



DET KONGELIGE  
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

# Prop. 138 L

(2010–2011)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

Endringer i utlendingsloven  
(utvidet adgang til fengsling mv.)



## Innhold

<b>1</b>	<b>Hovedinnholdet i proposisjonen .....</b>	<b>5</b>		
<b>2</b>	<b>Bakgrunnen for lovforslaget ....</b>	8		
<b>3</b>	<b>Oversikt over gjeldende rett ....</b>	10	<b>7</b>	<b>Om bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven overfor utlendinger som begår kriminalitet .....</b>
3.1	Undersøkelse av utlendingens person, bolig mv. ....	10		29
3.2	Beslag .....	10		
3.3	Pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted .....	10	7.1	Begrunnelsen for å kunne anvende tvangsmidler etter utlendingsloven overfor utlendinger som begår kriminalitet .....
3.4	Pågrep og fengsling .....	11		29
<b>4</b>	<b>Internasjonale forpliktelser .....</b>	13		
4.1	Adgang til innskrenkninger i bevegelsesfriheten .....	13	7.1.1	Innledning .....
4.2	Adgang til fengsling etter den europeiske menneskerettskonvensjon .....	14	7.1.2	Høringsinstansenes synspunkter .....
4.3	Adgang til fengsling etter andre internasjonale konvensjoner mv. .	16	7.1.3	Departementets vurderinger .....
4.4	Forbudet mot diskriminering i EMK art. 14 mv. ....	17	7.2	Meldeplikt og bestemt oppholdssted .....
4.5	Krav til prosessen i forbindelse med fengsling .....	18	7.2.1	Gjeldende rett .....
<b>5</b>	<b>Andre lands rett .....</b>	19	7.2.2	Departementets høringsbrev .....
5.1	Sverige .....	19	7.2.3	Høringsinstansenes syn .....
5.2	Finland .....	20	7.2.4	Departementets vurdering .....
5.3	Danmark .....	20	7.2.4.1	Generelt .....
5.4	Reglene om fengsling av personer som utgjør en trussel mot rikets sikkerhet i enkelte andre land .....	22	7.2.4.2	Særlig om kriminalitetskravet ....
5.4.1	Storbritannia .....	22	7.2.4.3	Særlig om siktelse eller ilagt straff .....
5.4.2	Tyskland .....	22	7.2.4.4	Drøftelse av diskrimineringsforbudet i EMK art. 14 .....
<b>6</b>	<b>Om endrede vilkår for bruk av tvangsmidler ved uklar identitet og unndragelsesfare mv. – særlig om senkede sannsynlighetskrav .....</b>	23	7.3	Fengsling .....
6.1	Gjeldende rett .....	23	7.3.1	Innledning .....
6.2	Departementets høringsbrev .....	23	7.3.2	Gjeldende rett .....
6.3	Høringsinstansenes syn .....	24	7.3.3	Fengsling ved brudd på pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted .....
6.4	Departementets vurdering .....	25	7.3.3.1	Departementets høringsbrev .....
6.4.1	Generelt .....	25	7.3.3.2	Høringsinstansenes syn .....
6.4.2	Særlig om undersøkelse av utlendingens person, bolig mv. ....	26	7.3.3.3	Departementets vurdering .....
6.4.3	Særlig om bruk av tvangsmidler ved uklar identitet .....	27	7.3.4	Fengsling av utlendinger som er utvist på grunn av straffbare forhold og som er i en utsendelsesprosess .....
			7.3.4.1	Departementets høringsbrev .....
			7.3.4.2	Høringsinstansenes syn .....
			7.3.4.3	Departementets vurdering .....
			7.3.4.4	Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning .....
			7.3.4.5	På hvilket tidspunkt inntreer fengslingsadgangen? .....

<b>8</b>	<b>Fengsling av utlending i transitt</b> .....	43	10.3.2	Forholdet til EU-retten og returdirektivet .....	50
8.1	Departementets høringsbrev .....	43	10.3.3	Spørsmålet om diskriminering og EMK art. 14 .....	52
8.2	Høringsinstansenes syn .....	43	10.3.4	Fremstillingen for domstolen .....	53
8.3	Departementets vurdering .....	43	10.3.5	Forholdet til departementets instruksjonsmyndighet .....	53
<b>9</b>	<b>Varigheten av fengsling</b> .....	44	<b>11</b>	<b>Hensynet til barn</b> .....	54
9.1	Departementets høringsbrev .....	44	11.1	Gjeldende rett .....	54
9.2	Høringsinstansenes syn .....	44	11.2	Høringsinstansenes syn .....	54
9.3	Departementets vurdering .....	45	11.3	Departementets vurdering .....	54
9.3.1	Om 12-ukersfristen .....	45	<b>12</b>	<b>Økonomiske og administrative konsekvenser</b> .....	56
9.3.2	Aktiv prosess og utsikter til retur .....	45	<b>13</b>	<b>Merknader til de enkelte lovbestemmelsene i lovforslaget</b> .....	58
9.3.3	Absolutt tidsgrense for fengsling .....	47		<b>Forslag til lov om endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)</b> .....	62
<b>10</b>	<b>Fengsling av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser</b> .	48			
10.1	Departementets høringsbrev .....	48			
10.2	Høringsinstansenes syn .....	48			
10.3	Departementets vurdering .....	49			
10.3.1	Vilkårene for å kunne fengsle .....	49			



DET KONGELIGE  
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

# Prop. 138 L

(2010–2011)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

## Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)

*Tilråding fra Justis- og politidepartementet av 24. juni 2011,  
godkjent i statsråd samme dag.  
(Regjeringen Stoltenberg II)*

### 1 Hovedinnholdet i proposisjonen

Utfordringene med identitetsavklaringer i utlendingssaker og problemene med at mange forsøker å unndra seg gjennomføringen av vedtak som innebærer at de har plikt til å forlate Norge, skaper store vanskeligheter for arbeidet med en effektiv utlendingskontroll og et effektivt returarbeid. Videre har man de senere år erfart et økende problem med asylsøkere og utlendinger uten lovlig opphold som begår kriminalitet, særlig vinningskriminalitet og besittelse og salg av narkotika. Samtidig som retten til å søke asyl skal vernes, er det altså en kjensgjerning at enkelte misbruker asylsystemet ved å begå kriminalitet. Utnyttelsen av asylsystemet er ikke bare en utfordring for samfunnet, men kan svekke oppslutningen om hele asylinstituttet og dermed undergrave muligheten for personer på flukt til å søke beskyttelse mot alvorlige menneskerettsbrudd i hjemlandet.

Det er også alvorlige utfordringer knyttet til utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Det er derfor viktig at det ikke er snevrere adgang i regelverket for

utlendingsrettslige kontrolltiltak i slike saker enn nødvendig.

Bruk av tvangsmidler bidrar både til å gjøre det vanskeligere å utnytte asylsystemet og til å effektivisere myndighetenes arbeid med å gjennomføre avslagsvedtak. Departementet ønsker i større grad å utnytte det handlingsrom Norge har innenfor våre internasjonale forpliktelser, men uten at det etableres mer inngripende regler enn det som er nødvendig.

I proposisjonen foreslår derfor departementet utvidede hjemler for bruk av utlendingsrettslige tvangsmidler overfor utlendinger med uklar identitet, utlendinger som det er grunn til å frykte vil unndra seg utsendelse, og overfor kriminelle utlendinger og utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Forslagene innebærer endringer i lov av 15. mai 2008 nr. 35 (utlendingsloven), og det gjøres i det følgende kort rede for hovedinnholdet i proposisjonen og de enkelte forslagene.

I kapittel 2 omtales bakgrunnen for forslagene.

I kapittel 3 gis det en oversikt over gjeldende regelverk om aktuelle tvangsmidler i utlendingsloven.

I kapittel 4 gis det en fremstilling av Norges internasjonale forpliktelser, og grensene for hvilke og hvor omfattende frihetsinnskrenkninger staten kan gjøre overfor utlendinger. Det redegjøres både for hvilken adgang folkeretten gir for å kunne begrense utlendingers bevegelsesfrihet og for å kunne fengsle utlendinger.

I kapittel 5 gis det en oversikt over reglene om fengsling av utlendinger i Sverige, Finland og Danmark, samt over Storbritannias og Tysklands regler om fengsling av personer som utgjør en trussel mot rikets sikkerhet.

I kapittel 6 foreslår departementet å endre vilkårene for bruk av tvangsmidler ved uklar identitet og unndragelsesfare. Blant annet foreslår departementet et mindre strengt sannsynlighetskrav i følgende tilfeller:

- undersøkelse av utlendingens person eller oppbevaringssted for å finne penger eller andre formuesgoder som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen, eller reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, jf. lovens § 103.
- beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale på grunn av unndragelsesfare eller ved tvil om identitet, jf. lovens § 104,
- meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted ved tvil om identitet eller på grunn av unndragelsesfare, jf. lovens § 105 første ledd bokstav a og b,
- fengsling ved tvil om identitet eller på grunn av unndragelsesfare, hvilket innebærer at kravet ligger nærmere det som er formulert i svensk og finsk rett, jf. lovens § 106 første ledd bokstav a og b.
- uttransportering på grunn av fare for at utlendingen ikke vil overholde utreisefrist, jf. lovens § 90 syvende ledd første punktum.

Sannsynlighetskravet endres i disse bestemmelsene fra “skjellig grunn til å mistenke”/”mest sannsynlig” til “konkrete holdepunkter for å anta”.

Forslaget om endringer i lovens § 90, jf. det siste kulepunktet ovenfor, ble ikke omtalt i høringsbrevet av 7. juli 2010. Det drøftes nærmere i kapittel 6.4.4.

Departementet drøfter også lovens § 103 om undersøkelse av utlendingens person mv, og forholdet til Grunnloven § 102 (“Hus-Inkvisisjoner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde.”). For at det ikke skal oppstå tvil om forholdet til

Grunnloven, foreslår departementet å begrense adgangen til husundersøkelser etter § 103 bokstav b og c, til de tilfeller der utlendingen har begått nærmere angitte lovbrudd, se forslaget til nytt § 103 annet ledd.

Videre foreslås omformulering av § 106 første ledd bokstav a om fengsling på grunn av uklar identitet, ved at det ikke lenger bare er i de tilfeller hvor utlendingen nekter å oppgi sin identitet at det skal kunne besluttes fengsling. Departementets forslag innebærer at en utlending kan fengsles dersom vedkommende “ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller 83”. Tilsvarende endring er foreslått i lovens § 103 første ledd bokstav a om undersøkelse av utlendingens person mv. og § 105 første ledd bokstav a om meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Det foreslås også en presisering om at det ved vurdering av unndragelsesfare skal kunne legges vekt på generelle erfaringer med unndragelse, se forslag til nytt § 106a annet ledd.

Endelig foreslår departementet en ny bestemmelse hvor det presiseres at det ikke skal besluttes pågripelse eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med pålegg om bestemt oppholdssted eller meldeplikt, se forslag til ny § 106 annet ledd. Samme prinsipp følger i dag av forarbeidene til gjeldende § 99 i loven.

I kapittel 7 foreslår departementet nye regler om adgang til bruk av tvangsmidler overfor enkelte utlendinger som begår kriminalitet. Kapitlet gir først en gjennomgang av den utlendingsrettslige begrunnelsen for slike regler. For å kunne motvirke at en utlending som er utvist på grunn av straffbare forhold begår kriminelle handlinger i tiden før et eventuelt utvisningsvedtak kan iverksettes, foreslår departementet en ny hjemmel om adgang til å pålegge asylsøkere eller utlendinger med ulovlig opphold, meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Det vil være et vilkår for slikt pålegg at utlendingen er ilagt straff eller trefes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder, se forslag til ny § 105 første ledd bokstav c. Det understrekes at den foreslåtte hjemmelen ikke kan brukes til å etablere en praksis hvor man for eksempel plasserer kriminelle personer i andre områder eller kommuner enn der hvor de allerede er bosatt eller er gitt et tilbud om mottaksplass. Den aktuelle lovbestemmelsen må likevel ta høyde for spesielle situasjoner hvor det er nødvendig med en viss handlefrihet, jf. punkt 7.2.4. nedenfor.

Dersom utlendingen ikke overholder pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter

§ 105 første ledd bokstav c, vil det være nødvendig å benytte mer inngripende tiltak. Departementet foreslår derfor en hjemmel for å kunne fengsle i slike tilfeller, se forslag til ny § 106 første ledd bokstav c. Videre foreslås en hjemmel for å fengsle dersom utlendingen er utvist på grunn av straffbare handlinger, når det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye kriminelle handlinger, og det treffes tiltak mot vedkommende med sikte på utsendelse, se forslag til ny § 106 første ledd bokstav d.

I kapittel 8 foreslår departementet en ny hjemmel for fengsling av utlendinger i transitt i Norge i forbindelse med ledsaget uttransportering til et tredjeland, se forslag til ny § 106 første ledd bokstav f.

I kapittel 9 drøftes lovens regler knyttet til varighet av fengsling av utlendinger, og det foreslås presisert i loven at fengslingsfristene på henholdsvis 12 uker og 18 måneder ikke gjelder dersom utlendingen er fengslet på grunn av grunnleggende nasjonale interesser, se § 106 fjerde ledd.

I kapittel 10 foreslår departementet en ny hjemmel som gir adgang til å fengsle utlendinger som er i en utsendelsesprosess og som utgjør en

trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, se forslag til ny § 106 første ledd bokstav g. For å kunne begjære fengsling på dette grunnlag, må det være fattet et vedtak i utlendingssaken eller gitt en instruks fra departementet hvor grunnleggende nasjonale interesser er fastslått.

Videre følger det av utlendingsloven § 76 tredje ledd at departementet kan instruere om alle avgjørelser som inngår i en sak for å ivareta grunnleggende nasjonale interesser. Det foreslås en endring i denne bestemmelsen som presiserer at departementet ikke kan instruere om bruk av tvangsmidler som besluttes av politiet i medhold av lovens kapittel 12 (Behandling av fingeravtrykk mv., tvangsmidler og straff), se § 76 tredje ledd annet punktum.

I kapittel 11 i proposisjonen drøftes adgangen til pågripelse og fengsling av barn etter utlendingsloven. De samme prinsipper som gjelder etter straffeprosessloven, vil gjelde for fengsling av barn etter utlendingsloven.

I kapittel 12 i proposisjonen omtales økonomiske og administrative konsekvenser av forslagene.

I kapittel 13 i proposisjonen gis merknader til de enkelte lovbestemmelsene i lovforslaget.

## 2 Bakgrunnen for lovforslaget

Utlendingsloven har i dag regler om adgang til fengsling i tilfeller hvor det er mest sannsynlig at utlendingen vil forsøke å unndra seg utsendelse eller hvor utlendingen nekter å oppgi identiteten, eller det er mest sannsynlig at den oppgitte identiteten er falsk, jf. nærmere i kapittel 3 nedenfor.

Regjeringen varslet i Soria Moria II at man vil åpne for at det i større grad kan benyttes fengsling i utsendelsesprosessen overfor utlendinger som skjuler sin identitet, unndrar seg utsendelse eller som begår kriminalitet. Det ble videre varslet at man vil utvide bruken av meldeplikt og pålegg om bestemt bosted, blant annet overfor asylsøkere som begår kriminalitet. Regjeringen varslet også at man ville åpne for fengsling i utsendelsesprosessen overfor personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

Justisdepartementet sendte forslagene på høring 7. juli 2010 til følgende adressater: Departementene

Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)  
 Barneombudet  
 Datatilsynet  
 Departementene  
 Direktoratet for utviklingssamarbeid (NORAD)  
 Domstolsadministrasjonen  
 Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDi)  
 Likestillings- og diskrimineringsombudet  
 Politidirektoratet (POD)  
 Politiets sikkerhetstjeneste (PST)  
 Regjeringsadvokaten  
 Riksadvokaten  
 Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen)  
 Utlendingsdirektoratet (UDI)  
 Utlendingsnemnda (UNE)

Arbeiderpartiet  
 Demokratene  
 Det liberale folkepartiet  
 Fremskrittspartiet  
 Høyre  
 Kristelig Folkeparti  
 Kystpartiet  
 Miljøpartiet De grønne

Norges Kommunistiske Parti  
 Pensjonistpartiet  
 Rødt  
 Senterpartiet  
 Sosialistisk Venstreparti  
 Venstre

Advokatforeningen  
 African Youth in Norway (AYIN)  
 Akademikerne  
 Amnesty International Norge  
 Antirasistisk Senter  
 Arbeidsgiverforeningen Spekter  
 Bispedømmene (11 stykker)  
 Den norske dommerforening  
 Den norske kirke - Kirkerådet  
 Faglig forum for kommunalt flyktningarbeid  
 Flyktninghjelpen  
 Grenseland – forum for asylsøkere og flyktninger  
 Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon (HSH)  
 Helsingforskomitéen  
 Human Rights Service (HRS)  
 Innvandrernes Landsorganisasjon (INLO)  
 Islamsk Råd  
 Juridisk Rådgivning for kvinner (JURK)  
 Juss-Buss  
 Jussformidlingen  
 KIM – kontaktutvalget mellom innvandrere og myndighetene  
 Kontoret for fri rettshjelp  
 Kristent Interkulturelt Arbeid (KIA)  
 KS - Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon  
 Landsorganisasjonen i Norge (LO)  
 Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU)  
 MiRA Ressurscenter for innvandrere og flyktningkvinner  
 NOAS - Norsk organisasjon for asylsøkere  
 Norsk Folkehjelp  
 Norsk forening for kriminalreform (KROM)  
 Norges Juristforbund  
 Norsk Innvandrersforum  
 Norsk senter for menneskerettigheter (SMR)  
 Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)



OMOD – Organisasjonen mot offentlig diskriminering  
 Politiets Fellesforbund  
 PRESS – Redd Barna Ungdom  
 Redd Barna  
 Rettspolitisk forening  
 Røde Kors  
 Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn  
 Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF)  
 Seniorsaken  
 SOS Rasisme  
 UNHCR Stockholm  
 Unio – Hovedorganisasjonen for universitets- og høyskoleutdannede  
 Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)

Høringsfristen ble satt til 6. oktober 2010, og følgende høringsinstanser har inngitt merknader til forslagene:

Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD)  
 Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD)

Barneombudet  
 Datatilsynet  
 Domstolsadministrasjonen  
 Politidirektoratet (POD)  
 Politiets utlendingsenhet (PU)  
 Utlendingsdirektoratet (UDI).  
 Riksadvokaten

Rødt

Advokatforeningen  
 Antirasistisk Senter  
 Jusstudentenes rettsinformasjon (Juss-Buss)  
 Kontaktutvalget mellom innvandrere og norske myndigheter (KIM)  
 Norsk forening for kriminalreform (KROM)  
 Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)  
 Røde Kors  
 Norsk senter for menneskerettigheter (SMR)

Følgende høringsinstanser har svart uten å ha merknader til forslagene:

Arbeidsdepartementet  
 Finansdepartementet

Fiskeri- og kystdepartementet  
 Helse- og omsorgsdepartementet  
 Kommunal- og regionaldepartementet  
 Kunnskapsdepartementet  
 Landbruks- og matdepartementet  
 Miljøverndepartementet  
 Nærings- og handelsdepartementet  
 Samferdselsdepartementet  
 Utenriksdepartementet

Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)  
 Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDI)  
 Likestillings- og diskrimineringsombudet  
 Regjeringsadvokaten

Arbeidsgiverforeningen Spekter  
 Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)

I høringsbrevet ble det foreslått en ny hjemmel for pålegg om bestemt oppholdssted/meldeplikt og for fengsling, overfor utlendinger som hindrer eller vesentlig forvansker opplysning av en asyl- eller utvisningssak. Etter en fornyet vurdering har departementet valgt å frafalle dette forslaget. I saker hvor utlendingen ikke samarbeider om sakens opplysning, vil det naturlige normalt være å avslå saken, og departementet har ikke funnet at det er noe tilstrekkelig behov for en slik ny bestemmelse som drøftet i høringsbrevet.

