



UNIVERSITETET I OSLO

DET JURIDISKE FAKULTET

17. 10. 2010

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep,
0030 Oslo

Norsk senter for menneskerettigheter
P.b. 6706 St. Olavs plass
NO-0130 Oslo
Cort Adelers gate 30

Telefon: +47 22 84 20 01
Telefaks: +47 22 84 20 02
E-post: info@nchr.uio.no

Nettadresse: www.humanrights.uio.no

Dato: 6. oktober 2010
Deres ref.: 201008248
Vår ref.:

Høring - Endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv.

Vi viser til Justisdepartementets høringsbrev 7. juli 2010 med forslag til endringer i utlendingslovens regler om frihetsberøvelse, meldeplikt, pålegg om bestemt oppholdssted, fremstillingsfrist mv.

Norsk senter for menneskerettigheter (heretter senteret) er Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (jf. kgl. res. av 21. september 2001), og er ved dette gitt en særskilt rolle for å overvåke at de internasjonalt vedtatte menneskerettighetsnormer respekteres og oppfylles av norske myndigheter. Utarbeidelse av høringsuttalelser ved myndighetsinitiativer av betydning for menneskerettighetenes stilling i Norge er et sentralt ledd i senterets virksomhet som nasjonal institusjon.

Senteret har ikke mulighet til å kommentere på alle sider ved forslagene som kan ha menneskerettslige betenkeligheter, men vil i det følgende komme med noen overordnede synspunkter om fengslingsforslagene. Videre vil vi knytte noen kommentarer til forslagene om senket beviskrav for fengsling ved identitetstvil og unndragelsesfare og forslaget om fengsling av utlending som er utvist pga straffbart forhold. Se oppsummering avslutningsvis.

I. Overordnet om fengslingsforslagene

Som departementet selv skriver i høringsbrevet er frihetsberøvelse en av de mest inngripende virkemidlene en stat kan iverksette mot sine enkeltindivider. I henhold til EMK artikkel 5 og SP artikkel 9 kan frihetsberøvelse derfor kun skje på visse vilkår. Departementet har med en omtale av betingelsene i høringsbrevet. Vi ønsker likevel å komme med noen presiseringer.

I forhold til fengsling av utlendinger slår EMK artikkel 5(1)(f) fast at staten har adgang til å frihetsberøve en person "for å hindre at [vedkommende] kommer inn i landet uten tillatelse" (innreisetasjonen), eller å frihetsberøve en person "som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering" (uttransporteringssituasjonen). Det er det første alternativet som gir en adgang til å fengsle for å fastlegge identitet.

Selv om staten har adgang til å frihetsberøve personer for å hindre innreise når vedkommende ikke har oppholdsrettigheter og i forbindelse med uttransportering, er det klare betingelser for denne adgangen. Et grunnleggende vilkår er at frihetsberøvelsen må være foreskrevet ved lov. I tillegg til å ha hjemmel i nasjonal rett, innebærer dette kravet at frihetsberøvelsen må ha

skjedd i overensstemmelse med artikkel 5 sitt formål, nemlig å gi vern mot vilkårlig frihetsberøvelse. For å fastslå om frihetsberøvelsen har skjedd fri for vilkårlighet fra myndighetenes side, har EMD utviklet følgende prinsipper i rettspraksis:¹

- Myndighetene må ha utført frihetsberøvelsen i god tro ("good faith"). Dette innebærer at selv om frihetsberøvelsen er i samsvar med den nasjonale lovens ordlyd, må det ikke foreligge vikarierende argumenter eller falske forutsetninger for fengslingen, som for eksempel pønale elementer som skal ha en avskrekkende effekt.
- frihetsberøvelsen må være nært knyttet til formålet å forhindre at vedkommende foretar urettmessig innreise i landet eller å sørge for at vedkommende blir sendt ut eller utlevert, og
- stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen må være passende med tanke på grunnlaget for frihetsberøvelsen. I forhold til innreisetilfellene har EMD uttalt at myndighetene må ta hensyn til at tiltakene ikke kommer til anvendelse overfor kriminelle men overfor utlendinger som ofte frykter for sine liv og har flyktet fra hjemlandene sine.²

EMD har slått fast at det ved frihetsberøvelse av utlendinger etter artikkel 5(1)(f) ikke er et krav om at fengslingen er nødvendig for å oppnå formålet (verken i forhold til å forhindre urettmessig innreise eller for å sørge for uttransportering), men at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering i forhold til varigheten av frihetsberøvelsen. Varigheten av frihetsberøvelsen må ikke overskride hva som er rimelig påkrevd ("reasonably required") for å oppnå formålet. Det stilles her et krav til at myndighetene følger opp saken tilstrekkelig grundig og iherdig ("due diligence").³ I forhold til uttransporteringstilfellene blir spørsmålet for å avdekke en eventuell krenkelse gjerne om det reelle formålet med frihetsberøvelsen, under hele eller deler av den, har vært å få utlendingen sendt ut eller utlevert. Dersom det foreligger trenering fra myndighetenes side eller de ikke kan dokumentere tilstrekkelig at utsendelsen var planlagt, vil frihetsberøvelsen stride med artikkel 5(1)(f).

