjemlandets myndighet som står i veien for en retur. Det er derfor ikke gitt at det ”økende problem” med at utlendinger oppholder seg ulovlig i Norge, skyldes forhold på utlendingens side. Det kan heller ikke sees at det er anført eller dokumentert at noen stor andel av disse utlendingene utgjør en trussel mot rettsordenen, gjennom kriminelle handlinger eller liknende. Advokatforeningen kan derfor ikke ubetinget godta dette som en begrunnelse for økt frihetsberøvelse. Det vises til de enkelte punktene nedenfor.

Hva gjelder departementets henvisning til at det ”i de senere år har vært et høyt antall asylsøkere”, stiller Advokatforeningen seg også undrende til at dette anføres som en begrunnelse for økt bruk av frihetsberøvelse. Rettssikkerheten vil være betydelig svekket om det skal bero på det aktuelle ankomsttall med asylsøkere de seneste år – hvorvidt en utlending bør fengsles eller ikke. Advokatforeningen vil for øvrig bemerke at ankomstantallet har gått betydelig ned det siste året, helt uten økte hjemler for frihetsberøvelse.

Departementet begrunner også behov for økt frihetsberøvelse med et ønske om å motvirke at utlendinger kommer til Norge under påberopelse av et beskyttelsesbehov med det foremål å begå kriminalitet i profittøyemed. Advokatforeningen er enig i at det er viktig å bekjempe slik aktivitet, men viser til at det allerede finnes hjemler for å fengsle slike utlendinger med sikte på retur.

#### 7.2.3.1 – Frihetsberøvelse på grunn av unndragelsesfare

Advokatforeningen kan ikke støtte forslaget om å innføre et endret krav til sannsynlighetsovervekt i saker om fengsling på grunn av unndragelsesfare, jf utlendingsloven § 106 første ledd, bokstav b. At det har vært et høyt antall asylsøkere de seneste år eller at det er et økende problem med utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge, kan ikke sies å begrunne en slik endring (jf pkt 7.2.3). Heller ikke hensynet til rettslikhet med våre naboland tilsier en endring. For å innføre en hjemmel med økt adgang til frihetsberøvelse, et kraftig inngrep overfor en enkeltperson, må det foreligge andre og mer alvorlige hensyn. Advokatforeningen kan ikke se at dagens hjemmel brukes i omfattende grad, og kjenner til svært få tilfeller der politiet har ønsket å frihetsberøve personer uten at retten har gitt medhold og begrunnet dette i manglende sannsynlighetsovervekt. Det kan heller ikke sees påberopt eller dokumentert at personer har unndratt seg uttransport etter at politiet ikke har fått rettens medhold.

Det kan heller ikke sees at henvisningen til straffeprosesslovens §171 gir veiledning. Det vises til at unndragelsesfare etter ul §106 er et hovedvilkår, mens det i straffeprosessloven kun er et tilleggsvilkår når det allerede foreligger skjellig grunn til mistanke. Et sentralt hensyn i straffeprosessloven er i tillegg forholdsmessigheten i forhold til det begåtte straffebud, at det er sannsynlighetsovervekt for domfellelse og ingen risiko for oversoning. Det minnes om at det ikke er forbudt å søke asyl, selv om søknaden avslås.

I praksis etter straffeprosessloven vil begrenset tilhørighet til Norge stort sett alltid medføre at det ansees å foreligge unndragelsesfare. Dette vil foreligge i de aller fleste saker som kommer inn under ul § 106. Om kravet til sannsynlighetsovervekt for unndragelse skal være det samme etter utlendingsloven som etter straffeprosessloven, vil dette innebære at stort sett alle utlendinger med avslag på sine søknader kan fengsles. Det fremstår som en langt bredere hjemmel enn det er behov for.

### 7.2.3.2 Utlendinger som er utvist på grunn av straffbare forhold

Departementet ønsker å innføre en hjemmel for å fengse utlendinger som er dømt for alvorlig kriminalitet også etter at soning er avsluttet for å sikre uttransportering. Advokatforeningen kan ikke støtte dette forslaget. Når utlendingen soner straff i fengselet bør forvaltningen og politiet ha gode muligheter for å fatte de nødvendige vedtak og avklare eventuelle returhindringer. Det er allerede slik at prøveløslatelse av en person som skal uttransporteres som hovedregel bare skal skje når uttransporteringen kan finne sted øyeblikkelig. Ytterligere fengslingshjemmel etter avsluttet soning vil kunne bli en sovepute for politi og forvaltning. Hvis det foreligger varig returhindring, vil frihetsberøvelse uansett være et uforholdsmessig inngrep og i strid med våre folkerettslige forpliktelser.