I høringsbrevet ble det videre foreslått en utvidelse av fremstillingsfristen i utlendingssaker fra "snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen" til "snarest mulig og senest tre dager etter pågripelsen". I høringsrunden har imidlertid Oslo politidistrikt og Politidirektoratet anført at utlendingen i så fall må gis rett til advokat på et tidligere tidspunkt i prosessen. Departementet har merket seg synspunktene, og har kommet til at en utvidelse av fremstillingsfristen i så fall kan komme til å medføre slike ekstrakostnader, at det er behov for å vurdere spørsmålet nærmere. Samtidig har departementet hatt på høring en vurdering av reglene om fremstillingsfrist i straffeprosessloven, og departementet har derfor etter en samlet vurdering kommet til at man foreløpig utsetter å ta stilling til spørsmålet om endret fremstillingsfrist i utlendingssaker.

## 3 Oversikt over gjeldende rett

### 3.1 Undersøkelse av utlendingens person, bolig mv.

Av utlendingsloven § 103 første ledd fremgår det at

”(d)et kan foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen

- a. skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet eller andre 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 mest sannsynlig at utlendingen ikke frivillig vil dekke utgiftene, eller
- c. har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettingen.”

For øvrig fremgår det av utlendingsloven § 107 fjerde ledd bokstav a, at politiet kan undersøke en utlendingens person, rom og eiendeler mv., når vedkommende har opphold på politiets utlendingsinternat og det er nødvendig for å opprettholde ro, orden eller sikkerhet, eller sikre iverksetting av vedtak.

### 3.2 Beslag

Etter utlendingsloven § 104 er det adgang til å ta beslag i utlendingens reisedokumenter eller lignende, blant annet dersom det er ”skjellig grunn til å mistenke” at vedkommende skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet. Videre er det adgang til beslag, også i billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen, dersom det er ”mest sannsynlig” at

utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak.

Videre fremgår det av utlendingsloven § 107 fjerde ledd bokstav b at politiet midlertidig kan frata og forvare utlendingens penger og andre gjenstander, når vedkommende har opphold på politiets utlendingsinternat, og det er nødvendig for å opprettholde ro, orden eller sikkerhet, eller for å sikre iverksetting av vedtak.

### 3.3 Pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted

Det fremgår av utlendingsloven § 105 første ledd at

”(e)n utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

- a. utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet,
- b. det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak,
- c. det eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73,
- d. utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og av andre grunner enn nevnt i bokstav c, ikke har innrettet seg etter vedtak om at vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg gjennomføre.”

I utlendingsforskriften § 18-12 er det nærmere definert hva som kan ligge i et pålegg om bestemt oppholdssted:

”Pålegg om bestemt oppholdssted kan blant annet gå ut på at utlendingen skal bo på en bestemt adresse, herunder på et mottak eller lignende, eller i en bestemt kommune, politidistrikt, eller annet naturlig avgrenset sted. Pålegget kan også gå ut på at utlendingen pålegges å oppholde seg i en bestemt kommune, politidistrikt eller annet naturlig avgren-

set område. Det angitte oppholdsstedet skal ikke begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner pålegget.”

### 3.4 Pågrepelse og fengsling

De samme forholdene som kan føre til pålegg og meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter lovens § 105 første ledd bokstav a og b, kan gi grunnlag for pågrepelse og fengsling i henhold til lovens § 106:

- ”En utlending kan pågripes og fengsles hvis
- utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet,
  - det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
  - 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 besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig 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 og c kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

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 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.”

Som det fremgår av lovens § 106 annet ledd er fremstillingsfristen ”snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen”. I lovens § 92 fjerde ledd er det fastsatt at retten skal oppnevne

prosessfullmektig ”når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 106”.

Lovens § 99 første ledd fastsetter at et tvangsmiddel bare kan brukes ”når det er tilstrekkelig grunn til det”. Det må ikke reageres på en måte som ”etter sakens art og forholdene ellers ville være (...) uforholdsmessig”. Det følger av dette at det ikke vil være aktuelt å benytte pågrepelse eller fengsling, dersom det vil være tilstrekkelig å pålegge meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted.

Det fremgår av utlendingsloven § 107 at utlendinger som fengsles etter § 106, som hovedregel skal plasseres i utlendingsinternat. Utlendingsinternatet er ikke underlagt kriminalomsorgen, men administreres av politiet. Internatet er bemannet med personell med styrket kunnskap i språk og andre kulturer. Utlendingsinternatet er lokalisert på Trandum. Det er delt opp i tre avdelinger - avdeling for enslige, sikkerhetsavdeling og familieavdeling. Det vises for øvrig til forskrift 23. desember 2009 nr. 1890 (utlendingsinternatforskriften).

I 2010 var 2123 utlendinger innlosjert på Trandum i løpet av året. Av disse var 529 plassert i varetekt. Antallet overnattinger totalt, var 7431.

År	Totalt antall innsatte på Trandum	Antall fengslet på Trandum etter rettens kjennelse
2003	5515	164
2004	4365	271
2005	2856	436
2006	2093	376
2007	1724	409
2008	1882	411
2009	2795	642
2010	2123	529

Gjennomsnittlig oppholdstid på internatet varierte fra 2,3 døgn i mars 2010 til det høyeste med 5,2 døgn i desember 2010. Tallene fra 2010 viser imidlertid at om lag 75 % av de innsatte enten ble uttransportert eller løslatt før fremstillingsfristen, dvs. oftest innen ett døgn, jf. § 106 annet ledd, tredje punktum. Lengste opphold i 2010 var 18 måneder. Vedkommende ble løslatt etter lagmannsrettens kjennelse.

Politiets utlendingsenhet (PU) fengslet totalt 543 utlendinger i 2010. Noen fengslinger foretas også lokalt i politidistriktene uten at de aktuelle utlendingene anbringes på Trandum, og de inngår derfor ikke i talloppsettet. Totalt antall fengslinger etter utlendingsloven er derfor noe høyere.

Årsak til fengsling	2009	2010
Tvil om identitet	115	54
Uttransport	437	489
Totalt	552	543

Som det fremgår av tabellen, ble 489 utlendinger fengslet av PU i forbindelse med uttransport i 2010. Til sammenligning gjennomførte PU 4615<sup>1</sup> tvangsmessige uttransporter fra Norge samme år, dvs. at et flertall av uttransporteringene gjennomføres uten at det er behov for å holde utlendingen

<sup>1</sup> Omfatter tvangsmessige uttransportering av utlendinger som har fått avslag på sin asylsøknad, samt utlendinger som er bort- eller utvist fra Norge (innbefatter også utlendinger utvist pga. straffedom). Utlendinger som har returnert hjem frivillig, omfattes ikke.

pågrepet så lenge at det er nødvendig med fengslingskjennelse.

Utlendinger som utgjør en sikkerhetsrisiko eller som anses som en fare for samfunnet, vil etter omstendighetene kunne fengsles etter hjemler i straffeloven, straffeprosessloven og psykisk helsevernloven. Utover disse bestemmelsene finnes det ingen særskilt regel om fengsling av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Utlendingsloven har ulike særbestemmelser blant annet om at opphold kan nektes, og at utlendingen kan bortvises eller utvises, dersom grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig, jf. § 7 første ledd og utvisningsbestemmelsene i § 66 første ledd bokstav f, § 67 første ledd bokstav e og § 68 første ledd bokstav d.

Spørsmålet om fengsling etter utlendingsloven i disse tilfellene må derfor vurderes i tilknytning til reglene om fengsling på grunn av falsk identitet eller unndragelsesfare mv. i utlendingsloven § 106.

Det vises også til utlendingsloven § 76 tredje ledd, hvor det er fastsatt at departementet kan instruere om behandlingen av enkeltsaker for å ivareta blant annet grunnleggende nasjonale interesser.

## 4 Internasjonale forpliktelser

### 4.1 Adgang til innskrenkninger i bevegelsesfriheten

FNs konvensjon om flyktningers stilling anerkjenner staters rett til å begrense flyktningers bevegelsesfrihet til en viss grad. I art. 31 nr. 2 fremkommer at statene ikke skal pålegge flyktninger som er kommet inn i landet uten tillatelse andre begrensninger i bevegelsesfriheten enn de som er nødvendige. Slike begrensninger skal bare stå ved makt inntil deres forhold i landet er ordnet eller de får adgang til et annet land. Under forarbeidene til konvensjonen var det enighet om at statene måtte ha adgang til å innskrenke bevegelsesfriheten, herunder fengsle flyktninger som ennå ikke hadde fått avklart sin status i landet hvor de søkte om beskyttelse. Etter art 31 nr. 2 gjelder imidlertid denne adgangen bare frem til flyktningsens status er "ordnet" ("regularized") i det aktuelle landet.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) har regler som setter grenser for hvilke innskrenkninger i bevegelsesfriheten statene kan pålegge. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom lov av 21. mai 1990 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) og har ved eventuell motstrid forrang foran annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3.

Retten til bevegelsesfrihet er nedfelt i EMKs tilleggsprotokoll 4 art. 2:

"1. Enhver som lovlig befinner seg på en stats territorium, skal ha rett til bevegelsesfrihet innenfor dette territorium og til fritt å velge sitt bosted.

2. Enhver skal være fri til å forlate ethvert land, også sitt eget.

3. Utøvelsen av disse rettigheter skal ikke bli pålagt andre innskrenkninger enn slike som er i samsvar med lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til nasjonal sikkerhet eller offentlig trygghet, for å opprettholde samfunnsordenen (ordre public), for å forebygge forbrytelser, for å beskytte helse

eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

4. De rettighetene som er slått fast i avsnitt 1 kan også i bestemte områder bli pålagt innskrenkninger i samsvar med lov og begrunnet med samfunnsmessige hensyn i et demokratisk samfunn."

Vernet gjelder både for statsborgere og for utlendinger med lovlig opphold. Forarbeidene viser at vilkåret om at oppholdet må være lovlig, kom inn for å sikre statenes rett til å regulere utlendingers adgang til riket. Ved illegal innreise gir ikke bestemmelsen vern. Det samme gjelder dersom en utlending ikke lenger fyller vilkårene for opphold, for eksempel fordi det er truffet vedtak om utvisning. Begrepet "lovlig opphold" må vurderes ut fra medlemsstatenes nasjonale rett.

Etter bestemmelsens nr. 2 tredje og fjerde punkt kan det gjøres unntak fra bevegelsesfriheten i samsvar med lov, dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn for å ivareta de nærmere oppregnede formål. Vilkåret om at inngrep i bevegelsesfriheten må være nødvendig i et demokratisk samfunn, innebærer ikke at det må være uunnværlig. Det avgjørende er om inngrepet svarer til et tvingende samfunnsmessig behov, og om det står i forhold til det legitime formål som skal ivaretas, om de grunner som anføres av de nasjonale myndigheter er relevante og tilstrekkelige. Statene har et skjønnsmessig spillerom, som må utøves med rimelighet og i god tro.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) drøftet vilkår for unntak i art. 2 nr. 1 i *Raimondo mot Italia*, 22. februar 1994 (nr. 12954/87), hvor en mafiamistenkt hadde blitt pålagt et spesielt polititilsyn. Det dreide seg om forbud mot å forlate sitt hjem uten å informere politiet, pålegg om meldeplikt, samt plikt til ikke å gå hjemmefra tidligere enn syv om morgenen og komme tilbake senest ni om kvelden. EMD fant at dette var et inngrep i bevegelsesfriheten. I lys av den trusselen mafiaen utgjorde mot samfunnet, ble imidlertid inngrepene ansett å være nødvendig for å opprettholde samfunnsordenen og for å forebygge forbrytelser. (Italia ble imidlertid dømt fordi

restriksjonene hadde fortsatt etter at en ankedomstol hadde opphevet disse).

Innskrenkninger i bevegelsesfriheten må avgrenses mot fengsling, jf. EMK art. 5. Det oppstilles andre og strengere skranker for statens adgang til fengsling, blant annet rett til å anlegge sak slik at lovligheten raskt blir tatt stilling til av en domstol, jf. art. 5 nr. 4. EMD vurderte grensedragningen i *Guzzardi mot Italia*, 6. november 1980 (nr. 7367/76). En person som var mistenkt for å være tilknyttet mafiaen, var forvist for 16 måneder til en fangeøy hvor han kunne bevege seg innen et område på 2,5 km<sup>2</sup> med begrenset sosial kontakt, meldeplikt for politiet to ganger daglig og portforbud. EMD mente forskjellen mellom frihetsinnskrenkning og fengsling var et spørsmål om grad eller intensitet, ikke art eller innhold. Det måtte foretas en konkret vurdering bl.a. ut fra tiltakets art, lengde, virkning og gjennomføring. Guzzardi ble ansett for å være berøvet friheten, og art. 5 var krenket.

Utlendingers opphold på flyplass i forbindelse med innvandringskontroll ble vurdert av EMD i *Amuur mot Frankrike*, 25. juni 1996 (nr. 19776/92). Asylsøkere ble her holdt 20 dager under kontroll i transittsonen på flyplassen i Paris inntil vedtak om tilbakesendelse ble truffet. Domstolen fant at det forelå fengsling, selv om asylsøkerne til enhver tid kunne ha avsluttet oppholdet ved å returnere frivillig til Syria, som hadde garantert deres sikkerhet overfor franske myndigheter. Asylsøkerne ble satt under streng og kontinuerlig politikontroll, og fikk ikke rettslig assistanse før etter om lag 15 dager. Ingen av unntakshjemlene i art. 5 var aktuelle, da inngrepet ikke hadde hjemmel i fransk lov.

Den europeiske menneskerettighetskommissjon har i andre saker funnet at anbringelse i private hjem eller hotell under vakthold, samt husarrest, måtte anses som fengsling, mens påbud om ikke å forlate en landsby utgjorde inngrep i bevegelsesfriheten. Videre har portforbud i seg selv ikke blitt ansett som fengsling.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter har en bestemmelse om bevegelsesfrihet i art. 12. Den kan ikke anses å sette noen snevrere grenser for adgang til å gjøre innskrenkninger i bevegelsesfriheten, enn EMKs tilleggsprotokoll 4 art. 2.

For øvrig har EUs mottaksdirektiv (2003/9/EC, av 27. januar 2003, om fastsettelse av minimumsstandarder for mottak av asylsøkere og flyktninger i medlemsstatene) bestemmelser om adgang til innskrenkninger i asylsøkeres bevegelses-

frihet. Direktivet regulerer forholdene for asylsøkere under mottaksperioden, og søker å garantere en minimumsstandard på mottakstilbudet i EU-landene. Direktivet er ikke bindende for Norge. Følgende fremgår av art. 7 om bevegelsesfrihet:

“1. Asylum seekers may move freely within the territory of the host Member State or within an area assigned to them by that Member State. The assigned area shall not affect the unalienable sphere of private life and shall allow sufficient scope for guaranteeing access to all benefits under this Directive.

2. Member States may decide on the residence of the asylum seeker for reasons of public interest, public order or, when necessary, for the swift processing and effective monitoring of his or her application.

3. When it proves necessary, for example for legal reasons or reasons of public order, Member States may confine an applicant to a particular place in accordance with their national law.

4. Member States may make provision of the material reception conditions subject to actual residence by the applicants in a specific place, to be determined by the Member States. Such a decision, which may be of a general nature, shall be taken individually and established by national legislation.

5. Member States shall provide for the possibility of granting applicants temporary permission to leave the place of residence mentioned in paragraphs 2 and 4 and/or the assigned area mentioned in paragraph 1. Decisions shall be taken individually, objectively and impartially and reasons shall be given if they are negative.

The applicant shall not require permission to keep appointments with authorities and courts if his or her appearance is necessary.”

#### **4.2 Adgang til fengsling etter den europeiske menneskerettskonvensjon**

EMK har regler som setter skranker for adgangen til fengsling. Den sentrale bestemmelsen i utlendingsrettslig sammenheng er EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f:

“Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i føl-

gende tilfeller og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov:

(...)

f. lovlig pågripelse eller fengsling 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.”

I tilfeller hvor utlendingen nekter å samarbeide om å avklare identiteten, er også fengslingsgrunnlaget i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b relevant (“lovlig frihetsberøvelse av en person som ikke har etterkommet et lovlig pålegg av en domstol eller for å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt”).

Det følger av dette at fremgangsmåten for fengsling må være “foreskrevet ved lov”, dvs. at inngrepet må ha hjemmel i lov og må ikke være vilkårlig.

Avgjørelsen *Saadi mot Storbritannia*, 29. januar 2008 (nr. 13229/03) er et eksempel på en sak hvor Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) godtok at fengsling av asylsøkere etter artikkel 5 nr. 1 bokstav f første alternativ (“for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse”) kan skje ut fra hensynet til å holde søkere samlet og tilgjengelige for gjennomføring av hurtigprosedyre i saksbehandlingen.

Når det gjelder det andre grunnlaget for fengsling i EMK art. 5 nr. 1 bokstav f – at det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse eller utlevering – er det dette fengslingsgrunnlaget som tillater at statene har slike regler som i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b om fengsling på grunn av unndragelsesfare. Samtidig har EMD presisert at det ikke er noe krav om unndragelsesfare eller andre særskilte grunner for fengsling. Dette er også uttalt uttrykkelig av domstolen i flere avgjørelser, jf. for eksempel *Mikolenko mot Estland*, 8. oktober 2009 (nr. 10664/05), premiss 59:

“The Court reiterates that Article 5 § 1 (f) does not demand that detention be reasonably considered necessary, for example to prevent the individual from committing an offence or fleeing.”

I saker etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav f, innebærer kravet om forholdsmessighet heller ikke noe vilkår om at man først må vurdere andre mindre inngripende tiltak, se for eksempel *Saadi mot Storbritannia*, premiss 72:

“(T)he principle of proportionality appl(y) to detention under Article 51(f) only to the extent that the detention should continue for an unreasonable length of time”

EMD har i flere saker understreket at adgangen til fengsling etter art. 5 nr. 1 bokstav f, er avhengig av utsendelsesprosessen må være i fremdrift (“are in progress”), og at statene må følge opp aktivt (“proceedings are (..) prosecuted with due diligence”). Følgende ble for eksempel uttalt i *Mikolenko mot Estland*, premiss 60:

“Any deprivation of liberty under the second limb of Article 5 § 1 (f) will be justified, however, only for as long as deportation or extradition proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 § 1 (f)”

Vilkåret om at staten må arbeide aktivt for å få utsendelsen gjennomført innebærer ikke at det kan oppstilles en generell tidsgrense for hvor lenge fengslingen kan vare eller for når selve utsendelsen senest må være gjennomført. Domstolen krever imidlertid at fengslingsperioden ikke skal være lenger enn hva som er rimelig å anse som nødvendig ut fra formålet, jf. *Mikolenko mot Estland*, premiss 60:

“To avoid being branded as arbitrary, detention under Article 5 § 1 (f) must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the Government; the place and conditions of detention should be appropriate; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued”

En praktisk viktig grunn til at retur ikke lar seg gjennomføre raskt i alle saker, er for eksempel at den underliggende saken om utlendingens rett til opphold fortsatt er til behandling, enten i førsteinstans eller i klageinstansen, og at utlendingen har rett til opphold under hele eller deler av saksprosessen. Videre kan det være at arbeidet med å fastsette utlendingens identitet tar lang tid. I andre tilfeller kan det være ren trenering fra utlendingens side som gjør at utsendelse drøyer. Forholdet kan for eksempel være at utlendingens hjemland bare åpner for frivillig retur, og at utlendingen motsetter seg dette.