Selv om EMD har utviklet klare prinsipper som skranker for frihetsberøvelse av utlendinger etter artikkel 5(1)(f), erkjenner senteret at EMK (og SP) gir et begrenset vern mot statens rett til å kontrollere utlendingers adgang til og opphold i riket. Norsk senter for menneskerettigheter ønsker i denne forbindelse å understreke at skrankene som stilles for frihetsberøvelse i EMK (og SP) er minstestandarder.

Selv om det følger av utlendingsloven § 99 at det ved bruk av tvangsmidler skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, hvor alternativet til frihetsberøvelse først og fremst er meldeplikt, er senteret skeptisk til en utvikling hvor det i større grad åpnes for frihetsberøvelse

¹ Se bl.a. Conka mot Belgia 2002, saknr. 51564/99 og Saadi mot Storbritannia 2008, saknr. 13229/03, §§67-74.

² Jf. Saadi, se over, §74

³ Jf. bl.a. Chahal mot Storbritannia 1996, saknr. 22414/93, Gebremedhin mot Frankrike 2007, saknr. 25389/05 og Saadi, se over, §§72-74

av asylsøkere. Senteret har merket seg departementets innledende bemerkning i forbindelse med forslagene om frihetsberøvelse: "departementet viser særlig til at det i de senere år har vært et høyt antall asylsøkere og et økende problem med utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt avslag. *Begge deler* [vår kursivering] gir grunn til å vurdere om det bør gjøres økt bruk av frihetsberøvelse som virkemiddel for å oppnå mer effektiv etterlevelse og gjennomføring av negative vedtak." Senteret understreker at et høyt antall asylsøkere ikke kan begrunne økt bruk av frihetsberøvelse. Slike begrunnelser for fengslingshjemler, som klart leder tankene til at de skal ha en avskrekkende effekt, er problematiske i forhold til kravet om at frihetsberøvelsen ikke må være vilkårlig (jf. over).

Til støtte for senterets skeptiske holdning til økt bruk av frihetsberøvelse overfor asylsøkere, vises det til FNs høykommissær for flykningers (UNHCR) retningslinjer om frihetsberøvelse av asylsøkere, publisert i 1995 og revidert i 1999, som gjør det klart at frihetsberøvelse av asylsøkere er "inherently undesirable".

FNs arbeidsgruppe på vilkårlig fengsling erkjenner i sin årsrapport for 2009 at det ikke er i strid med statenes suverene rett til å regulere migrasjon å frihetsberøve asylsøkere på visse vilkår. Arbeidsgruppen uttaler videre "[h]owever, it considers that immigration detention should gradually be abolished. Migrants in an irregular situation have not committed any crime. The criminalization of irregular migration exceeds the legitimate interests of States in protecting its territories and regulating irregular migration flows."⁴

Tilsvarende har Europarådets menneskerettighetskommissær senest i en pressemelding 22. september 2010 uttrykt sin bekymring over den tiltagende tendensen i nord-Europa til å frihetsberøve asylsøkere i påvente av uttransportering.⁵

Senteret ser av høringsbrevet (side 4 og 5) at det i perioden 2003-2009 var en stadig økning i antall frihetsberøvede utlendinger etter rettens kjennelse. Etter senterets syn er det behov for at mer detaljert statistikk blir tilgjengeliggjort, som grunnlag for analyser og videre oppfølging.⁶

II. Senkede beviskrav for fengsling ved identitetstvil og unndragelsesfare

Norsk senter for menneskerettigheter ønsker videre å knytte noen kommentarer til forslagene om å senke beviskravene for fengsling ved identitetstvil og unndragelsesfare. Departementet foreslår i høringsbrevet å senke beviskravet fra "skjellig grunn til å mistenke" til "grunn til å anta" at utlendingen oppgir feil identitet. Tilsvarende foreslår departementet å erstatte "mest sannsynlig" med "grunn til å anta" at utlendingen vil unndra seg iverksettelse av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket.

⁴ A/HRC/13/30, §58

⁵ Pressemeldingen er tilgjengelig på http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=80

⁶ Det bør for eksempel utarbeides statistikk over den gjennomsnittlige varigheten av frihetsberøvelser og over antallet individer som frihetsberøves sammenlignet med det totale antallet individer som skal uttransporteres. Informasjonen bør splittes opp etter nasjonalitet, etnisitet, alder og kjønn.