Advokatforeningen anser videre at, selv om utvisningsvedtak i seg selv ikke er å anse som dobbeltstraff, så vil frihetsberøvelse utelukkende basert på vedtaket måtte ansees som dette, og kan derfor ikke slutte seg til departementets konklusjon om det motsatte. Når utvisning ikke ansees som dobbeltstraff har dette å gjøre med at utvisning er et tiltak som er forskjellig fra straff både i formål og karakter. Den foreslåtte hjemmel vil innebære ytterligere frihetsberøvelse, uten annen begrunnelse enn straffedommen og at utvisning ikke er et uforholdsmessig tiltak.

Øvrige bestemmelser om frihetsberøvelse slik som unndragelsesfare, manglende opplysninger om identitet osv må kunne anvendes når det foreligger utvisningsvedtak basert på straffedom, og i disse tilfellene begrunnes frihetsberøvelsen i et annet forhold enn den straffbare handlingen. Når den straffbare handlingen og det dermed følgende utvisningsvedtak er eneste begrunnelse for frihetsberøvelse stiller dette seg annerledes.

### 7.2.3.3 Brudd på pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted

Departementet ønsker å innføre en bestemmelse om frihetsberøvelse når en utlending ikke overholder pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Advokatforeningen kan vanskelig se at det vil være forholdsmessig å frihetsberøve en utlending som bryter meldeplikt, om øvrige vilkår for frihetsberøvelse ikke er tilstede. Det finnes allerede hjemmel for frihetsberøvelse av utlending der det foreligger unndragelsesfare. Om det ikke foreligger unndragelsesfare, eller ikke på annen måte er nødvendig for å sikre iverksettelse av et vedtak, kan det vanskelig sees behov for å frihetsberøve en utlending, selv om han eller hun unnlater å følge opp meldeplikt eller tar opphold på annet sted enn det som er pålagt. Er utlendingen siktet, mistenkt eller domfelt for straffbare handlinger uten at det er hjemmel for fengsling etter straffeprosessloven, vil det innebære ulovlig diskriminering å fengse ham eller henne kun fordi han eller hun er utlending.

### 7.2.3.4 Uklar identitet

Også på dette punkt etterlyser Advokatforeningen en bedre begrunnelse for tvangshjemler enn harmonisering med naboland. Det må påpekes et reelt behov for bestemmelsen for at det skal gis slike tvangshjemler. Advokatforeningen mener at det må være et minstekrav for fengsling at det foreligger skjellig grunn til mistanke om at en person oppgir uriktig identitet, slik det følger av gjeldende lov. Det bemerkes at denne bestemmelsen brukes i et svært lite antall saker, til tross for at forvaltningen påpeker at identiteten ikke kan ansees godtgjort i et stort antall asylsaker. Den begrensede bruken av den foreliggende hjemmelen vitner om at det ikke kan sees å være behov for den foreslåtte hjemmelen. Det minnes videre om at flyktninger ofte har aktverdige grunner for å skjule sin identitet på flukten slik at de ikke kan lastes for å ha etterlatt

identitetsdokumenter i hjemlandet før flukten. Videre vil kontakt med hjemlandets myndigheter eller familie i hjemlandet kunne utsette dem selv eller familien for fare for forfølgelse eller overgrep. En utlending vil derfor i en del tilfeller være ute av stand til å bistå med klarlegging av sin identitet utover å opplyse dette til myndighetene. Frihetsberøvelse er et alvorlig tvangsmiddel og det kan vanskelig sees å være forholdsmessig å hjemle dette kun i en mistanke om at en person gir uriktige opplysninger. Advokatforeningen fastholder derfor at det minst må foreligge skjellig grunn til mistanke i slike tilfeller.

#### 7.2.3.5 Manglende opplysning av saken

Advokatforeningen kan ikke støtte forslaget.

Asylsøkere er som hovedregel svært interessert i å forklare sin sak for myndighetene og en utlendings manglende oppmøte til intervju hos utlendingsmyndighetene skyldes i de aller fleste tilfeller treg postgang, dårlige meldingsrutiner på desentraliserte mottak og generell dårlig kommunikasjon på mottakene. Advokatforeningen antar at manglende oppmøte til intervju er et marginalt problem, som må avhjelpes på annen måte enn ved tvangsmidler. Ofte er erfaringen nettopp at en utlending sliter med å få ny innkalling til intervju dersom han ikke klarer å dokumentere at han hadde gyldig forfall fra det oppmøtetidspunkt forvaltningen først har satt opp.