I noen saker drøyer også utsendelsen fordi det må avklares om det foreligger (folke-)rettslige

hindre mot retur. Det må for eksempel klarlegges om utlendingen risikerer umenneskelig behandling ved retur. Det vises særlig til EMK art. 3, som setter forbud mot tortur eller annen umenneskelig behandling eller straff, og som EMD har tolket slik at den også setter forbud mot at noen returneres til et område hvor de risikerer å bli utsatt for slik behandling, dvs. at bestemmelsen har ekstraterritoriell anvendelse.

EMD har også slått klart fast at vernet etter EMK art. 3 gjelder uansett hva slags handlinger utlendingen har gjort seg skyldig i, og uten noen mulighet for unntak selv om utlendingen anses som en trussel mot nasjonens sikkerhet, dvs. et absolutt vern også i ekstraterritoriell sammenheng. Det vises særlig til *Chahal mot Storbritannia*, 25. oktober 1996 (nr. 22414/93) og *Saadi mot Italia*, 28. februar 2008 (nr. 37201/06).

Dersom utlendingen kan påberope seg et returvern etter for eksempel EMK art. 3, vil det i utgangspunktet ikke være adgang til fengsling, fordi det ikke er aktuelt å treffe tiltak med sikte på utsendelse. Unntak kan likevel tenkes i enkelte situasjoner. I noen tilfeller hvor det foreligger returvern, kan det pågå et arbeid med å etablere folkerettslig forpliktende tilsagn fra utlendingens hjemland som innebærer at det ikke lenger vil være en reell fare for dødsstraff eller umenneskelige straffereaksjoner mv. I så fall kan det være adgang til fengsling under prosessen. Det samme kan være tilfellet dersom det for eksempel jobbes med mulighet for retur til et trygt tredjeland. Etter domstolens praksis bortfaller adgangen til fengsling dersom prosessen med å få gjennomført utvisningen stanser opp. Staten må kunne vise at man arbeider aktivt for å få utsendelsen gjennomført, og at en utsendelse fremstår som realistisk.

### 4.3 Adgang til fengsling etter andre internasjonale konvensjoner mv.

Også enkelte andre konvensjoner mv. har regler og føringer av relevans for adgangen til å benytte fengsling.

Verdens menneskerettserklæring art. 14 fastsetter en rett for enhver til å søke og motta beskyttelse:

”Enhver har rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse.”

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) fastsetter i art. 9 nr. 1:

”Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds as in accordance with such procedure as are established by law.”

Videre lyder SP art. 12 nr. 1 som følger:

”Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.”

Ingen av disse bestemmelsene i SP kan anses å sette noen snevrere adgang for adgangen til fengsling i utlendingssaker enn EMK art. 5 nr. 1 bokstav f.

FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) ga i 1999 ut reviderte retningslinjer om fengsling av asylsøkere. Retningslinjene viser særlig til flyktningkonvensjonen art. 31 som lyder:

“1. De kontraherende stater skal ikke straffe flyktninger, som er kommet direkte fra et område hvor deres liv eller frihet var truet i den i artikkel 1 omhandlede betydning, og som uten tillatelse kommer inn eller befinner seg på deres territorium, på grunn av deres ulovlige innreise eller opphold, forutsatt at flyktningene straks fremstiller seg for myndighetene og godtgjør at de har gyldig grunn for deres ulovlige innreise eller opphold.

2. De kontraherende stater skal ikke pålegge slike flyktninger andre begrensninger i bevegelsesfriheten enn dem som er nødvendige, og slike begrensninger skal bare stå ved makt inntil flyktningenes forhold i landet er ordnet eller de får adgang til et annet land. De kontraherende stater skal innrømme slike flyktninger en rimelig tid og alle nødvendige lettelser for å få adgang til et annet land.”

Retningslinjene fra UNHCR anbefaler, i samsvar med Eksekutivkomiteens konklusjon nr. 44 av 13. oktober 1986, at fengsling bare skal brukes unntaksvis (“exceptionally”) og dersom andre mindre inngripende tiltak ikke vil være effektive i det konkrete tilfellet, og fengsling er nødvendig og har følgende begrunnelse:

1. Klarlegging av identitet.
2. Klarlegging av de forhold som asylsøknaden bygger på.
3. Asylsøkeren har ødelagt reise- eller identitetsdokumenter som vedkommende hadde, eller



har brukt falske dokumenter for å vilde myndighetene i den staten hvor vedkommende søker asyl.

4. Beskyttelse av nasjonal sikkerhet eller offentlig orden. Dette utdypes på følgende måte i retningslinjene: "This relates to cases where there is evidence show that the asylum seeker has criminal antecedents and/or affiliations which are likely to pose a risk to public order or national security should he/she be allowed entry."

EUs returdirektiv (2008/115/EF av 16. desember 2008, om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold) art. 15 inneholder bestemmelser om fengsling i forbindelse med retur av tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig i et Schengen-land. Direktivet er en videreutvikling av Schengen-regelverket og er forpliktende for Norge. Direktivet ble implementert i norsk rett ved endringer i utlendingsloven, og endringene trådte i kraft 24. desember 2010. Direktivets art. 15 nr. 1 lyder:

"Med mindre andre tiltak som er tilstrekkelige men innebærer mindre tvang, kan anvendes effektivt i en konkret sak, kan medlemsstatene frihetsberøve en tredjelandsborger som skal returneres, men bare for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, særlig når:

- a. det foreligger fare for unndragelse, eller
- b. den berørte tredjelandsborgeren unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av returen eller uttransporteringen

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

Dersom utsendelsen er forankret i et utvisningsvedtak på grunn av ilagt straff, vil ikke returdirektivet komme til anvendelse. Direktivet regulerer heller ikke adgangen til å bruke fengsling mens utlendingen har lovlig opphold under saksprosessen.

Fengsling er i henhold til direktivet begrenset til seks måneder, med adgang til forlengelse i ytterligere 12 måneder dersom prosessen med utsendelse virker å vare lenger fordi utlendingen ikke samarbeider, eller arbeidet med å få den nødvendige dokumentasjon fra tredjeland tar lenger tid.

Direktivets virkeområde må tolkes i lys av hjemmelsbestemmelsen i EF-traktaten art. 63 (3) (b) som gir kompetanse til å treffe tiltak for å motvirke ulovlig innvandring og ulovlig opphold, herunder retur av personer med ulovlig opphold, se nå traktaten om EUs funksjonsmåte (TEUF) art. 79 (2) (c). Ifølge TEUF art. 72 (tidl. TEF art. 64 (1) og TEU art. 33) er direktivet ikke til hinder for at medlemsstatene utøver sitt primæransvar for å opprettholde lov og orden og ivareta indre sikkerhet. Denne avgrensningen henger nøye sammen med presiseringer av forholdet mellom EU og medlemsstatene fastsatt i Lisboa-traktaten i TEU art. 4(2) om at nasjonal sikkerhet forblir statenes eget ansvar og art. 5(2) om at kompetanse som ikke er gitt EUs organer i traktatene, forblir statenes ansvar. Dette prinsippet er også gjennomgående i andre deler av EU-samarbeidet og er særlig presisert i TEUF art. 73 om nasjonalt ansvar for myndighetssamarbeid og art. 276 om avskjæring av EU-domstolens kompetanse til å overprøve nasjonale myndigheters skjønn. Direktivet må derfor tolkes i samsvar med forutsetningen om at staten beholder et handlingsrom for å iverksette nødvendige tiltak for å ivareta grunnleggende nasjonale interesser.

EUs prosedyredirektiv (2005/85/EC av 1. desember 2005, om minimumsstandarder for prosedyrer for tildeling og fratakelse af flyktningsstatus i medlemsstatene) har også egne regler om fengsling i art. 18. Reglene, som ikke er bindende for Norge, fastsetter at en asylsøker ikke skal fengsles utelukkende på det grunnlag ("for the sole reason") at vedkommende har søkt asyl. Videre skal statene sikre en mulighet for rask fremstilling ("speedy judicial review").

#### **4.4 Forbudet mot diskriminering i EMK art. 14 mv.**

Utenfor rammen av EMK art. 5 nr. 1 bokstav f, setter også forbudet mot diskriminering i art. 14 en skranke for adgangen til å ha særregler om fengsling av utlendinger.

EMK art. 14 forbyr diskriminering for så vidt gjelder de øvrige konvensjonsrettighetene. Ikke enhver forskjellsbehandling er konvensjonsstridig. Det er den usaklige forskjellsbehandlingen som rammes. For å trekke grensen for hva som er usaklig forskjellsbehandling benyttes følgende metode: Det må først fastslås om sakens fakta faller innenfor virkeområdet for en eller flere andre rettighetsbestemmelser. Hvis dette er tilfellet, blir neste spørsmål om det foreligger en forskjellsbe-

handling. Dernest må det spørres om de personer som sammenlignes med hverandre er i like situasjoner. Til slutt avgjøres om forskjellsbehandlingen har en objektiv og rimelig forklaring. Ulik behandling må ikke bare ha et legitimt formål. Det må også være rimelig forholdsmessighet mellom de midler som benyttes og det formål som skal realiseres, se "*Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*" mot *Belgia*, 23. juli 1968 (nr. 1474/62 m.fl.), og *Thlimmenos mot Hellas*, 6. april 2000 (nr. 34369/97).

Det vises for øvrig til omtalen av saken *A. m.fl. mot Storbritannia* 19. februar 2009 (nr. 3455/05) i punkt 10.3.3 nedenfor.

#### 4.5 Krav til prosessen i forbindelse med fengsling

I EMK art. 5 nr. 2 til nr. 5 er det fastsatt nærmere krav til fremgangsmåten ved fengsling og følgene av den. Etter art. 5 nr. 2 skal en person som er pågrepet, straks underrettes på et språk han forstår om grunnene til pågripelsen og om en eventuell siktelse mot ham. Regelen får anvendelse på enhver form for frihetsberøvelse, ikke bare straffeprosessuell fengsling. Enhver som er berøvet sin frihet, har rett til å anlegge sak slik at lovligheten av fengslingen i hans tilfelle raskt ("speedily") skal bli avgjort av en domstol, jf. EMK art. 5 nr. 4. Det samme følger av SP art. 9 nr. 4 ("without delay"). Hvilket tidsforløp som vil holde seg innenfor disse rammene, må vurderes konkret.

Den konkrete vurderingen vil særlig bygge på sakens kompleksitet og klagerens og myndighetenes adferd.

Avgjørelsen må kunne overprøves av domstoler, og disse må i utgangspunktet kunne ha innsyn i grunnlaget for vurderingen av at personen utgjør en slik trussel. Om domstolenes adgang til kontroll i slike saker uttalte EMD i *Chahal mot Storbritannia*, 25. oktober 1996 (nr. 22414/93), premiss 131:

"The Court recognises that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved (...). The Court attaches significance to the fact that, as the intervenors pointed out in connection with Article 13 (art. 13) (see paragraph 144 below), in Canada a more effective form of judicial control has been developed in cases of this type. This example illustrates that there are techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice."

Det vises også til *A. m.fl. mot Storbritannia*, 19. februar 2009 (nr. 3455/05), jf. nærmere i punkt 10.3.3 nedenfor.

## 5 Andre lands rett

### 5.1 Sverige

I svensk rett finnes fire ulike fengslingsgrunnlag i utlendingssaker:

1. Utlendingen har uklar identitet og retten til innreise og opphold i Sverige kan foreløpig ikke avgjøres.
2. Fengsling er nødvendig for å kunne gjennomføre en vurdering av utlendingens rett til opphold.
3. Det er sannsynlig at utlendingen kommer til å avvises eller utvises fra Sverige og det er forhold ved utlendingen selv eller andre omstendigheter i saken som gir grunn til å anta at utlendingen kommer til å unndra seg iverksettelse eller begå kriminalitet.
4. Det skal iverksettes et vedtak om avvising eller utvisning og det er forhold ved utlendingen selv eller andre omstendigheter i saken, som gir grunn til å anta at utlendingen kommer til å unndra seg iverksettelse eller begå kriminalitet.

Den sentrale bestemmelsen om utlendingsrettslig fengsling står i den svenske lovens kapittel 10, § 1, og lyder:

”Förvar

1 § En utlänning som har fyllt 18 år får tas i förvar om

1. utlänningens identitet är oklar vid ankomsten till Sverige eller när han eller hon därefter ansöker om uppehållstillstånd och han eller hon inte kan göra sannolikt att den identitet han eller hon uppger är riktig, och

2. utlänningens rätt att få resa in i eller vistas i Sverige inte kan bedömas ändå.

En utlänning som har fyllt 18 år får också tas i förvar om

1. det är nödvändigt för att en utredning om utlänningens rätt att stanna i Sverige skall kunna genomföras,

2. det är sannolikt att utlänningen kommer att avvisas eller utvisas enligt 8 kap. 1, 2 eller 7 §, eller

3. det är fråga om att verkställa ett beslut om avvising eller utvisning.

Beslut om förvar av en utlänning enligt andra stycket 2 eller 3 får meddelas endast om det på grund av utlänningens personliga förhållanden eller övriga omständigheter finns anledning att anta att utlänningen annars kommer att hålla sig undan eller bedriva brottslig verksamhet i Sverige.”

Lovens kapittel 10 § 4 inneholder regler om varighet av fengsling. Det fremgår blant annet at en utlending ikke kan fengsles i mer enn 48 timer dersom fengslingsgrunnlaget er at vedkommes rett til innreise og opphold skal utredes (jf. § 1 første ledd nr. 2). For øvrig kan en utlending ikke fengsles i mer enn to uker, om det ikke foreligger særlige grunner for en lenger periode.

Den svenske *utlendingsloven* har ingen særskilte regler om fengsling av utlendinger som truer rikets sikkerhet. Etter loven om særskilt utlendingskontroll (LSU) kan imidlertid utlendingen holdes i forvaring mens saken er under behandling, inntil spørsmålet om iverksetting av bortvisning eller utvisning er avgjort. Om det konstateres at det foreligger hindre for iverksetting, er det ikke lenger grunnlag for å holde personen i forvaring.

I henhold til LSU kan en utlending utvises om det er nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet, eller om det med hensyn til hva som er kjent om utlendingens tidligere virksomhet og øvrige omstendigheter, kan antas at han kommer til å begå eller medvirke til terrorhandling eller forsøk og forberedelse til slik handling. Beslutning om utvisning i henhold til LSU meddeles av Migrasjonsverket. Spørsmålet om utvisning tas opp av Sikkerhetspolitiet.

Foreligger det hindringer for gjennomføringen av et vedtak om bortvisning eller utvisning, må utlendingen settes fri selv om han utgjør en sikkerhetsrisiko.

Under visse omstendigheter kan Sikkerhetspolitiet sette en utlending i forvaring selv om de forutsetningene som er nevnt ovenfor, ikke er til stede. En slik beslutning skal umiddelbart medde-

les Migrationsverket, som snarest skal avgjøre om beslutningen skal omgjøres.

## 5.2 Finland

Etter finsk rett kan fengsling skje i fire tilfeller:

1. Det er forhold ved utlendingen selv eller forhold i saken for øvrig som gir grunn til å anta at utlendingen vil holde seg unna eller på annen måte forhindre eller vesentlig forvanske behandlingen av saken.
2. Det er forhold ved utlendingen selv eller forhold i saken for øvrig som gir grunn til å anta at utlendingen vil holde seg unna eller på annen måte forhindre eller vesentlig forvanske iverksettelsen av et vedtak om å forlate Finland.
3. Det er nødvendig med fengsling for å utrede utlendingens identitet. Det er en forutsetning at utlendingen har nektet å gi opplysninger eller har gitt opplysninger som ikke fremstår som troverdige, eller at det for øvrig fremkommer at identiteten ikke er klar.
4. Utlendingens personlige forhold og andre forhold, gir grunn til å anta at utlendingen vil begå lovbrudd i Finland.

Den sentrale fengslingsbestemmelsen står i den finske lovens § 121, som lyder:

”I stället för de säkringsåtgärder som avses i 118-120 § kan det bestämmas att en utlänning skall tas i förvar, om

1. det med hänsyn till utlänningens personliga och övriga förhållanden finns grundad anledning att anta att han eller hon genom att hålla sig undan eller på annat sätt förhindrar eller avsevärt försvårar beslutsfattande som gäller honom eller henne själv eller verkställigheten av beslut som gäller avlägsnande ur landet,
2. tagande i förvar är nödvändigt för att utreda utlänningens identitet då den är oklar, eller om
3. det med hänsyn till utlänningens personliga och övriga förhållanden finns grundad anledning att anta att han eller hon gör sig skyldig till brott i Finland.”

Loven pålegger den tjenestemann som har besluttet pågripelse, uten ”drøjsmål” og senest dagen etter pågripelsen, å melde fra til tingretten. Meldingen kan gjøres per telefon eller elektronisk. Pågripelsen skal i tillegg, uten ”drøjsmål” og senest innen fire døgn, tas opp i tingretten.

Etter den finske utlendingsloven § 124 kan det gå opp til fire døgn før tingretten prøver lovmessigheten av pågripelsen. Loven foreskriver at domstolen i slike saker kan bevilge utlendingen fri rettshjelp.

Den finske utlendingsloven § 9 om rettshjelp, lyder:

”Bestämmelser om utlänningars rätt till rättshjälpslagen (257/2002).

När ett förvaltningsärende behandlas kan dock också en annan person med juristutbildning än ett offentligt rättsbiträde förordnas till utlänningens biträde.

När domstolen behandlar ett ärende som avses i denna lag kan den bevilja utlänningen rättshjälpslagen utan att kräva utredning om sökandens ekonomiska ställning. Ersättningen till biträdet betalas av statens medel så som bestäms i rättshjälpslagen.”

Den finske utlendingsloven § 124 om fremstilling, lyder:

”Den tjänsteman som har beslutat om tagande i förvar eller om exceptionell placering enligt 123 § 3 mom. skall utan dröjsmål och senast dagen efter tagandet i förvar anmäla saken till tingsrätten på den ort där förvaret sker, eller i brådskande fall till någon annan tingsrätt enligt vad som bestäms närmare genom förordning av justitieministeriet. Anmälan får göras per telefon eller elektroniskt. En telefonanmälan skall utan dröjsmål tillställas tingsrätten i skriftlig form.

Ett ärende som gäller förvar eller sådan exceptionell placering som avses i 123 § 3 mom. 1 punkten skall utan dröjsmål och senast inom fyra dygn efter åtgärden tas upp i tingsrätten. I de fall som avses i momentets 2 punkt skall ärendet tas upp utan dröjsmål och senast ett dygn efter anmälan.”

## 5.3 Danmark

De danske reglene om fengsling er langt mer kompliserte enn reglene i Sverige og Finland. Hovedinnholdet i de danske reglene om fengsling kan oppsummeres som følger:

- Med mindre andre mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige, kan det besluttes fengsling for å hindre unndragelse ("sikre muligheden" for utsendelse).