Senteret savner en begrunnelse for *behovet* for å senke beviskravet i disse tilfellene, og stiller spørsmål ved hvorfor det skal være en lavere terskel for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven enn etter straffeprosessloven. I høringsbrevet gis ingen annen begrunnelse enn at det er ønskelig at tersklene harmoniseres med reglene i Sverige og Finland.

Senteret savner videre en vurdering av forslaget opp mot forbudet mot diskriminering i EMK artikkel 14. I høringsbrevet slår departementet fast at artikkel 14 setter skranker for adgangen til å ha særregler om frihetsberøvelse av utlendinger, men begrenser seg til å oppstille vilkårene uten å foreta en konkret vurdering av de aktuelle forslagene.

For øvrig er det etter senterets syn en svakhet ved høringsbrevet at departementet ikke sier noe om hvordan det foreslåtte beviskravet ("grunn til å anta") skal forstås, annet enn at det skal være lavere enn dagens krav til sannsynlighetsovervekt.

Etter senterets syn er det rettssikkerhetsmessig betenkelig å innføre regler som ikke krever bevis for at det er over 50% sannsynlig at det oppgis feil identitet eller over 50% sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettelse for å benytte et så inngripende virkemiddel som frihetsberøvelse. Hensynet til en effektiv domstolskontroll taler også for at et slikt beviskrav er problematisk.

Senteret har videre merket seg at departementet i forbindelse med andre forslag i høringsbrevet (se forslag om utvidet fremstillingsfrist), viser til at det vil være hensiktsmessig om reglene er like etter straffeprosessloven og utlendingsloven. Ved identitetstvil og unndragelsesfare i forbindelse med uttransportering har departementet foreslått et beviskrav som avviker fra det ordinære beviskravet for pågrep og fengsling i straffeprosessloven (§ 171), og vi stiller spørsmålstegn ved hvorfor det samme hensynet ikke skal gjøre seg gjeldende i forhold til dette forslaget. Departementets argumentasjonen for de foreslåtte lovendringene i høringsnotatet fremstår i lys av dette som inkonsekvent og lite prinsipiell.

III. Fengsling av utlending som er utvist pga straffbart forhold

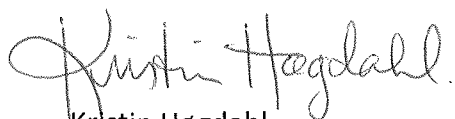
Departementet har videre foreslått en ny hjemmel for frihetsberøvelse av utlendinger som har fått vedtak om utvisning på grunn av ilagt straff. Forslaget stiller ikke krav til at man først forsøker å anvende meldeplikt/bestemt oppholdssted og det stilles ikke krav til unndragelsesfare.

Departementet slår fast at forslaget etter deres syn ikke vil innebære noe tilfelle av ulovlig dobbeltforfølgning, uten at problemstillingen blir vurdert nærmere. I og med at det etter forslaget skal være et sentralt moment i beslutningen om frihetsberøvelse at utlendingen er ilagt straff, er senteret av den oppfatning at problematikken ift. dobbeltstraff bør utredes nærmere, jf. SP artikkel 14(7) og EMK 7 TP artikkel 4.

IV. Oppsummering

- Senteret erkjenner at EMK (og SP) gir et begrenset konvensjonsvern innenfor sfæren av statens rett til å kontrollere utlendingers adgang til og opphold i riket. Senteret er likefullt skeptisk til en økt bruk av frihetsberøvelse overfor asylsøkere, og viser i denne sammenheng til FNs høykommissær for flyktningers (UNHCR) retningslinjer om frihetsberøvelse av asylsøkere av 1999, FNs arbeidsgruppe på vilkårlig fengslings årsrapport for 2009 og nylig uttalt bekymring fra Europarådets menneskerettighetskommissær.
- Senteret fraråder å senke beviskravene for fengsling ved identitetstvil og unndragelsesfare.
- Senteret etterspør en nærmere vurdering av forslaget om å senke beviskravene for fengsling ved identitetstvil og unndragelsesfare opp mot forbudet mot diskriminering i EMK artikkel 14.
- Senteret etterspør en nærmere vurdering av forslaget til ny hjemmel for frihetsberøvelse av utlendinger som har fått vedtak om utvisning på grunn av ilagt straff i lys av dobbeltstraffproblematikken, jf. SP artikkel 14(7) og EMK 7 TP artikkel 4.
- Senteret ber om at mer detaljert statistikk over frihetsberøvede utlendinger blir tilgjengeliggjort, som grunnlag for analyser og videre oppfølging.

Med hilsen



Kristin Høgdahl
Fung. leder av Nasjonal institusjon



Vibeke Musæus
Juridisk rådgiver