I de få tilfellene der en utlending bevisst trenerer opplysningen av saken, stiller Advokatforeningen seg tvilende til at frihetsberøvelse kan avhjelpe dette. Det er viktig å presisere at det rent tidsmessig er tale om opplysning av saken før endelig vedtak. Erfaringen er at en utlending som ikke bidrar til saksopplysningen ved å møte til intervju, risikerer avslag, nettopp fordi asylgrunnlaget ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort, ettersom det fremstår som vagt og lite konkret hva som er beskyttelsesbehovet. Advokatforeningen finner at dette er en logisk forvaltningsmessig konsekvens. Det synes ikke hensiktsmessig eller forholdsmessig å fengsle en utlending i et forsøk på få vedkommende til å opplyse saken. Det å søke asyl er et frivillig anliggende. Myndighetene kan ikke fremtvinge en forklaring.

Advokatforeningen kan ikke slutte seg til at skadde fingertupper kan ansees som manglende opplysning av saken. I den grad dette er gjort for å unngå avsløring av Eurodac, er det identiteten som skjules, ikke sakens faktum.

#### 7.2.3.6 Frihetsberøvelse av utlending i transitt

Advokatforeningen slutter seg til departementets forslag.

#### 7.2.4 Varigheten av fengslingen

Advokatforeningen har ingen innvendinger mot at manglende medvirkning fra utlendingen selv inntas som særlig grunn for lengre fengsling, men minner om at forholdsmessighetsvurderingen etter ul § 99 også her vil komme inn. Mange utlendinger med avslag på søknad om beskyttelse har fortsatt en sterk subjektiv frykt for retur til hjemlandet, selv om denne ansees å ikke være tilstrekkelig begrunnet. Et eksempel vil være utlendinger som har opplevd tortur fra hjemlandets myndigheter der utlendingsforvaltningen ikke anser at det er tilstrekkelig risiko for at dette vil skje igjen i fremtiden. Det kan vanskelig fremstå som forholdsmessig å fengsle traumatiserte personer over lang tid for å fremtvinge en slik medvirkning.

Når det gjelder situasjoner som flystreik, kan det vanskelig tenkes at dette vil ha videre praktisk betydning. Her og ved manglende samarbeid fra hjemlandets myndigheter kan det vanskelig sees at det vil være forholdsmessig å fengsle så vidt lenge som 12 uker, om det ikke i tillegg er eller var forhold på utlendingens side, som har bidratt til at fengslingen er blitt så vidt langvarig. Når det gjelder den foreslåtte hjemmel i bokstav h anser Advokatforeningen at det ofte vil foreligge særlige grunner for fengsling utover 12 uker, men påpeker at også her må forholdsmessighetsvurderingen få betydning.

### 7.3 Fremstillingsfristen

Det bemerkes at forhold som begrunner departementets forslag igjen har endret seg, og det vises til den merkbare nedgangen i antallet asylsøkere.

I tilfeller der politiet pågriper for iverksettelse av vedtak har politiet god mulighet til å forberede uttransporten og pågripe dagen før dette skal skje. I tilfeller der politiet ikke har forberedt uttransporten før pågrepelse er det lite sannsynlig at man rekker å organisere uttransporten før det er gått tre dager, og i slike tilfeller er det naturlig å fremstille utlendingen for fengsling allerede påfølgende dag. Det samme gjelder ved tvil om identitet osv.

Advokatforeningen anser likevel at en tredagers fengslingsfrist ikke vil stride mot våre folkerettslige forpliktelser.

Advokatforeningen vil videre påpeke at i disse tilfellene bør den advokat som har hatt utlendingssaken oppnevnes, om han eller hun er villig og har kontor i rimelig nærhet til rettskretsen. Denne kjenner saken og vil kunne bistå utlendingen mer effektivt enn en turnusadvokat.

### 7.4 Undersøkelse av person, bolig osv

Advokatforeningen påpeker at hovedkravet for ransaking vil være at det er skjellig grunn til å anta at personen skjuler slike gjenstander som nevnt, og at det kun er i tilleggsvilkåret at det gjøres endringer. Det minnes om at dette ikke uten videre gir hjemmel til å ransake person eller bagasje ved asylregistrering og heller ikke ved uttransportering. For øvrig har ikke Advokatforeningen kommentarer til endringen.

## **OPPSUMMERING**

Advokatforeningen kan bare støtte enkelte endringsforslag.

Advokatforeningen mener at økt hjemmel for bruk av frihetsberøvelse av utlendinger må ha en større legitimitet enn det anførte behov skulle tilsi. Frihetsberøvelse blir derfor å anse som et uforholdsmessig tiltak.

Vennlig hilsen



Merete Smith  
generalsekretær