- Dersom en asylsøknad blir eller antas å ville bli behandlet gjennom en hurtigprosedyre for åpenbart grunnløse saker, kan utlendingen fengsles. Det er en forutsetning at det er påkrevd med utlendingens tilstedeværelse under saksbehandlingen og at mindre inngripende tiltak ikke er tilstrekkelige.
- Dersom en asylsøker er pålagt opphold på et bestemt sted av myndighetene, og ikke overholder pålegget, kan vedkommende fengsles.
- En asylsøker som uten rimelig grunn uteblir fra avhør hos politiet eller Udlændingesservice, kan fengsles.
- Hvis mindre inngripende tiltak ikke er tilstrekkelige for å sikre en effektiv behandling av en asylsak og utsendelse, kan en asylsøker fengsles under behandling av asylsaken, “hvis udlændingen gjennom sin adfærd legger væsentlige hindringer i vejen for asylsagens oplysning ved
  - ikke at meddele eller ved at tilsløre opplysninger om sin identitet, nationalitet eller rejserute eller ved at meddele utvivlsomt uriktige opplysninger herom (...) eller
  - på anden lignende måte ikke at medvirke til sagens oplysning”
- Dersom politiet skal sørge for en utlendingsutreise fra landet og utlendingen ikke medvirker til utreisen, kan vedkommende fengsles for å sikre at vedkommende oppgir nødvendige opplysninger og medvirker til å fremskaffe nødvendige reisedokumenter mv.
- En utlending som anses som en fare for statens sikkerhet, kan fengsles for å sikre muligheten for utvisning.
- En utlending som er i transitt i dansk lufthavn med henblikk på utsendelse, kan fengsles dersom mindre inngripende tiltak ikke er tilstrekkelige.

Videre er det gitt fengslingshjemler i forbindelse med sak om utvisning på grunn av straffbare forhold:

- Hvis det foreligger begrunnet mistanke om at en utlending uten fast bopel i landet har begått et lovbrudd som kan medføre utvisning, kan vedkommende fengsles dersom det anses nødvendig for å sikre tilstedeværelse under saken, inntil et vedtak om utvisning kan iverksettes. Fengslingens varighet må avgjøres etter en konkret vurdering av sakens omstendigheter, herunder om det er en reell mulighet til utsendelse.
- Dersom det er rettskraftig avgjort at en asylsøker skal utvises, kan vedkommende fengsles

for å sikre iverksettelse av utvisningsvedtaket. Hensikten er å sikre at slike asylsøkere avskjæres muligheten til å ferdes fritt etter straffens utståelse. Fengsling kan som utgangspunkt opprettholdes helt til asylsaken er ferdig behandlet, også hvor saksbehandlingstiden blir lang når dette beror på asylsøkeren selv. Jo mer alvorlig kriminalitet som er grunnlaget for utvisningen, jo lenger vil fengslingen kunne opprettholdes. Av forarbeidene fremgår at fengsling ikke skal skje dersom det vil virke særlig belastende (pga. familiemessige forhold, alvorlig sykdom e.l.), dersom asylsaksbehandlingen trekker unødige i langdrag, eller dersom asylsøkeren tilhører en gruppe der alle eller et meget stort antall i praksis får asyl.

En utlending som er fengslet skal fremstilles innen tre døgn, og retten skal oppnevne en advokat under rettsmøtet. § 37 første og annet ledd lyder:

”Stk. 1. En udlænding, der er frihedsberøvet efter § 36, skal, medmindre den pågældende forinden løslades, inden 3 døgn efter frihedsberøvelsens iværksættelse fremstilles for retten, der tager stilling til spørgsmålet om frihedsberøvelsens lovlighed og fortsatte opretholdelse. Er frihedsberøvelsen iværksat for at sikre muligheden for udvisning efter § 25, nr. 1, skal spørgsmålet om frihedsberøvelsens lovlighed og eventuelt fortsatte opretholdelse inden 3 døgn efter frihedsberøvelsens iværksættelse indbringes for retten, uanset om den pågældende forinden løslades. Rettens prøvelse af en frihedsberøvelse, der er iværksat for at sikre muligheden for udvisning efter § 25, nr. 1, behandles efter kapitel 7 b. Er frihedsberøvelsen efter § 36 iværksat umiddelbart i forlængelse af en anholdelse efter retsplejelovens kapitel 69, regnes fristen fra tidspunktet for anholdelsen. Fremstillingen skal ske for retten på det sted, hvor udlændingen er tilbageholdt, jf. dog 3. pkt.

Stk. 2. Retten beskikker en advokat for udlændingen. Tidspunktet for frihedsberøvelsens iværksættelse og for fremstillingen i retten anføres i retsbogen.”

Etter danske regler kan utlendinger som må anses som en fare for rikets sikkerhet og som oppholder seg i Danmark på tålt opphold, pålegges en rekke vilkår i form av kontrollforanstaltninger for å sikre tilstedeværelse med henblikk på utsendelse.

## 5.4 Reglene om fengsling av personer som utgjør en trussel mot rikets sikkerhet i enkelte andre land

---

### 5.4.1 Storbritannia

En person som er utvist fra Storbritannia kan fengsles under og etter behandlingen av klagesaken, inntil den pågrepne til slutt sendes ut. En slik fengsling er kun lovlig hvis det er en realistisk mulighet for utsendelse.

En av bestemmelsene i lov om terrorbekjempelse, kriminalitet og sikkerhet (Anti-terrorism, Crime and Security Act fra 2001) ga tidligere hjemmel til fengsling frem til utvisning av en utlending mistenkt for å være innblandet i internasjonal terrorisme, selv om myndighetene på grunn av sine internasjonale forpliktelser var forhindret i å sende vedkommende ut av landet. I desember 2004 avsa det britiske overhus (House of Lords) en dom om at denne bestemmelsen var i strid med EMK art. 5 og art. 14. I 2005 ble relevante deler av loven opphevet.

I lov om forebygging av terrorisme av 2005 har britiske myndigheter opprettet et rettsinstitutt kalt "control orders" som pålegger en person forbud eller påbud. Loven oppstiller en rekke ulike tiltak som kan brukes enkeltvis, eller settes sammen til en pakke for å skreddersy en mest mulig treffende ordning for å motvirke involvering i terrorrelatert virksomhet. Tiltakene som blir pålagt, skal være tilpasset den risikoen personen som blir ilagt dem, utgjør. Det er med andre

ord et krav om proporsjonalitet i forholdet mellom den risikoen personen utgjør, og hvor inngripende tiltakene kan være. Tiltakene skal vurderes konkret i hver enkelt sak. Ulike sider ved ordningen har blitt underkjent av britiske domstoler.

Control orders kan benyttes i de tilfellene der det ikke er tilstrekkelige bevis for å ta ut tiltale etter straffelovgivningen, og/eller der en utlending er vernet mot utsendelse. De kan iverksettes både mot egne borgere og utlendinger. Brudd på control orders blir belagt med straff. Den øvre strafferammen er fengsel i fem år.

### 5.4.2 Tyskland

I Tyskland finnes en lovbestemmelse som regulerer forholdet til utlendinger som ikke kan returneres og er en fare for "den offentlige sikkerhet", jf. oppholdsloven § 54a. Her kan tredjelandsborgeren ilegges ukentlig meldeplikt til nærmeste politimyndighet. Videre kan vedkommende pålegges bevegelsesbegrensninger, og det kan også innføres begrensninger i bruken av kommunikasjonsmidler.

Det har vært politiske diskusjoner i Tyskland i de senere år om muligheten til å fengsle tredjelandsborgere som er utvist og som er en fare for "den offentlige sikkerhet", selv om det foreligger vern mot retur, jf. EMK art. 3. Det fremherskende syn i Tyskland har imidlertid vært at en tredjelandsborger som ikke kan straffes og fengsles, heller ikke på annen måte bør fengsles direkte.

## 6 Om endrede vilkår for bruk av tvangsmidler ved uklar identitet og unndragelsesfare mv. – særlig om senkede sannsynlighetskrav

### 6.1 Gjeldende rett

Av utlendingsloven § 103 første ledd bokstav b og c fremgår at det kan foretas undersøkelse av en utlendings person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted, dersom det er "skjellig grunn til å mistenke" at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet eller andre opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse. Videre er det etter lovens § 104 adgang til å foreta beslag i utlendingens reisedokumenter eller lignende, blant annet dersom det "foreligger tvil" om utlendingens identitet, eller dersom det er "skjellig grunn til å mistenke" at vedkommende skjuler eller tilbakeholder opplysninger om identiteten. Med hjemmel i lovens § 105 første ledd bokstav a og b kan en utlending videre pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted, blant annet når det er "skjellig grunn til å mistenke" at utlendingen oppgir falsk identitet eller "mest sannsynlig" at han/hun vil unndra seg iverksetting av et vedtak.

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a åpner for å fengsle en utlending på grunn av identitetstvil i de tilfeller hvor det er "skjellig grunn til å mistenke" at vedkommende oppgir falsk identitet. Pågrep og fengsling kan også skje når det er "mest sannsynlig" at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, jf. lovens § 106 første ledd bokstav b.

### 6.2 Departementets høringsbrev

I høringsbrevet viste departementet til at terskelen for å fengsle er mindre strengt formulert i Sverige og Finland enn i Norge, og mente at rammene for fengsling ikke bør være snevrere enn i våre naboland. Departementet foreslo derfor å endre sannsynlighetskravet for unndragelsesfare i § 106 første ledd bokstav b, ved at det skal være tilstrekkelig for å kunne fengsle en utlending at

det er "grunn til å anta" at vedkommende vil unndra seg iverksettelse. Tilsvarende ble det foreslått å senke sannsynlighetskravet i utlendingslovens bestemmelse om adgang til å fengsle ved identitetstvil, til at det er "grunn til å anta at utlendingen oppgir feil identitet".

Det ble også foreslått tilsvarende endringer i lovens § 104 om beslag og i § 105 om meldeplikt eller bestemt oppholdssted, ved å senke kravet til sannsynlighet for unndragelsesfare eller uriktig identitet som grunnlag for bruk av de aktuelle tvangsmidlene. Videre foreslo departementet et mindre strengt sannsynlighetskrav i § 103 første ledd bokstav b og c for undersøkelse av utlendingens person, bolig eller lignende.

Mens både § 105 første ledd bokstav a og § 106 første ledd bokstav a, retter seg mot situasjoner hvor utlendingen "neker å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet", foreslo departementet i høringsbrevet at man i stedet skulle bruke formuleringen "ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 83, eller det er grunn til å anta at utlendingen oppgir feil identitet". Lovens § 83 første og annet ledd lyder som følger:

"I forbindelse med en sak etter loven kan politiet og Utlendingsdirektoratet pålegge den utlendingen saken gjelder, å møte personlig for å gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket, jf. § 93 fjerde ledd.

Ved innreise, og frem til korrekt identitet er registrert, har utlendinger plikt til å medvirke til å avklare sin identitet i den grad utlendingsmyndighetene krever det. Utlendingsmyndighetene kan også senere pålegge utlendingen en slik plikt dersom det er grunn til å anta at den registrerte identiteten ikke er den riktige. En utlending kan ikke pålegges å medvirke til å avklare sin identitet på en måte som kommer i konflikt med et behov for beskyttelse."

### 6.3 Høringsinstansenes syn

*Røde Kors, Antirasistisk senter, Rødt, Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), Jusstudentenes rettsinformasjon (Juss-Buss), Kontaktutvalget mellom innvandrere og myndighetene (KIM), Advokatforeningen, Senter for menneskerettigheter (SMR), Datatilsynet, Norsk Forening for Kriminalreform (KROM) og Barneombudet* er negative til forslagene om senket sannsynlighetskrav.

*Røde Kors* er blant annet skeptiske til at det innføres en utvidet mulighet til fengsling uten at myndighetene må vurdere om formålet kan oppnås ved bruk av andre virkemidler. *Antirasistisk Senter* bemerker at maktmidlene må stå i et rimelig forhold til situasjonen som skal løses, og er usikker på om forslagene står i et rimelig forhold til et konkret behov. *Rødt* bemerker at en del asylsøkere har legitime grunner til å være tilbakeholdne med opplysninger om sin identitet, og viser til at mange har hatt traumatiske opplevelser på flukt og redusert tillit til myndigheter generelt. *Barneombudet* mener at et senket beviskrav innebærer en uthuling av rettssikkerheten til barn og unge i utlendingssaker, og kan føre til at flere mindreårige blir fengslet.

*NOAS* er kritisk og mener begrepet "skjellig grunn til mistanke" er godt innarbeidet i rettssystemet blant dommere, advokater og påtalemyndigheter. *NOAS, Juss-Buss, og Datatilsynet* mener den foreslåtte ordlyden "grunn til å anta" åpner for subjektive vurderinger og svekker domstolskontrollen. Flere høringsinstanser (*NOAS, KIM, SMR og Advokatforeningen*) er kritiske til departementets begrunnelse om at det er ønskelig å harmonere sannsynlighetskravet med tilsvarende bestemmelser i Sverige og Finland, og mener at dette ikke er et tilstrekkelig argument for de foreslåtte endringene.

*Kontaktutvalget mellom innvandrere og myndighetene (KIM)* viser til at departementet har brukt som argument for et senket sannsynlighetskrav for unndragelsesfare, at et stort antall asylsøkere forsvinner fra mottak etter at endelig vedtak er fattet. *KIM* har imidlertid inntrykk av at antallet som forsvinner ligger relativt lavt, og at mange trolig har returnert frivillig uten myndighetenes hjelp.

*Advokatforeningen* kan ikke se at dagens hjemler for fengsling på grunn av unndragelsesfare brukes i omfattende grad, og kjenner til svært få tilfeller der politiet har ønsket å fengsle personer uten at retten har gitt medhold og begrunnet dette i manglende sannsynlighetsovervekt. Det bemerkes videre at det heller ikke er påberopt

eller dokumentert at personer har unndratt seg uttransport etter at politiet ikke har fått rettens medhold. Advokatforeningen uttaler videre:

"Det kan heller ikke sees at henvisningen til straffeprosesslovens § 171 gir veiledning. Det vises til at unndragelsesfare etter utlendingsloven § 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 utlendingsloven § 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."

*Senter for menneskerettigheter (SMR)* savner en vurdering av forslaget opp mot diskrimineringsforbudet i EMK art.14. Det etterlyses også en nærmere drøftelse av hvordan formuleringen "grunn til å anta" skal forstås. Videre ser *SMR* rettssikkerhetsmessig betenkeligheter ved å innføre regler som ikke krever mer enn 50 prosent sannsynlighet for at det oppgis feil identitet eller at utlendingen vil unndra seg iverksettelse, og viser også til hensynet til en effektiv domstolskontroll.

*Utlendingsdirektoratet (UDI), Politidirektoratet (POD) og Politiets utlendingsenhet (PU)*, støtter i all hovedsak departementets forslag.

*POD* påpeker at formuleringen "grunn til å anta" er godt forståelig, og er kjent fra straffeprosesslovens bestemmelser om blant annet ransaking. Videre gis det uttrykk for at dagens strengere vilkår vanskeliggjør politiets arbeid med identitetsfastsettelse, og at forslaget om senket sannsynlighetskrav ved uklar identitet, åpner for at politiet i større grad kan prioritere hvilke grupper utlendinger de vil innrette innsatsen mot.

*PU* gir flere eksempler på tilfeller hvor det foreligger sterke indikasjoner på at utlendingen oppgir uriktig identitet, uten at det uten videre er



klart om dagens sannsynlighetskrav vil være oppfylt:

1. Utlendingen har oppgitt én identitet ved registrering i et annet land, og en annen identitet ved registrering i Norge. Sannsynligheten for at den identiteten utlendingen oppgir er riktig, kan sies å være femti prosent.
2. Utlendingen mottar en tekstmelding eller et brev adressert til en annen identitet enn den han har oppgitt for norske myndigheter.
3. En nærmere undersøkelse av utlendingens mobiltelefon viser at han har familiemedlemmer lagret med telefonnumre med retningsnummer tilhørende et annet land enn det landet han har oppgitt å være fra.

*POD* støtter også forslaget om lempet sannsynlighetskrav i unndragelsestilfellene, og gir uttrykk for at det ikke bør være krav om sannsynlighetsovervekt for unndragelse for å kunne benytte fengsling i forbindelse med iverksettelse av vedtak. Det vises blant annet til at det ikke bør være krav til sannsynlighetsovervekt i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b, når det ikke er det etter straffeprosessloven § 171 nr. 1.

*PU* mener også at et lavere sannsynlighetskrav i unndragelsestilfellene har gode grunner for seg, og at det vil muliggjøre fengsling av utlendinger som de ønsker å prioritere, for eksempel personer som er tilknyttet samarbeidsprosjektet "Åpne rusmiljø" og straffedømte. Det bemerkes at når asylsøkere som pågripes i de åpne rusmiljøene ikke har endelig avslag på asylsøknaden, er unndragelsesfaren etter dagens regler i utgangspunktet ikke tilstrekkelig til å begrunne fengsling.

*UDI* er positiv til forslaget om senket terskel for sannsynlighet både ved tvil om identitet og ved unndragelsesfare, men bemerker at begrepet "grunn til å anta" ikke er selvforklarende og at det kan være behov for nærmere veiledning i forarbeidene om innholdet i begrepet. *UDI* mener også at begrepet inneholder en viss grad av subjektivitet, og at dette vil kunne hemme en reell domstolsprøving fordi vurderingen kan være vanskelig å kontrollere.

*POD viser til høringsuttalelse fra Romerike politidistrikt* om at det er svært praktisk å få inn manglende samarbeid om klarlegging av identitet som nytt fengslingsgrunnlag. Politidistriktet mener formuleringen i den foreslåtte bestemmelsen vil dekke de fleste tilfellene hvor pågrepelse og fengsling på bakgrunn av identitetsproblematikk er aktuelt.

*PU* foreslår at uttrykket "feil identitet" i lovforslagets § 105 første ledd bokstav a og § 106 første

ledd bokstav a, erstattes med "uriktig identitet". Til departementets forslag til omformulering av bestemmelsen ("utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 83, eller det er grunn til å anta at utlendingen oppgir feil identitet"), bemerker *PU* for øvrig at det bør presiseres i forarbeidene hvilke grupper som omfattes av den foreslåtte bestemmelsen og henvisningen til utlendingslovens § 83.

## 6.4 Departementets vurdering

### 6.4.1 Generelt

Bakgrunnen for at regjeringen har foreslått å utvide adgangen til bruk av tvangsmidler overfor blant annet personer som har uklar identitet eller som det er fare for at vil unndra seg iverksettelse, er at arbeidet med identitetsavklaringer og gjennomføring av en effektiv returpolitikk, er de viktigste utfordringene i asylopolitikken. I de senere år har det vært et økende problem med personer som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt avslag med uklar identitet. For departementet er det viktig å sikre at Norge har et regelverk som gjør at vi kan møte disse utfordringene og sikre oppslutning om asylinstutttet, og legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene.

For at man skal lykkes med disse målsettingene, er det helt avgjørende at vi også er i stand til å håndheve en effektiv utlendingskontroll og returpolitikk. Selv om Norge i dag er blant de mest effektive i Europa når det gjelder målsettingen om en aktiv returpolitikk, ser vi at det er nødvendig å bli enda mer effektive i fremtiden.

Adgangen til å benytte tvangsmidler i utlendingsrettslig sammenheng utgjør et viktig element i håndhevingen av en effektiv utlendingskontroll. Politidirektoratet og Politiets utlendingsenhet har også pekt på at de tiltakene som departementet har foreslått, vil gjøre arbeidet med utlendingskontroll og tvangsreturer enklere.

Departementet viser videre til bestemmelsen i § 106a som ble innført fra 24. desember 2010 i forbindelse med gjennomføringen av returdirektivet i norsk rett. Bestemmelsen angir objektive kriterier for hva som kan vektlegges ved vurderingen av unndragelsesfare, og er et relevant argument for å senke kravet til sannsynlighet for unndragelsesfare for å benytte tvangsmidler på dette grunnlaget.

Departementet vil også påpeke at det ikke er noen folkerettslige hindringer mot å operere med et lavere sannsynlighetskrav enn sannsynlighetso-

vervekt når det gjelder identitetstvil eller unndragelsesfare.

Det følger videre av fremstillingen av svensk og finsk rett i kapittel 5 ovenfor, at sannsynlighetskravet for å fengsle er mindre strengt formulert i Sverige og Finland enn i Norge. I Sverige er kriteriet at det på grunn av utlendingens personlige forhold eller øvrige omstendigheter, "finns anledning att anta" at utlendingen vil unndra seg iverksettelse<sup>2</sup>. I Finland er kriteriet at det ut fra utlendingens personlige og øvrig forhold, "finns grundad anledning att anta" at vedkommende vil unndra seg iverksettelse. Ingen av disse formuleringene fortolkes slik i de respektive landene at det gjelder noe krav til sannsynlighetsovervekt. Departementet mener at det er et selvstendig poeng at rammene for fengsling ikke bør være snevrere i Norge enn i våre naboland. Innenfor de rammene som EMK og andre folkerettsinstrumenter fastsetter, bør norsk politi ha like effektive virkemidler for utlendingskontrollen som politiet i våre naboland.

Flere høringsinstanser har tolket departementets forslag til ny formulering av sannsynlighetskravet ("grunn til å anta") slik at det ikke vil stilles krav til noen objektive holdepunkter for at utlendingen skjuler identitetsopplysninger eller vil unndra seg utreise. Dette er departementet ikke enig i. På den annen side er det uheldig i seg selv dersom flere aktører mener at man kan misoppfatte innholdet i den formuleringen departementet har foreslått, og som vil være sentral for bruken av tvangsmidler på utlendingsfeltet. Departementet finner derfor grunn til å foreslå en justering av forslaget. Departementet mener begrepet "konkrete holdepunkter for å anta" får tydeligere frem at bevis- og sannsynlighetsvurderingen må basere seg på konkrete, objektive forhold. Denne formuleringen har også klare likhetstrekk med formuleringen i den finske loven; "finns grundad anledning att anta".

I henhold til § 90 syvende ledd kan en utlending føres ut blant annet dersom politiet anser det som "mest sannsynlig" at vedkommende ikke vil forlate riket innen utløpet av en gitt utreisefrist, jf. § 90 sjette ledd. Også her foreslås sannsynlighetskravet endret til "konkrete holdepunkter for å anta".

Sannsynlighetsvurderinger kan teoretisk sett uttrykkes på en sannsynlighetsskala fra null til hundre prosent. I praksis lar det seg naturligvis

ikke gjøre med en eksakt plassering på en slik skala av en konkret sak. For anvendelse av de aktuelle tvangsmidlene må imidlertid sannsynligheten for unndragelse, uriktig identitet mv. være av en viss styrke ved at det foreligger ett eller flere objektive, konkrete holdepunkter for mistanken.

Senter for menneskerettigheter har i høringsrunden etterlyst en vurdering av forslaget om å senke bevis- og sannsynlighetskravet for å fengsle utlendinger, opp mot forbudet mot diskriminering i EMK art. 14. Departementet viser til at utlendingslovens bestemmelse om fengsling av utlendinger retter seg mot utlendinger som enten ikke har avklart sin oppholdsstatus i Norge eller som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse. Deres situasjon er ikke lik situasjonen til norske borgere eller utlendinger med oppholdstillatelse i Norge, og de aktuelle bestemmelsene i utlendingsloven er etter departementets vurdering derfor ikke i strid med diskrimineringsforbudet i EMK art. 14.

Departementet har vurdert forholdet mellom et senket sannsynlighetskrav ved bruk av tvangsmidler og EMK art. 8, som beskytter retten til privatliv. Departementet bemerker at EMK art. 8 i annet ledd (nr. 2) gir adgang til å foreta inngrep

"når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter".

Det er et omfattende og utfordrende problem at en rekke utlendinger oppholder seg i Norge uten lovlig opphold og ofte under falsk identitet. Etter departementets mening vil flere av de hensynene som er regnet opp i art. 8 nr. 2 gi hjemmel for eventuelle inngrep i privatlivet til personer med ulovlig opphold og eventuelt uriktig identitet. Dette innbefatter også hensynet til den nasjonale sikkerhet. Departementet mener også at et senket sannsynlighetskrav ligger innenfor det handlingsrom statene har til å gjøre innskrenkninger i retten til privatliv etter EMK art. 8.

#### 6.4.2 Særlig om undersøkelse av utlendingens person, bolig mv.

Adgangen til undersøkelse i lovens § 103 har til hensikt å sikre kontroll med identiteten til personer som oppholder seg i Norge, samt å gi mulig-

<sup>2</sup> Skal en utlending holdes fengslet ut over to uker, må det foreligge særlige grunner ("synnerliga skäl") for en lenger fengslingsperiode, se punkt 5.1.

het for å håndheve vedtak som innebærer at personer med ulovlig opphold skal forlate Norge.

I høringsbrevet drøftet ikke departementet om skrankene mot husransaking i Grunnloven § 102 kan ha noen betydning for adgangen til å benytte et lavere sannsynlighetskrav enn sannsynlighetsovervekt som grunnlag for blant annet husundersøkelse i lovens § 103. Grunnloven § 102 fastsetter at husransaking bare kan skje i ”kriminelle Tilfælde”:

”Hus-Inkvisitioner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde.”

Ordlyden sier ingenting om hvilket beviskrav eller mistankekrav man kan operere med. I teorien er det antatt at det bør være tilstrekkelig at det er grunn til mistanke om at det foreligger et kriminelt tilfelle.

Mens undersøkelse etter utlendingsloven § 103 første ledd bokstav a (skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet eller andre opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse), klart nok vil gjelde et kriminelt tilfelle (jf. lovens § 83 første og annet ledd, jf. 108 annet ledd), er dette ikke uten videre tilfellet når det gjelder de situasjonene som er nevnt i § 103 første ledd bokstav b og c (har penger/andre formuesgoder som kan brukes til å dekke utreiseutgifter som han/hun plikter å dekke, eller har reisedokumenter etc. som kan sikre iverksetting av vedtak). For at det ikke skal oppstå noe tvil om forholdet til Grunnloven § 102, foreslår derfor departementet å begrense adgangen til husundersøkelse i de tilfeller som omtales i bokstav b og c til de tilfeller hvor utlendingen har ulovlig opphold som omfattes av straffebestemmelsen i § 108 eller hvor vedkommende har begått et lovbrudd ved å unnlate å fremlegge reisedokument i henhold til pålegg etter lovens § 83. Det vises til forslaget til nytt § 103 annet ledd.

#### 6.4.3 Særlig om bruk av tvangsmidler ved uklar identitet

Bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav a er foreslått omformulert slik at det ikke lenger bare er i de tilfeller der utlendingen nekter å oppgi sin identitet eller mest sannsynlig oppgir falsk identitet, at det skal være grunnlag for bruk av fengsling. I stedet foreslår departementet at det også skal kunne besluttes fengsling dersom ”utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er kon-

krete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet.”

Lovens § 21 gjelder alminnelig utlendingskontroll, og regulerer politiets kompetanse med hensyn til forvaltningsmessig kontroll av utlendingers identitet og oppholdsgrunnlag. Bestemmelsen lyder:

”I forbindelse med håndheving av bestemmelsene om utlendingers innreise og opphold i riket kan politiet stanse en person og kreve legitimasjon når det er grunn til å anta at vedkommende er utenlandsk statsborger, og tid, sted og situasjon gir grunn til slik kontroll. Ved slik kontroll må utlendingen vise legitimasjon og om nødvendig gi opplysninger for å bringe identiteten og lovligheten av oppholdet i riket på det rene. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om gjennomføringen av kontrollen, herunder om adgangen til å ta kopi av dokumenter.

Ved planlagte aksjoner treffes beslutningen om kontroll i medhold av første ledd av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. For øvrig treffes beslutningen av polititjenestemann.”

Lovens § 83 første ledd gjelder utlendingens generelle møte- og opplysningsplikt i forbindelse med saker etter loven. Bestemmelsens første og annet ledd lyder:

”I forbindelse med en sak etter loven kan politiet og Utlendingsdirektoratet pålegge den utlendingen saken gjelder, å møte personlig for å gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket, jf. § 93 fjerde ledd.

Ved innreise, og frem til korrekt identitet er registrert, har utlendinger plikt til å medvirke til å avklare sin identitet i den grad utlendingsmyndighetene krever det. Utlendingsmyndighetene kan også senere pålegge utlendingen en slik plikt dersom det er grunn til å anta at den registrerte identiteten ikke er den riktige. En utlending kan ikke pålegges å medvirke til å avklare sin identitet på en måte som kommer i konflikt med et behov for beskyttelse.”

Bestemmelsene i § 105 første ledd bokstav a om meldeplikt/bestemt oppholdssted, § 104 første ledd om beslag og § 103 første ledd om undersøkelse, er foreslått endret tilsvarende.

Når det gjelder utlendinger som det er konkrete holdepunkter for å anta at oppgir feil identitet, har Politiets utlendingsenhet foreslått å endre uttrykket ”feil identitet” med ”uriktig identitet”.

Departementet kan ikke se at de to uttrykkene "feil" og "uriktig" innebærer noen meningsforskjell, men er enig med PU i at "uriktig" kan være å foretrekke rent språklig.

#### **6.4.4 Om forholdsmessighetsvurderingen ved fengsling**

I henhold til utlendingsloven § 99 skal det alltid gjøres en vurdering av om det vil være hensiktsmessig og forholdsmessig å benytte et tvangsmiddel i en gitt situasjon. Bestemmelsen i § 99 innebærer videre at man skal benytte det minst inngripende tvangsmiddelet som anses tilstrekkelig for formålet, jf. Ot.prp. nr. 75 (206-2007) pkt. 17.2.2.6. Det følger av dette at det ikke vil være aktuelt å benytte pågripelse eller fengsling, dersom det vil være tilstrekkelig å pålegge meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted. Av presiseringshensyn er dette foreslått å ta inn i bestemmelsen om fengsling i et nytt annet ledd i § 106. Endringen innebærer ingen realitetsendring.

#### **6.4.5 Særlig om vurdering av unndragelsesfare - § 106 a**

I forbindelse med gjennomføringen av returdirektivet ble det som nevnt inntatt en ny § 106a i utlen-

dingsloven, som presiserer det nærmere innholdet i begrepet unndragelsesfare. Bestemmelsen lister opp ulike momenter som kan vektlegges og som gjelder individuelle forhold knyttet til den enkelte utlending.

Departementet mener at det ved vurderingen av unndragelsesfare også må kunne legges vekt på generelle erfaringer selv om dette ikke fremkommer uttrykkelig av § 106a. I denne sammenheng vil erfaringer som politiet har med utlendinger med samme nasjonalitet eller utlendinger i samme situasjon, være relevante. Departementet understreker at det kan være mange forhold som har betydning når unndragelsesfaren skal vurderes, og det må alltid foretas en konkret vurdering knyttet til den enkelte utlending. Det er ingen motsetning mellom å legge vekt på generelle erfaringer og det å vurdere hver sak individuelt. Departementet ønsker derfor å innta en presisering i § 106a om at det skal være adgang til å legge vekt på generelle erfaringer. Det bemerkes for øvrig at en slik adgang til å legge vekt på generelle erfaringer fremgikk uttrykkelig av utlendingsloven 1988 § 41, og det er ikke nærmere begrunnet i forarbeidene til utlendingsloven 2008 hvorfor presiseringen ikke ble videreført.

## 7 Om bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven overfor utlendinger som begår kriminalitet

### 7.1 Begrunnelsen for å kunne anvende tvangsmidler etter utlendingsloven overfor utlendinger som begår kriminalitet

#### 7.1.1 Innledning

Utlendingsloven har ikke i dag noen egne regler om adgang til bruk av tvangsmidler overfor utlendinger som begår kriminalitet. Muligheten for å bruke ordninger med pålegg om bestemt oppholdssted, meldeplikt eller fengsling i en uttransporteringsfase, må derfor søkes i de eksisterende reglene om fengsling på grunn av identitetstvil eller unndragelsesfare.

I høringsbrevet foreslo departementet nye hjemler, som på nærmere vilkår vil tillate pålegg om bestemt oppholdssted, meldeplikt og fengsling overfor følgende utlendinger som begår kriminalitet: asylsøkere, utlendinger med ulovlig opphold og utlendinger som er utvist for et straffbart forhold av en viss alvorlighet.

#### 7.1.2 Høringsinstansenes synspunkter

Flere høringsinstanser har spurt hva som er den utlendingsrettslige begrunnelsen for å anvende tvangsmidler etter utlendingsloven (særlig fengsling) overfor utlendinger som begår kriminalitet.

*Riksadvokaten* etterspør også en nærmere, konkret motivering for forslagene, men legger til grunn at forslagene særlig er forankret i den generelle risiko som foreligger for at en asylsøker eller utlending uten lovlig opphold vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket.

*Advokatforeningen* har anført at det vil innebære ulovlig diskriminering dersom man fengsler en utlending fordi vedkommende er siktet, mistenkt eller domfelt for straffbare handlinger uten at det er hjemmel for fengsling etter straffeprosessloven.

#### 7.1.3 Departementets vurderinger

Både etter norsk rett og etter folkeretten er det statens rett til å drive utlendingskontroll som er selve grunnlaget for bruk av tvangsmidler overfor utlendinger som mangler lovlig opphold eller som er i en utsendelsesprosess.

Det vises her for eksempel til EMDs merknad i *Saadi mot Storbritannia*, 29. januar 2008 (nr. 13229/03) premiss 64:

”Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory” (...). It is a necessary adjunct to this right that States are permitted to detain would-be immigrants who have applied for permission to enter, whether by way or asylum or not. (...)”

Et sentralt element i utlendingskontrollen er å hindre at utlendinger som begår kriminalitet får adgang til landet, eventuelt å stanse ytterligere kriminalitet fra utlendinger som har begått straffbare handlinger etter innreise, og som skal pålegges å forlate landet som følge av dette, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kapittel 16.6.1 (s. 288 første spalte):

“Det er en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser personer som er uønsket her på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold. Det ville videre kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken dersom det ikke var rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet.”

At hensynet til å beskytte det norske samfunnet mot kriminalitet kan tillegges vekt når staten skal

vurdere hvor langt man skal gå i å benytte fengsling og andre tvangsmidler overfor utlendinger som har uavklart eller ulovlig opphold eller er i en utsendelsesprosess, følger også forutsetningsvis av en rekke folkerettslige kilder og utenlandsk lovgivning, herunder følgende:

*1. Europarådsrekommendasjon 2003 nr. 5:*

”The aim of detention is not to penalise asylum seekers. Measures of detention of asylum seekers may be resorted to only in the following situations:

- when their identity, including nationality, has in case of doubt to be verified, in particular when asylum seekers have destroyed their travel or identity documents or used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the host state;
- when elements on which the asylum claim is based have to be determined which, in the absence of detention, could not be obtained;
- when a decision needs to be taken on their right to enter the territory of the state concerned, or
- when protection of national security and public order so requires.”

*2. UNHCRs reviderte “Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to The Detention of Asylum Seekers” (februar 2009):*

“In conformity with EXCOM Conclusion No. 44 (XXXVII) the detention of asylum-seekers may only be resorted to, if necessary:

- (i) to verify identity.  
(...)
- (ii) to determine the elements on which the claim for refugee status or asylum is based.  
(...)
- (iii) in cases where asylum-seekers have destroyed their travel and /or identity documents or have used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the State, in which they intend to claim asylum.  
(...)
- (iv) to protect national security and public order  
This relates to cases where there is evidence to show that the asylum-seeker has criminal antecedents and/or affiliations which are likely to pose a risk to public order or national security should he/she be allowed entry.”

*3. Uttalelser i Menneskerettsdomstolens avgjørelser:*

I avgjørelser hvor EMD vurderer fengsling på utlendingsrettslig grunnlag etter art. 5 nr. 1 bokstav f, pleier Domstolen ofte å gjenta formuleringer fra dommen i Chahal mot Storbritannia, 25. oktober 1996 (nr. 22414/93) om at fengsling etter den nevnte bestemmelsen ”does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing”. Det er rimelig å tolke dette slik at domstolen forutsetningsvis mener at hensynet til offentlig orden er et legitimt (men altså ikke nødvendig) moment ved vurderingen av fengsling i utlendingsrettslig sammenheng.

*4. Den svenske utlendingsloven kapittel 10 § 1 tredje ledd:*

”Beslut om förvar av en utlänning enligt [bestemmelser som fastsetter at det enten er sannsynlig at det vil bli truffet vedtak om avvising eller utvisning eller at det er tale om å iverksette et slikt vedtak] får meddelas endast om det på grund av utlänningens personliga förhållanden eller övriga omständigheter finns anledning att anta att utlänningen annars kommer att hålla sig undan eller bedriva brottslig verksamhet i Sverige.”<sup>3</sup>

*5. Den finske utlendingsloven § 121 nr. 3:*

”I stället för de säkringsåtgärder som avses i 118-120 § kan det bestämmas att en utlänning skall tas i förvar, om (...) det med hänsyn till utlänningens personliga och övriga förhållanden finns grundad anledning att anta att han eller hon gör sig skyldig till brott i Finland.”

Det følger av det som her er gjennomgått at man på utlendingsfeltet kan legge vekt på hensynet til offentlig orden som ledd i utlendingskontrollen, også når det gjelder spørsmålet om bruk av tvangsmidler. Når departementet nå foreslår at man skal utforme regler i den norske utlendingsloven som i visse situasjoner åpner for bruk av tvangsmidler (herunder fengsling) av utlendinger som ikke har et avklart oppholdsgrunnlag eller som er i en utsendelsesprosess, og som kan knyttes til kriminelle handlinger, er det derfor i

<sup>3</sup> Bestemmelsen er foreslått endret i svensk rett som følge av returdirektivet. Returdirektivet er imidlertid ikke til hinder for at man kunne ha beholdt bestemmelsen for de tilfeller hvor utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff.

full overensstemmelse med det folkerettslige rammeverket og andre lands lovgivning at dette implementeres som en del av utlendingskontrollen.

Departementet vil videre understreke at det er flere grunner til at departementet nå foreslår å innføre regler om fengsling av asylsøkere og personer med ulovlig opphold som begår kriminalitet:

- Man har i de senere årene erfart et økende problem med asylsøkere og utlendinger uten lovlig opphold, som begår kriminalitet. Dette er særlig knyttet til vinningskriminalitet og besittelse og salg av narkotika i åpne rusmiljøer.
- Det har vært en økende erkjennelse av at hensynet til oppslutningen om asylinstituttet tilsier at myndighetene må etablere og håndheve et effektivt system for å hindre at regelverket om beskyttelse utnyttes av kriminelle.
- Det er i seg selv uheldig at norske politimyndigheter har svakere virkemidler til bruk i sitt arbeid med å håndheve en effektiv utlendingskontroll enn politimyndighetene i våre naboland.

Departementet understreker at selv om det nå foreslås en adgang til å anvende tvangsmidler, herunder fengsling, overfor utlendinger som begår kriminalitet og som mangler eller som mister grunnlag for lovlig opphold i landet, vil den praktiske bruken av disse nye bestemmelsene bli begrenset. Den viktigste årsaken til at utlendinger som begår kriminalitet og som mangler lovlig opphold ikke blir uttransportert umiddelbart i sammenheng med at det treffes vedtak i utlendingssaken eller at straffen er ferdig sonet, er at det er praktiske problemer knyttet til å kunne gjennomføre uttransporteringen. I mange saker er problemet å få avklart de aktuelle personenes identitet. Dernest er det et problem at flere stater ikke godtar tvangsretur av egne borgere. I slike situasjoner vil det være begrenset mulighet til å anvende tvangsmidler mot utlendingen i Norge. Det vises til at det må pågå en aktiv prosess med å få til retur, se nærmere om dette under punkt 10.3.2. Endelig må de aktuelle tiltakene ikke fremstå som uforholdsmessige i det enkelte tilfelle.

I en del saker vil det imidlertid følge en ny mulighet for bruk av tvangsmidler etter de nye hjemlene, og i en del saker vil de også gi politiet et enklere grunnlag for å få rettens godkjenning for bruk av tvangsmidler. Overfor utlendinger som spekulerer i å komme til Norge for å begå kriminalitet, kan derfor de nye bestemmelsene gi et

klart signal om en økt risiko som vil få betydning når de aktuelle personene vurderer kostnadene ved reisen til Norge mv.

## 7.2 Meldeplikt og bestemt oppholdssted

### 7.2.1 Gjeldende rett

Det fremgår av utlendingsloven § 105 første ledd bokstav a

”en utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

- a) utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet,
- b) det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak,
- c) det eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73,
- d) utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og av andre grunner enn nevnt i bokstav c, ikke har innrettet seg etter vedtak om at vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg gjennomføre.”

I utlendingsforskriften § 18-12 er det nærmere definert hva som kan ligge i et pålegg om bestemt oppholdssted:

“Pålegg om bestemt oppholdssted kan blant annet gå ut på at utlendingen skal bo på en bestemt adresse, herunder på et mottak eller lignende, eller i en bestemt kommune, politidistrikt, eller annet naturlig avgrenset sted. Pålegget kan også gå ut på at utlendingen pålegges å oppholde seg i en bestemt kommune, politidistrikt eller annet naturlig avgrenset område. Det angitte oppholdsstedet skal ikke begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner pålegget.”

### 7.2.2 Departementets høringsbrev

I høringsbrevet ble det foreslått en adgang til å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted, dersom en asylsøker eller utlending med ulovlig opphold er ilagt straff for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder.

### 7.2.3 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen, Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) og Jusstudentenes rettsinformasjon (Juss-Buss)* støtter ikke forslagene.

*Advokatforeningen* er positiv til at man benytter mindre inngripende tiltak enn fengsling når det er grunnlag for dette, men kan likevel ikke støtte de foreliggende forslagene. Til forslaget om hjemmel for å kunne anvende meldeplikt/bestemt oppholdssted overfor kriminelle utlendinger, bemerker foreningen at de mener at det må foreligge gjentagelsesfare for å ilegge slike tiltak. Det vises til at en enkelt straffbar handling av begrenset omfang som kun foranlediger en bot eller en kortvarig fengselsstraff, ikke kan sies å være tilstrekkelig for å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted.

*Juss-Buss* mener meldeplikt og kravet om bestemt oppholdssted vil begrense friheten til den enkelte utlending betydelig, og at plikt til å bo på bestemt oppholdssted minner mye om fengsel.

*NOAS* har forståelse for departementets ønske om å ha egnede tiltak som kan motvirke at utlendinger som er omreisende kriminelle begår straffbare handlinger. *NOAS* bemerker imidlertid at de aller fleste asylsøkere ikke er omreisende kriminelle og at en stor del av de asylsøkerne som har blitt dømt for straffbare forhold, heller ikke er det. *NOAS* mener derfor at tvangsmidler må brukes med varsomhet. *NOAS* mener at det er uheldig å innføre en lovbestemmelse som etter sin ordlyd fremstår som relativ upresis knyttet til det formålet som ønskes oppnådd, og anmoder departementet om å vurdere å endre bestemmelsen på en måte som gjør den mer treffsikker overfor personer og tilfeller hvor det er et reelt behov for bruk av slike tvangsmidler, eksempelvis personer med klare kriminelle hensikter. *NOAS* påpeker videre at det er svært mange forhold som kan gi fengselsstraff i mer enn tre måneder, uten at de generelt kan anses som så alvorlige at det bør gi grunnlag for tvangsmidler utover selve straffen.

*Utlendingsdirektoratet (UDI), Politidirektoratet (POD), Politiets utlendingsenhet (PU), Riksadvokaten og Antirasistisk Senter* slutter seg i all hovedsak til departementets forslag.

*POD* uttaler:

”Politidirektoratet slutter seg til ny hjemmel for å ilegge kriminelle asylsøkere eller kriminelle utlendinger med ulovlig opphold meldeplikt og bestemt oppholdssted, for å kunne motvirke at enkelte utlendinger som er omreisende krimi-

nelle, begår kriminelle handlinger i tiden før et eventuelt utvisningsvedtak kan iverksettes.”

*POD* slutter seg også til *Oslo politidistrikt*, som uttaler:

”Vi har i dag adgang til å bruke tvangsmidler for denne gruppen, men dagens regler gjør det i dag litt vanskelig, jf. § 106 bokstav b. Det gjelder uavhengig av om personen er ilagt straff eller ikke. Utfordringen for politiet i dag er at det må sannsynliggjøres at søknaden vil bli avslått og innen en viss tid. Forslaget er godt fordi det gjør regelen mer praktisk i disse spesielle tilfellene.”

*Riksadvokaten* har ikke sterke synspunkter på hvor terskelen for å pålegge bestemt oppholdssted eller meldeplikt bør ligge, men viser til at det i straffeprosessloven §§ 171 og 181 opereres med et krav om at handlingen kan medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder. Selv om det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende i henholdsvis straffeprosessloven og utlendingsloven, stiller *riksadvokaten* spørsmål om ikke et tilsvarende krav til høyere straff enn fengsel i seks måneder, kan være et nærliggende utgangspunkt.

I høringsbrevet ba departementet høringsinstansene om å gi sitt syn på hvorvidt adgangen til å beslutte meldeplikt og pålegge bestemt oppholdssted for utlending som har begått kriminelle forhold, skal knyttes til ilagt straff, eller om det skal være tilstrekkelig med en siktelse.

*Utlendingsdirektoratet (UDI)* ser rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å bruke tvangsmidler der det bare foreligger en siktelse, men mener likevel at det kan argumenteres for at siktelse bør være tilstrekkelig da de aktuelle tvangsmidlene ikke er av de mest inngripende. *UDI* viser også til at utlendinger som begår straffbare handlinger som bare gir grunnlag for forelegg, og som ikke vedtar forelegget, vil kunne trenere tvangstiltaket.

*Riksadvokaten* mener at vilkåret for pålegg bør være ilagt straff. Det vises til at siktelse er et uegnet kriterium, først og fremst fordi det ikke kan knyttes til en bestemt mistankegrad. Det uttales videre:

”Som det fremgår av straffeprosessloven § 82, kan en mistenkt for øvrig få status som siktet av ulike grunner, både med og uten rettens melomkomst. Dette kan innebære visse rettssikkerhetsmessige betenkeligheter, slik departementet er inne på i høringsbrevet på side 21. Et



alternativ kunne være å gjøre pålegg etter § 105 avhengig av at det foreligger en tiltalebeslutning eller et forelegg. I så fall ville det gjelde samme beviskrav som for en fellende dom, jf. f. eks. riksadvokatens rundskriv nr. 1/2010 punkt 111,2. Men de rettssikkerhetsmessige betenkeligheter som knytter seg til å benytte påtalemyndighetens beslutninger som grunnlag for tiltak etter utlendingsloven, vil fortsatt gjøre seg gjeldende.”

*Politidirektoratet (POD)* viser til at de ulike politidistriktene har tolket begrepet ”ilagt straff” ulikt. De viser til at Hordaland politidistrikt i sin høringsuttalelse har lagt til grunn at dersom et forelegg ikke er vedtatt eller en dom ikke rettskraftig, så er ikke straffen ”ilagt”, mens Oslo politidistrikt forstår det dit hen at det også omfatter de tilfellene hvor det verserer straffesak (ikke vedtatt forelegg og ikke rettskraftig dom). POD mener at begrepet bør fortolkes slik Oslo politidistrikt har forstått det, slik at tvangsmiddelet vil kunne anvendes også mot personer som ikke vedtar forelegg eller som anker rettsavgjørelser. Det uttales at man dermed unngår at utlendinger kan unndra seg tvangsmiddelet ved for eksempel ikke å vedta et forelegg.

*Advokatforeningen* og *NOAS* mener ilagt straff bør være en forutsetning for anvendelse av tvangsmidlene, og at det er rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å la en siktelse være avgjørende.

## 7.2.4 Departementets vurdering

### 7.2.4.1 Generelt

Som nevnt i avsnitt 7.1 ovenfor, har man de senere år erfart et økende problem med asylsøkere og utlendinger med ulovlig opphold som begår kriminalitet. I mange tilfeller pågriper politiet i én kommune asylsøkere eller personer med ulovlig opphold som har bostedsadresse i en annen kommune. Utlendingsloven bør i slike tilfeller gi hjemmel for at den det gjelder kan pålegges å beholde bosted der hvor vedkommende allerede er bostedsregistrert (normalt et asylmottak) eller der hvor vedkommende har fått tilbud om bosted/mottaksplass. Utlendingen må også kunne pålegges å oppholde seg for eksempel i den kommunen eller i det politidistriktet hvor det aktuelle bostedet ligger.

Et slikt pålegg om bestemt oppholdssted vil både kunne motvirke at den det gjelder oppsøker kriminelle miljøer andre steder, og motvirke at det

gis mulighet for omreisende kriminell virksomhet. Tiltaket vil også innebære at personer som begår straffbare handlinger i den kommunen hvor de er bosatt, vil kunne nektes å skifte bosted, samt pålegges slike begrensninger i bevegelsesfriheten som nevnt.

Det understrekes at den foreslåtte hjemmelen ikke kan brukes til å etablere en praksis hvor man for eksempel plasserer kriminelle personer i andre områder eller kommuner enn der hvor de allerede er bosatt eller er gitt et tilbud om mottaksplass. Samtidig må selve lovbestemmelsen ta høyde for at det kan forekomme spesielle situasjoner, hvor det vil være nødvendig med en viss handlingsfrihet: Det kan for eksempel forekomme tilfeller med alvorlig uro på et bestemt mottak, hvor det er behov for å spre enkelte beboere som begår straffbare handlinger til andre mottak.

I tilfeller hvor en utlending som ikke tidligere har vært registrert som asylsøker, fremmer en asylsøknad i forbindelse med at vedkommende pågripes for en straffbar handling, vil det også kunne være aktuelt med pålegg om å bo på et bestemt mottak, og utlendingen kan ikke gjøre krav på å bli tildelt mottaksplass i den kommune hvor vedkommende blir pågrepet eller der hvor vedkommende har oppholdt seg ulovlig.

Et pålegg om for eksempel å bo på et bestemt mottak med meldeplikt og pålagt opphold i en bestemt kommune, vil falle klart utenfor hva som må regnes som frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Det vises for øvrig til det som fremgår av utlendingsforskriften § 18-12, om at et pålegg om bestemt oppholdssted ikke må begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner pålegget. Dersom et pålegg om bestemt oppholdssted og meldeplikt ikke overholdes, vil det kunne gi grunnlag for fengsling inntil asylsaken eller utvisningssaken er ferdig behandlet, jf. punkt 7.3.3. nedenfor.

En ordning med meldeplikt vil kunne gi en viss kontroll med at et pålegg om bestemt oppholdssted, faktisk blir overholdt. Det forutsettes imidlertid ikke noen inngående kontroll med at utlendingen ikke beveger seg utenfor det området hvor vedkommende er pålagt opphold. Det sentrale er at politiet vil ha mulighet til å vurdere fengsling i de tilfeller hvor vedkommende faktisk påtreffes utenfor det aktuelle området.

Den foreslåtte bestemmelsen omfatter asylsøkere og utlendinger uten lovlig opphold. Politiets utlendingsenhet mener det ikke er noen grunn til å skille asylsøkere og de som har ulovlig opphold fra andre utlendinger, og at denne avgrensningen derfor bør tas ut av bestemmelsen. Departemen-

tet har vurdert dette, men ikke funnet grunn til å utvide personkretsen. Utlendinger som har et lovlig oppholdsgrunnlag bør ikke kunne pålegges bevegelsesbegrensninger etter utlendingsloven.

Den nye bestemmelsen vil heller ikke ha betydning for utlendinger som er omfattet av retten til fri bevegelse etter EØS-retten. Slike utlendinger kan ikke pålegges bestemt oppholdssted eller meldeplikt. Dette vil bli tydeliggjort i forskrift til lovens § 109 (som gjelder det saklige virkeområdet for lovens særskilte EØS-regler).

Det vises til forslag til ny bestemmelse i lovens § 105 første ledd bokstav c.

#### 7.2.4.2 Særlig om kriminalitetskravet

Departementet foreslo i høringsbrevet at meldeplikt eller bestemt oppholdssted skal kunne pålegges dersom utlendingen er ilagt straff for et forhold som kan medføre fengselsstraff i mer enn tre måneder.

NOAS har vist til at kriminalitetsvilkåret i den foreslåtte bestemmelsen rammer for vidt. Departementet mener imidlertid at det er viktig at det gis adgang til å vurdere pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted overfor utlendinger med uavklart oppholdsgrunnlag når utlendingen begår lovbrudd – og at dette gjelder også i tilfeller hvor strafferammen er relativt lav.

Riksadvokaten har bemerket at lignende pålegg etter straffeprosessloven har et kriminalitetskrav med strafferamme på høyere straff enn fengsel i seks måneder. Departementet har etter en nærmere vurdering falt ned på at dette vil være en egnet grense også når det gjelder bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven. Det vises til lovforslagets § 105 første ledd bokstav c.

Departementet er ikke enig i Advokatforeningens syn om at det skal måtte konstateres gjentakelsesfare for å kunne pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted.

#### 7.2.4.3 Særlig om siktelse eller ilagt straff

Departementet har merket seg høringsinstansenes innspill om hvorvidt adgangen til å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted for utlending som har begått kriminelle forhold skal knyttes til ilagt straff, eller om det skal være tilstrekkelig med en siktelse.

Etter en nærmere vurdering har departementet kommet til at det i *utgangspunktet* bør gjelde et krav til ilagt straff. Departementet har merket seg at det blant høringsinstansene er ulike oppfatninger av om begrepet “ilagt straff” også vil omfatte

et ikke vedtatt forelegg eller en ikke rettskraftig dom. Departementet presiserer derfor at begrepet vil dekke:

- vedtatte forelegg, og
- straffedommer, selv om en slik dom ikke er rettskraftig.

Departementet mener imidlertid at det også bør åpnes for tiltak dersom utlendingen oppdages enten under selve utførelse av lovbruddet eller umiddelbart etterpå, dersom det er klart at vedkommende er gjerningsperson. Det vises til lovforslaget § 105 første ledd bokstav c.

Departementet påpeker for øvrig at spørsmålet om pågripelse i straffeprosessuell sammenheng av personer som pågripes på fersk gjerning, er regulert i straffeprosessloven § 173 første ledd, som ikke stiller noe krav til strafferamme.

#### 7.2.4.4 Drøftelse av diskrimineringsforbudet i EMK art. 14

Departementet har vurdert den foreslåtte bestemmelsen opp mot forbudet mot diskriminering i EMK art. 14. Diskrimineringsforbudet begrenser adgangen til å ha særregler om tvangsmidler for utlendinger, jf. punkt 4.4 ovenfor. Det er den usaklige forskjellsbehandlingen mellom grupper i sammenlignbare situasjoner som rammes.

Det følger av EMDs praksis at forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet alene, krever tungtveiende grunner for å kunne anses rettferdiggjort, særlig der det er tale om utlendinger som over en tid har hatt lovlig opphold i den aktuelle staten, jf. blant annet *Koua Poirrez mot Frankrike*, 30. september 2003 (nr. 40892/98) og *Luczak mot Polen*, 27. november 2007 (77782/01).

For at det skal kunne være tale om konvensjonsstridig diskriminering etter EMK art. 14, er det imidlertid en forutsetning at man står overfor personer i samme eller tilsvarende situasjon, som behandles ulikt. Norske borgere og utlendinger som ikke er utvist har ikke ulovlig opphold eller uavklart oppholdsstatus, og befinner seg ikke i en utsendelsesprosess. De omfattes derfor ikke av den persongruppen som statene har adgang til å fengsle på utlendingsrettslig grunnlag etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f. Det må derfor også være klart at de ikke er i en situasjon som kan sammenlignes med asylsøkere eller utlendinger med ulovlig opphold.

For øvrig bemerker departementet at EMD i saker vedrørende utvisning av tredjelandsborgere som har begått kriminalitet, har påpekt at denne persongruppen ikke er i sammenlignbar situasjon

som nasjonale borgere eller andre EU-borgere som begår kriminalitet. I *Moustaquim mot Belgia*, 18. februar 1991 (nr. 12313/83) var en marokkansk mindreårig utvist fra Belgia som følge av alvorlige straffbare handlinger. Han anførte brudd på EMK art. 14 fordi nasjonale borgere og EU-borgere ikke kunne utvises. EMD kom til at art. 14 ikke var brutt, og uttalte (premiss 49):

“In the instant case the applicant cannot be compared to Belgian juvenile delinquents. The latter have a right of abode in their own country and cannot be expelled from it; this is confirmed by Article 3 of Protocol No. 4 (P4-3).

As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order.”

Saken *C mot Belgia*, 7. august 1996 (nr. 21794/93) dreide seg også om utvisning av en kriminell tredjelandsborger og spørsmålet om brudd på diskrimineringsvernet i art. 14. Domstolen uttalte (premiss 38):

“Like the Government and the Commission, the Court considers that such preferential treatment is based on an objective and reasonable justification, given that the member States of the European Union form a special legal order, which has, in addition, established its own citizenship (see the previously cited *Moustaquim* judgment, p. 20, para. 49). There has accordingly been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 (art. 14+8).”

På bakgrunn av det ovennevnte mener departementet at den foreslåtte bestemmelsen ikke er i strid med diskrimineringsforbudet i EMK art. 14.

## 7.3 Fengsling

### 7.3.1 Innledning

Fengsling er det mest inngripende virkemiddel en stat kan iverksette mot enkeltindivider. Normalt er det brudd på straffebestemmelser som gir adgang til fengsling, men som det fremgår i kapittel 4 ovenfor, åpner folkeretten for at det på nærmere vilkår kan gjennomføres fengsling i utlendingsrettslig sammenheng.

Fengsling som har et pønalt formål, må forankres i straffelovgivningen eller straffeprosesslovgivningen. Straff skal styres av lovgivning som er lik for alle som oppholder seg i Norge, uavhengig av om de er utlendinger eller norske borgere og uavhengig av oppholdsstatus. Det må her også sikres at norsk lovgivning ikke kommer i konflikt med diskrimineringsforbudet i blant annet EMK art. 14.

### 7.3.2 Gjeldende rett

De samme forhold som kan føre til pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter utlendingslovens § 105 første ledd bokstav a og b, kan gi grunnlag for pågrep og fengsling i henhold til lovens § 106 første ledd:

- ”En utlending kan pågripes og fengsles hvis
- utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet,
  - det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
  - 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.”

### 7.3.3 Fengsling ved brudd på pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted

#### 7.3.3.1 Departementets høringsbrev

Departementet foreslo i høringsbrevet en ny bestemmelse om at en utlending som er asylsøker eller har ulovlig opphold, skal kunne pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted dersom vedkommende er ilagt straff for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder. Dersom utlendingen ikke overholder en slik meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, vil det være nødvendig å kunne benytte mer inngripende tvangsmidler for å sikre kontroll med utlendingen. Departementet foreslo derfor en bestemmelse om adgang til fengsling ut fra kontrollhensyn når det ennå ikke er avklart om utlendingen har lovlig grunnlag for sitt opphold og vedkommende har brutt et pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted.

### 7.3.3.2 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen* er negativ til forslaget, og mener at det ikke vil være forholdsmessig å fengsle en utlending som bryter meldeplikt, dersom det ikke foreligger grunnlag for fengsling på grunn av unndragelsesfare eller uklar identitet. Foreningen viser til at det allerede finnes hjemmel for fengsling på grunn av unndragelsesfare, og at det utover dette ikke er behov for å fengsle en utlending, selv om han eller hun unnlater å følge opp meldeplikt eller tar opphold på annet sted enn det som er pålagt.

*Antirasistisk senter* mener at det kan være rimelig med hjemmel for fengsling dersom en person ikke overholder meldeplikt eller pålegg om fast bopel, men understreker behovet for en begrenset bruk av fengsling, både i omfang og hva gjelder varigheten av fengslingen.

*Politidirektoratet (POD)* stiller seg bak forslaget om at det må få konsekvenser dersom en utlending bryter ilagte pålegg, og er enige i at det er hensiktsmessig at utlendingen i disse tilfellene kan fengsles hvis vilkårene fortsatt er til stede. POD slutter seg til *Romerike politidistrikt*, som mener forslaget er i tråd med lovens systematikk om at et mildere inngrep forsøkes eller vurderes før et mer inngripende, og at det gir god sammenheng i regelverket.

### 7.3.3.3 Departementets vurdering

Som det fremgår i kapittel 7.2 ovenfor, foreslår departementet en ny bestemmelse om at en utlending som er asylsøker eller har ulovlig opphold, skal kunne pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted dersom vedkommende begår et straffbart forhold som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder, se lovforslagets § 105 første ledd bokstav c.

Dersom utlendingen ikke overholder en slik meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, vil det være nødvendig med adgang til å benytte mer inngripende tvangsmidler for å sikre kontroll med utlendingen. Som det fremgår i kapittel 7.1 mener departementet at det her er adgang til å legge vekt på hensynet til offentlig orden.

Det vises med bakgrunn i dette til departementets forslag til ny bestemmelse i lovens § 106 første ledd bokstav c om adgang til pågripelse og fengsling hvis:

”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 er ennå ikke inntrådt.”

Det understrekes at det her som ellers vil være et vilkår for (fortsatt) fengsling at det er en aktiv saksprosess, og at fengsling ikke fremstår som uforholdsmessig.

Det følger av bestemmelsen at fengslingsgrunnlaget bare gjelder så lenge utlendingen ”har en sak til behandling”. I høringsforslaget ble formuleringen ”søknad til behandling” benyttet, men dette dekket ikke utvisningssaker (som ikke beror på en søknad).

Spørsmålet om fortsatt fengsling *etter* at det foreligger et endelig avslag, forutsetter enten at det foreligger unndragelsesfare, uklar identitet, eller at utlendingen faller inn under det nye fengslingsgrunnlaget som drøftes i punkt 7.3.4. nedenfor.

Når det gjelder den foreslåtte bestemmelsens forhold til diskrimineringsforbudet i EMK art. 14, vises det til vurderingen i punkt 7.2.4.4 over.

## 7.3.4 Fengsling av utlendinger som er utvist på grunn av straffbare forhold og som er i en utsendelsesprosess

### 7.3.4.1 Departementets høringsbrev

I høringsbrevet foreslo departementet en hjemmel for fengsling uten at man alltid først må forsøke å anvende meldeplikt eller bestemt oppholdssted, dersom utlendingen er utvist for et straffbart forhold av en viss alvorlighet og det pågår en prosess med å få til retur. Det ble vist til at det i praksis ikke alltid er mulig å få til uttransportering samtidig med løslatelse.

Departementet mente at straffbare forhold som har en øvre strafferamme på fengsel i seks år eller mer, åpenbart måtte omfattes. Departementet ba for øvrig om innspill fra høringsinstansene om hvordan man eventuelt kan fange opp forhold med lavere strafferamme, og om det er ønskelig å presisere typer av straffebed eller om loven bør opererer med en generell strafferamme som er lavere enn seks år.

### 7.3.4.2 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen*, *Antirasistisk senter*, *Juss-Buss*, *Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)* og *Rødt* er negative til forslaget. Flere av høringsinstansene reiser spørsmålet om forslaget forhold til forbudet mot dobbeltstraff.

*Advokatforeningen* uttaler:

“(..). Selv om utvisningsvedtak i seg selv ikke er å anse som dobbeltstraff, så vil fengsling 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 fengsling, uten annen begrunnelse enn straffedommen og at utvisning ikke er et uforholdsmessig tiltak.”

*NOAS* skriver om dette:

“NOAS vil påpeke at det finnes hjemler for fengsling der det foreligger fare for unndragelse eller der fengsling er nødvendig for å sørge for uttransportering, inkludert å fremstille vedkommende for sitt hjemlands utenriksstasjon for utstedelse av reisedokument. (...) I de tilfellene hvor disse behovene ikke finnes, og hvor grunnlaget for fengslingen hviler på det tidligere straffbare forholdet, beveger en seg etter NOAS sin oppfatning farlig nære grensen mot dobbeltstraff. At departementet ønsker en større adgang til fengsling jo alvorligere det kriminelle forholdet har vært understreker at det er det straffbare i seg selv som er grunnlaget for fengsling, noe som ytterligere øker vår bekymring for at en her kan komme i konflikt med forbudet mot dobbeltforfølgelse.”

*Juss-Buss* mener hensikten bak økt bruk av fengsling er knyttet til et ønske om å avskrekke utlendinger fra å komme til Norge, og at fengsling da har store likhetstrekk med en straffereaksjon.

*Antirasistisk senter* støtter en hjemmel for kortvarig fengsling av personer som er dømt etter straffeloven, men er avvisende til lengre tids fengsling i slike situasjoner.

*Senter for menneskerettigheter* etterlyser en nærmere vurdering av problematikken knyttet til dobbeltstraff, og viser til at et sentralt moment i beslutningen om fengsling etter den foreslåtte bestemmelsen vil være at utlendingen er ilagt straff.

*NOAS* mener det er uklart hvor lenge departementet ser for seg at en fengsling skal kunne vare. *NOAS* peker på at de praktiske returhindringene departementet viser til for å forklare behovet for fengsling (hjemlandet aksepterer kun frivillig retur eller nekter å ta imot enkelte personer), kan

pågå over svært lang tid og ikke forventes løst i overskuelig fremtid.

Videre stiller *NOAS* spørsmål ved om den foreslåtte bestemmelsen kan være i strid med det kravet som EMD oppstiller om at fengsling etter artikkel 5 nr. 1 bokstav f må skje ”in good faith”:

“Slik vi leser høringsbrevet virker det som formålet med denne bestemmelsen står i fare for å gå ut over hva som kan hjemles i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f. Når departementet uttrykkelig uttaler at det bør finnes en fengslingshjemmel for tidligere straffede ”Selv om det ikke kan konstateres noen unndragelsesfare” er det grunn til å spørre om andre motiver enn behovet for å kunne bruke fengsling i forbindelse med uttransportering ligger bak. Om disse motivene er befestet i allmennpreventive hensyn, hensynet til folks rettsfølelse eller andre grunner finner vi ikke grunnlag for å gå nærmere inn på. Vi vil imidlertid bemerke at en fengsling som er motivert av andre hensyn enn det som er det direkte formålet med bestemmelsen i henhold til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f; å hindre innreise til riket uten tillatelse eller å iverksette tiltak i forbindelse med utsendelse eller utlevering, relativt raskt vil komme i konflikt med prinsippet om ”good faith”.

*Riksadvokaten* etterlyser en klarere begrunnelse for forslaget og foreslår at det ikke oppstilles et kriminalitetskrav ut over det som følger av at den aktuelle straffbare handlingen har gitt grunnlag for et utvisningsvedtak:

”De straffebud departementet på side 27-28 har vist til at bør gi grunnlag for pålegg etter § 105, kan forstås i retning av at hensynet til allmennhetens rettsbevissthet er avgjørende, i samme retning som begrunnelsen for såkalt rettshåndhevelsesarrest etter straffeprosessloven § 172. En slik tilnærming vil stå i et problematisk forhold til utgangspunktet om at pønale tiltak bør ilegges etter regler som er like for alle som oppholder seg i Norge. Dersom endringene i § 105 begrunnes slik det er tatt til orde for ovenfor, er det etter riksadvokatens syn ikke uten videre gitt at man bør oppstille noe særskilt kriminalitetskrav utover det som følger av at det er fattet vedtak om utvisning som følge av straffbare handlinger. Allerede dette vilkåret innebærer at det må være begått lovbrudd av nærmere angitt karakter avhengig av utlendingens status, jf. utlendingsloven §§ 66 til 68. Som kjent har dessuten utlendingsloven en for-

holdsmessighetsbegrensning i § 70. Generelt vil det formentlig være en risiko for at en utlending som utvises som følge av kriminalitet, vil forsøke å unndra seg iverksettingen av utvisningsvedtaket. Det straffbare forholdets alvorlighetsgrad spiller i denne sammenheng formentlig en underordnet rolle.”

*Politidirektoratet (POD), Politiets utlendingsenhet (PU) og Utlendingsdirektoratet (UDI)* støtter den foreslåtte bestemmelsen. *POD* støtter *Oslo politidistrikts* begrunnelse og henvisning til praktiske tilfeller som vil kunne omfattes av den foreslåtte bestemmelsen:

”Forslaget i § 106 første ledd bokstav d vil også til en viss grad overlappe med eksisterende tvangshjemler i utlendingsloven. Forslaget til § 106 første ledd bokstav d får imidlertid en selvstendig betydning ettersom det ikke stilles krav om unndragelsesfare. Dette vil særlig være praktisk overfor utlendinger som, til tross for å ha blitt besluttet utvist, vil påberope seg en tilknytning til riket – f.eks. form av bopel og familie. I slike tilfeller kan det være vanskeligere å få medhold i retten om at det foreligger unndragelsesfare selv om utlendingen ikke har forlatt riket slik han eller hun er blitt pålagt. En annen situasjon, er slik departementet nevner på side 27, hvor det foreligger praktiske returhindringer. Slik *Oslo politidistrikt* forstår bakgrunnen for forslaget, bør samfunnet kunne beskyttes mot utviste utlendinger som har begått alvorlig kriminalitet og hvor man har igangsatt arbeidet med å få vedtaket iverksatt. I de tilfeller hvor det foreligger praktiske utfordringer for å få gjennomført utvisningsvedtaket, bør ikke den utviste kunne bevege seg fritt i samfunnet.”

*Politiets utlendingsenhet (PU)* viser til at det i de aktuelle sakene der utlendingen er utvist, ikke alltid er klart for effektivering av utvisningsvedtaket når utlendingen prøveløslates fra soning. Grunnen til dette kan ifølge *PU* være at utlendingens identitet ikke er kjent eller at utlendingens hjemland ennå ikke har akseptert tilbaketakelse av vedkommende.

*PU* er enige i at den aktuelle fengslingsbestemmelsen kun bør gjelde i tilfeller hvor utlendingen har et utvisningsvedtak mot seg, men mener at det ikke bør stilles krav til at vedtaket er endelig, men effektuert, jf. lovens § 90 første og tredje ledd.

*PU* mener videre at vilkåret om at det må pågå en aktiv prosess ved at “det treffes tiltak mot vedkommende med sikte på utsendelse”, synes å være overflødig da dette allerede følger av kravet til forholdsmessighet i utlendingsloven § 99. *PU* bemerker at det ikke vil være forholdsmessig å fremstille en person for fengsling hvis det ikke foreligger utsikter til en uttransport.

*UDI* støtter forslaget, og mener at der det foreligger praktiske hindringer for å effektivere utvisningsvedtaket, så bør det være adgang til fengsling for å beskytte samfunnet. *UDI* mener imidlertid at man lett vil kunne konstatere unndragelsesfare for den aktuelle gruppen utlendinger, særlig med tanke på at man samtidig foreslår å senke bevisterskelen for når det skal antas å foreligge unndragelsesfare. *UDI* ser også at kravet til tilstrekkelig grunn og forholdsmessighet i utlendingsloven § 99 kan tenkes å være til hinder for fengsling dersom det ikke foreligger unndragelsesfare, og at mindre inngripende tvangsmidler som regel vil være tilstrekkelig for å oppnå formålet i slike tilfeller.

Departementet ba i høringsbrevet om innspill fra høringsinstansene på hvordan man skal fange opp forhold med lavere strafferamme enn seks år, og om det er ønskelig å presisere typer av straffebud eller en generell strafferamme som er lavere enn seks år. De fleste høringsinstanser som har uttalt seg om dette er enig i at forhold med strafferamme på seks år eller mer skal omfattes av bestemmelsen.

*NOAS* mener at om den foreslåtte hjemmelen innføres, må den være forbeholdt de aller groveste kriminelle forhold, og at det er naturlig at det må foreligge en reell risiko for gjentakelse, samt reelle utsikter for en uttransport i nokså nær fremtid.

*POD* mener at man ved å foreta en uttømmende oppregning av hvilke straffebud som skal omfattes, står i fare for å utelate straffebud som senere kan vise seg å være aktuelle. *POD* mener det er tilstrekkelig å gi noen generelle føringer i loven og forarbeidene, og at praksis kan utforme bestemmelsens nærmere innhold. *POD* støtter *Oslo politidistrikt*, som har en tilsvarende holdning:

”Vi vil advare mot en oppregning av hvilke slags forhold som skal kunne omfattes. Vi ber om at man i stedet har et generelt vurderingskriterium. Det kan f.eks. være tilfeller hvor sakene i seg selv ikke er så alvorlige, men omfanget er så stort at det oppfattes som meget alvorlig, men hvor krav til strafferamme ikke er

oppfylt. Det er etter vår vurdering bedre å overlate til praksis å danne konkrete rammer for hvilke enkeltsaker som representerer grensetilfellene. Det bør derfor være tilstrekkelig at det i forarbeidene gis føringer for hva man anser som alvorlig nok. Formuleringen som er valgt er god. Den innebærer at det må foreligge et utvisningsvedtak før fengsling etter dette alternativet kan være aktuelt.”

PU mener at utlendinger som dømmes flere ganger etter mildere straffebrudd, som straffes for grovere forbrytelser mot legeme, eller som gjentatte ganger er bøtelagt/straffet for overtredelser av straffeloven § 162 må omfattes. PU foreslår en utforming av bestemmelsen etter samme lest som vurderingen av om et utvisningsvedtak skal følges med et varig innreiseforbud.

#### 7.3.4.3 Departementets vurdering

Når en utlending er ilagt fengselsstraff og det er grunnlag for utvisning, er målsettingen at vedtak om utvisning skal treffes på et så tidlig tidspunkt at uttransportering kan skje samtidig med løslatelse, jf. utlendingsforskriften § 14-3 første ledd:

“Et eventuelt vedtak om utvisning bør treffes snarest mulig etter at rettskraftig straffedom foreligger eller fullbyrding av en dom er påbegynt, jf. straffeprosessloven § 453, og fortrinnsvis ikke senere enn at vedtaket kan iverksettes samtidig med løslatelse eller overføring til strafffullbyrdelse i annet land.”

Departementet understreker i denne sammenheng at det også har vært gjennomført en prosess med å få til bedre koordinering og mer effektive rutiner mellom kriminalomsorgen, politiet og Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda, slik at fengsling etter soning så langt som mulig skal søkes unngått.

I praksis viser det seg imidlertid at det ikke alltid er mulig å få til uttransportering samtidig med løslatelse fordi det er praktiske returhindringer. Dersom returhindringene skyldes uklar identitet eller dersom det foreligger unndragelsesfare, vil det foreligge grunnlag for frihetsberøvelse etter egne hjemler. I en del tilfeller er det imidlertid forhold knyttet til for eksempel myndighetene i utlendingens hjemland som forsinker utsendelsen. Det kan for eksempel være at man venter på svar fra hjemlandets myndigheter om et verifiseringsspørsmål. Det er også situasjoner hvor det tar tid før utlendingens reisedokument blir gjort

tilgjengelig, og det kan gjelde uttransportering av utlendinger fra

- land som mangler sentralstyring/myndighet,
- land som samarbeider dårlig om identifisering av personer, eller om å akseptere personer i retur og å utstede reisedokumenter, eller
- land hvor det er utilfredsstillende registre eller andre byråkratiske hindringer.

Som det fremgår av fremstillingen i punkt 4.2 foran, åpner EMK art. 5 nr. 1 bokstav f for at statene kan ha regler om fengsling når det pågår en prosess mot en utlending med sikte på utsendelse. Departementet anser at denne adgangen til å fengsle i forbindelse med gjennomføringen av en utsendelse, bør benyttes overfor utlendinger som utgjør en trussel mot offentlig orden. Når det gjelder kravet om at fengsling etter art. 5 nr. 1 bokstav f må skje “in good faith”, viser departementet til fremstillingen i punkt 7.1, hvor det er redegjort for at hensynet til offentlig orden er et legitimt hensyn når man skal vurdere fengsling i forbindelse med en utsendelsesprosess.

Departementet mener det ikke skal stilles særskilte krav til alvor av det straffbare forhold eller til strafferammen, for å kunne fengsle etter den foreslåtte bestemmelsen. Dersom utlendingen er ilagt straff og utvist, og det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at vedkommende vil begå nye kriminelle handlinger, er det grunn til å åpne for fengsling. Hensikten er særlig å fange opp utlendinger som er kommet til Norge med det formål å begå kriminalitet i profittøyemed. Disse skal kunne holdes fengslet mens man gjennomfører utvisningen. Dersom utlendingen allerede er straffet for flere forhold, vil dette være særlig relevant ved vurderingen av om det foreligger personlige forhold som tilsier fare for nye kriminelle handlinger. Det stilles ikke krav til sannsynlighetsovervekt for nye kriminelle handlinger. Det vises i denne sammenheng til reglene om utvisning av utlendinger som er omfattet av EØS-rettens regler om fri bevegelighet; i slike saker er faren for gjentakelse et sentralt kriterium for utvisningsvurderingen, jf. utlendingsforskriften § 19-29.

Det understrekes at retten alltid må vurdere om det er forholdsmessig med fengsling, og i denne sammenheng vil det blant annet være relevant å se hen til både hvor langvarig fengsling det er sannsynlig at det kan bli tale om, samt hvor tungt hensynet til offentlig orden gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.

Når det gjelder den foreslåtte bestemmelsens forhold til diskrimineringsforbudet i EMK art. 14, vises det til vurderingen i punkt 7.2.4.4 ovenfor.

Det bemerkes for øvrig at den foreslåtte bestemmelsen ikke vil være relevant for utlendinger som er omfattet av retten til fri bevegelighet etter EØS-retten. Overfor slike utlendinger må EØS-retten anses å være til hinder for at det benyttes regler om fengsling mv. ut over de hjemlene som allerede finnes og som er knyttet til identitetstil og unndragelsesfare. Det vises for øvrig til at den nye fengslingshjemmelen heller ikke vil ha noen praktisk betydning overfor utlendinger som skal uttransporteres til et annet EU-/EØS-land, fordi det ikke er praktiske returhindringer til disse landene.

#### 7.3.4.4 Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning

Det har vært reist spørsmål om en slik bestemmelse som i forslaget § 106 første ledd bokstav d støter an mot forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4 (P7 4), som lyder som følger i norsk versjon:

*“Rett til ikke å bli stilt for retten eller straffet to ganger*

1. Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.
2. Bestemmelsene i forrige avsnitt skal ikke være til hinder for å gjenoppta en sak i samsvar med vedkommende stats lov og rettergangsordning i straffesaker, hvis det foreligger bevis for nye eller nyoppdagede omstendigheter eller hvis det i den tidligere rettergangen har vært en grunnleggende feil, som kunne påvirke utfallet av saken.
3. Denne artikkel kan ikke bli fraveket etter artikkel 15 i Konvensjonen.”

Innholdet i forbudet mot gjentatt straffeforfølgning har vært gjenstand for utvikling i praksis fra så vel EMD som Høyesterett. Flere vilkår må være oppfylt for at avgjørelse i en sak skal sperre for en ny prosess, herunder:

- begge saker må innebære straffeforfølgning etter P7-4,
- begge saker må gjelde samme straffbare forhold,
- den første avgjørelsen må være endelig, og

- behandlingen i den andre saken må innebære en gjentatt forfølgning.

I relasjon til den foreslåtte bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav d, er det tolkningsmessige spørsmål i første rekke om fengsling i forbindelse med gjennomføringen av et utvisningsvedtak er å anse som ”straffesak” etter det autonome begrepet i P7-4 og, hvis så er tilfelle, om reaksjonen gjelder det samme straffbare forhold som vedkommende ble domfelt for og som danner grunnlag for utvisning.

Grensene for det autonome straffebegrepet i EMK må trekkes på grunnlag av en sammensatt vurdering (ofte omtalt som Engel-kriteriene), hvor overtredelsens og reaksjonenes karakter og alvor skal vektlegges mer enn de formelle karakteristikene av reaksjonen i nasjonal rett. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt fengsling i forbindelse med gjennomføringen av et utvisningsvedtak er å anse som straff, viser departementet først til at det gjennom praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) er fastslått at *utvisning* ikke er å anse som straff. Den sentrale avgjørelsen i denne sammenheng er storkammerdommen Maaouia mot Frankrike fra 2000. Saken gjaldt en tunisisk borger som i 1980 ankom Frankrike som 22-åring. I 1988 ble han dømt til fengsel i seks år for grovt ran. I 1991 ble det truffet vedtak om tvungen utreise, og i 1992 ble klager dømt til fengsel i ett år for ikke å ha etterkommet utreiseplikten. Han ble samtidig utvist fra Frankrike for ti år. Dommen ble opprettholdt av overordnede domstoler. Klager søkte i 1994 om å få omgjort utvisningen. Begjæringen ble først sluttbehandlet i 1998. Maaouia klaget til EMD over brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 om rettfærdig rettergang, fordi han mente det hadde gått urimelig lang tid fra omgjøringsbegjæringen i 1994 til utvisningsvedtaket ble annullert i 1998. EMD fant med 15 mot 2 stemmer at utvisningen ikke gjaldt en ”civil right” i EMK artikkel 6’s forstand. Samtlige dommere la til grunn at utvisningsbeslutninger heller ikke kunne anses som ”criminal charge”.

Maaouia-dommen gir et sikkert grunnlag for å konstatere at utvisning ikke er å anse som straff etter EMK artikkel 6. I EMDs storkammerdom i *Zolotukhin mot Russland* 10. februar 2009 (nr. 14939/03) er det lagt til grunn at straffebegrepet i P7-4 må tolkes i lys av straffebegrepet slik det for øvrig forstås i konvensjonen (premiss 52).

Departementet mener at fengsling etter den foreslåtte bestemmelsen må anses som en integrert del av utvisningsvedtaket og bedømmes som en del av dette. Adgangen til fengsling som



ledd i effektueringen av utvisningsvedtaket blir utvidet ved den foreslåtte bestemmelsen, men det endrer etter departementets syn ikke bedømmelsen under Engel-kriteriene av at fengsling i påvente av utvisning ikke kan regnes som en straffeforfølgning i EMK-rettslig forstand.

Selv om man skulle mene at fengsling i forbindelse med gjennomføring av et utvisningsvedtak må bedømmes isolert fra selve utvisningsvedtaket, mener departementet at fengslingen ikke kan regnes som straff, dersom statene innenfor rammene av EMK artikkel 5 nr. 1 anvender fengsling som virkemiddel i forbindelse med selve gjennomføringen av et utvisningsvedtak. Fengslingen har i disse tilfellene ikke en pønalt karakter, men er et tiltak for gjennomføring av utlendingskontrollen, jf. EMDs merknad i for eksempel storkammersaken *Saadi mot Storbritannia*, 29. januar 2008 (nr. 13229/03) premiss 64:

”Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens” entry into and residence in their territory” (...).”

Det forhold at den foreslåtte bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav d ikke stiller vilkår om uavklart identitet eller unndragelsesfare mv., endrer ikke dette faktum. Det vises i denne forbindelse til den formuleringen som EMD benyttet i storkammerdommen *Chahal mot Storbritannia*, dom 15. november 1996 (nr. 22414/93), og som er gjentatt i senere dommer:

“(Article 5(1)f) does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing”.

Selv om man skulle mene at fengsling i forbindelse med gjennomføring av et utvisningsvedtak innebærer straff i EMKs forstand, vil det uansett ikke være tilstrekkelig til å legge til grunn at det foreligger dobbelt straffeforfølgning i strid med P 7-4, fordi reaksjonen uansett ikke gjelder “samme forhold” som straffedommen i den underliggende straffesaken, jf. EMDs avgjørelse *Zolo-*

*tukhin mot Russland* og Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 1121.

Det avgjørende blir om fengsling etter den foreslåtte bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav d – dersom det skulle regnes som straff – baserer seg på et faktum som fullt ut eller i det vesentlige er det samme som det utlendingen allerede er straffet for i den underliggende straffesaken.

Etter departementets vurdering vil det ut fra innholdet i lovforslaget være en klar forskjell mellom de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for fengsling etter den foreslåtte bestemmelsen, og de faktiske omstendigheter som har begrunnet straff i den underliggende straffesaken:

- Det sentrale rettslige og faktiske grunnlaget for fengsling etter forslaget § 106 første ledd bokstav d, er at
  - utlendingen er utvist og at vedkommende som en konsekvens av dette må forlate riket, jf. at dette er et tilstrekkelig grunnlag for fengsling etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f dersom det pågår en aktiv utsendelsesprosess,
  - utlendingen ikke allerede er sendt ut av landet ved endt soning,
  - det foreligger gjentakelsesfare, og
  - det kan sannsynliggjøres at det pågår en aktiv utsendelsesprosess, hvilket også må revurderes regelmessig under hele fengslingsperioden.
- De fleste av de sentrale forutsetningene for fengsling, jf. punktene over, relaterer seg til faktiske omstendigheter i perioden etter at det foreligger endelig avgjørelse i den underliggende straffesaken. Dersom utlendingen for eksempel skal sone en fengselsdom på fem år, vil ikke domstolen på domstidspunktet kunne ta stilling til om det etter endt soning vil være behov for videre fengsling på utlendingsrettslig grunnlag.

Departementet finner etter dette at den foreslåtte bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav d, ikke kommer i konflikt med forbudet mot dobbelt straffeforfølgning i EMK P 7-4 art. 4.

#### 7.3.4.5 På hvilket tidspunkt inntreffer fengslingsadgangen?

Et ytterligere spørsmål er om den aktuelle fengslingsbestemmelsen bør gjelde mens utlendingen har en sak til behandling, eller om den først bør

komme til anvendelse etter at det foreligger et utvisningsvedtak.

Departementet har kommet til at den bestemmelsen som allerede er foreslått om adgang til å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted (jf. kapittel 7.2), bør være tilstrekkelig under saksbehandling. I slike situasjoner foreligger det ikke noe utvisningsvedtak, og med mindre det ellers er grunnlag for fengsling på grunn av identitetstvil eller unndragelsesfare, bør det ikke etableres noe utlendingsrettslig grunnlag for fengsling. Det må her legges avgjørende vekt på at vi er utenfor de tilfeller hvor det er funnet grunnlag for fengsling etter straffeprosessloven og at det foreløpig ikke foreligger noe utvisningsvedtak.

Et annet spørsmål er om det skal stilles krav til at det også må foreligge et *endelig* utvisningsved-

tak. Departementet mener at det ikke bør stilles krav til at utvisningsvedtaket er endelig, dersom det faktisk er effektuerbart. Det vises til at utlendingsloven § 90 åpner for at vedtak om utvisning ofte kan iverksettes før de er endelige. Den foreslåtte bestemmelsen bør åpne for fengsling også i disse tilfellene. Det vises til at det for denne gruppen også kan foreligge praktiske returhindringer som gjør at det er vanskelig å få til uttransportering samtidig med løslatelse fra soning av straff. For øvrig mener departementet at det må foreligge et endelig vedtak om utvisning, før det kan bli aktuelt å benytte den foreslåtte fengslingshjemmelen. Departementet mener disse avgrensingene må fremgå av lovbestemmelsen.

Det vises til forslag til ny § 106 første ledd bokstav d.

## 8 Fengsling av utlending i transitt

### 8.1 Departementets høringsbrev

---

Departementet foreslo at adgangen til fengsling av utlending i transitt bør tydeliggjøres i den norske loven gjennom en egen bestemmelse.

### 8.2 Høringsinstansenes syn

---

I høringsrunden har *Rødt* uttalt seg imot forslaget og mener Norge prinsipielt skal motsette seg å gi tillatelser til at fly med fangetransport lander på norsk jord. *Advokatforeningen*, *Politidirektoratet* og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

### 8.3 Departementets vurdering

---

EUs transittdirektiv (2003/110/EC, 25. november 2003) gir mulighet for en stat til å anmode et Schengen-land om gjennomreise med fly. I slike situasjoner, hvor utlendingen følges av utenlandske

polititjenestemenn i transitt gjennom Norge, er det i dag ikke noe annet praktisk hjemmelsgrunnlag for pågrepelse og fengsling enn bestemmelsene i utlendingsloven om fengsling på grunn av unndragelsesfare. Politidirektoratet har tidligere påpekt overfor departementet at en slik gjennomreise vil kunne medføre bruk av pågrepelse og fengsling for et tidsrom av inntil 24 timer. Det vises også til at norske myndigheter deltar på felles uttransporter sammen med andre land, både på eget initiativ og på felles flyvninger gjennom FRONTEX.

Den danske utlendingsloven § 36 stk. 8 har en egen bestemmelse om fengsling av utlending som er i transitt i Danmark med sikte på utsendelse. Dersom andre lempeligere tiltak ikke er tilstrekkelig for å sikre utlendingens tilstedeværelse, kan vedkommende fengsles.

Departementet opprettholder forslaget om en ny bestemmelse om fengsling av utlendinger i transitt, jf. forslaget til ny § 106 første ledd bokstav f.

## 9 Varigheten av fengsling

### 9.1 Departementets høringsbrev

Departementet foreslo inntatt i utlendingsloven § 106 tredje ledd at dersom utlendingen selv kan klandres for vanskelighetene med å få gjennomført retur, skal dette være å anse som en "særlig grunn" for fengsling ut over tolv uker. Det ble også foreslått å presisere i lovteksten at det vil foreligge en særlig grunn til fengsling i mer enn 12 uker dersom utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og det fortsatt treffes tiltak med sikte på retur. Videre ble det foreslått en endring i § 106 annet ledd, ved at den maksimale fengslingstiden på 18 måneder ikke skal gjelde for fengsling i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser (jf. høringsforslagets § 106 første ledd bokstav h).

### 9.2 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen* har ingen innvendinger mot at manglende medvirkning fra utlendingen selv inntas som særlig grunn for lenger fengsling, men minner om at forholdsmessighetsvurderingen etter lovens § 99 vil komme inn også her. Advokatforeningen viser til at mange utlendinger med avslag på søknad om beskyttelse fortsatt har en sterk subjektiv frykt for retur til hjemlandet selv om denne ikke anses å være tilstrekkelig begrunnet. Det anføres at det vanskelig kan fremstå som forholdsmessig å fengsle traumatiserte personer over lang tid for å fremtvinge en slik medvirkning. Når det gjelder den foreslåtte hjemmelen for fengsling ut over 12 uker i saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser, anser Advokatforeningen at det ofte vil foreligge særlige grunner for fengsling utover tolv uker. Det understrekes imidlertid at forholdsmessighetsvurderingen vil få betydning også her.

*Antirasistisk senter* stiller seg avvisende til å fastsette at det skal kunne regnes som en særlig grunn for fengsling ut over 12 uker at utlendingen

selv kan klandres for vanskelighetene med å få gjennomført returen.

*Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)* er også skeptisk til forslaget og er bekymret for at omformuleringer i forslaget favner for vidt slik at fengsling ut over 12 uker kan bli normaltstanden. NOAS etterlyser derfor mer spesifikke kriterier, som for eksempel at en utlending nekter å avgi forklaring til politiet eller utlendingens opplysninger beviselig er falske.

*Røde Kors* mener at det må innføres en maksimal grense for hvor lenge personer kan holdes internert etter lovens § 106, og at denne grensen bør settes kortere enn 18 måneder. Røde Kors mener videre at det ikke bør åpnes for unntak fra denne maksgrensen, selv om det er snakk om utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff.

*Politidirektoratet* slutter seg til *Oslo politidistrikts* merknad:

"Lovteknisk er vi kritisk til et slikt forslag av flere grunner. Det blir for det første en tung lovtekst som fremstår som lite tilgjengelig. Den kan lettere bli feiltolket som uttømmende for hva som ligger i "særlige grunner". Videre ser vi ikke nødvendigheten i en slik detaljregulering av en rettslig standard. Man kan heller komme med føringer i forarbeidene samt la innholdet i standarden utvikle seg gjennom praksis."

*Politiets utlendingsenhet (PU)* setter spørsmålstegn ved om det er nødvendig å presisere hva som er å regne som "særlige grunner" i lovteksten, og mener det i gjeldende forarbeider fremstår som klart og tydelig hva som menes med særlige grunner. PU mener videre at det er vanskelig å se forskjellen mellom "at utlendingen selv kan klandres for vanskelighetene ved å få gjennomført retur" og at "utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelse", og etterlyser presiseringer i lovteksten.

## 9.3 Departementets vurdering

### 9.3.1 Om 12-ukersfristen

Fengsling etter utlendingsloven § 106 skal i henhold til tredje ledd første punktum ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. I forbindelse med gjennomføring av returdirektivet i norsk rett, ble det gjort en endring i bestemmelsen. Bakgrunnen var at returdirektivet fastsetter at forlenget fengsling i effektueringsøyemed bare kan skje dersom det er manglende samarbeid fra utlendingens side eller forsinkelser i fremskaffelsen av nødvendige dokumenter fra et tredjeland. Det er derfor presisert i nytt annet punktum i lovens § 106 tredje ledd at fengsling *”for å forberede eller gjennomføre en utsendelse”* bare kan overstige tolv uker *”dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelse eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter”*.

I høringsbrevet foreslo departementet å understreke i selve lovbestemmelsen at en særlig grunn for å forlenge fengslingstiden ut over 12 uker blant annet kunne være at utlendingen selv kunne klandres for vanskelighetene med å få gjennomført retur. Departementet mener denne presiseringen er overflødig, hensett til den lovendringen som allerede ble vedtatt ved gjennomføring av returdirektivet i norsk lov.

I saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser, må allerede sakens karakter anses å utgjøre en særlig grunn til at fengsling bør kunne skje ut over 12 uker. Departementet har derfor foreslått at tidsgrensene på 12 uker ikke gjelder ved fengsling etter lovforslagets § 106 første ledd bokstav g (grunnleggende nasjonale interesser), jf. lovforslagets § 106 fjerde ledd.

### 9.3.2 Aktiv prosess og utsikter til retur

Departementet vil understreke at det ved forlenget fengsling, alltid vil måtte vurderes av domstolen om det pågår en aktiv prosess med å få til utsendelse av utlendingen og om forlenget fengsling fremstår som et forholdsmessig tiltak, jf. lovens § 99.

Departementet understreker at det vil gå en grense for hvor lenge fengslingen kan forlenges, når det viser seg at det ikke er mulig med retur uten at utlendingen samarbeider.

I det følgende gjengis hovedpunktene i en del avgjørelser fra EMD som er relevante for å vurdere hvor lenge fengsling kan opprettholdes innenfor lovens tidsgrenser.

I *Mikolenko mot Estland*, 8. oktober 2009 (nr. 10664/05) gjaldt saken en russisk offiser (Mikolenko) som var utvist fra Estland på grunn av ulovlig opphold. Mikolenko hadde ikke forlatt Estland etter å ha tjenestegjort der. Mikolenko var uvillig til å skaffe seg nytt russisk reisedokument som var nødvendig for å gjennomføre uttransportering til Russland. Han satt fengslet i nesten fire år. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) kom til at fengslingen utgjorde en krenkelse av EMK art. 5 nr. 1 bokstav f. Domstolen viste til at det var deler av fengslingsperioden hvor estiske myndigheter ikke hadde utvist tilstrekkelig aktivitet for å få gjennomført en uttransportering, og at uttransportering ikke var realistisk fordi Mikolenko ikke var villig til å samarbeide om å skaffe russisk reisedokument. Russiske myndigheter hadde gjort det klart at de ikke ville utstede reisedokumenter uten at Mikolenko selv ønsket det. På denne bakgrunn sluttet domstolen at fengslingen ikke kunne opprettholdes med henvisning til at det pågikk en utsendelsesprosess:

”The Court observes that the applicant’s detention with a view to expulsion was extraordinarily long. He was detained for more than three years and eleven months. While in the beginning of his detention the domestic authorities took steps to have documents issued to him, it must have become clear quite soon that these attempts were bound to fail as the applicant refused to co-operate and the Russian authorities were not prepared to issue him documents in the absence of his signed application, or to accept a temporary travel document the Estonian authorities were ready to issue. Indeed, the Russian authorities had made their position clear in both respects by as early as June 2004. Thereafter, although the Estonian authorities took repeated steps to solve the situation, there were also considerable periods of inactivity. In particular, the Court has been provided with no information on whether any steps with a view to the applicant’s deportation were taken from August 2004 to March 2006 (...).

What is more, the applicant’s expulsion had become virtually impossible as for all practical purposes it required his co-operation, which he was not willing to give. While it is true that States enjoy an undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory (...), the aliens’ detention in this context is nevertheless only permissible under Article 5 § 1 (f) if action is being taken with a view to their deportation. The Court considers that in

the present case the applicant's further detention cannot be said to have been effected with a view to his deportation as this was no longer feasible. (...)

The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the grounds for the applicant's detention - action taken with a view to his deportation - did not remain valid for the whole period of his detention due to the lack of a realistic prospect of his expulsion and the domestic authorities failure to conduct the proceedings with due diligence."

I saken *Chahal mot Storbritannia*, 25. oktober 1996 (nr. 22414/93) gjaldt saken blant annet adgangen til fengsling av en indisk borger (Chahal) bosatt i Storbritannia. Chahal ble utvist fordi han hadde en terrortilknytning som gjorde at hans nærvær i Storbritannia ble ansett som en trussel mot landets sikkerhet. EMD fant at det ikke var en krenkelse av art. 5 nr. 1 bokstav f at han hadde sittet fengslet i til sammen fem og et halvt år. Domstolen la i denne sammenheng vekt på at saken gjaldt meget alvorlige forhold.

*Kolompar mot Belgia*, 24. september 1992 (nr. 11613/85) gjaldt fengsling av en jugoslavisk borger bosatt i Belgia, som var dømt til 18 års fengsel in absentia i Italia for forsøk på voldtekt og drap. Belgiske myndigheter ønsket å utlevere Kolompar til Italia, og han ble sittende to år og åtte måneder i fengsel under utleveringsprosessen. Kolompar viste i sine anførsler blant annet til at staten i første instans og i ankeinstansen hadde ventet i henholdsvis tre og fem måneder med å avgi tilsvaret i saken om midlertidig utleveringsforbud. EMD fastslo at klageren satt uvanlig lenge i fengsel med sikte på utlevering. Fengslingen hadde imidlertid blitt forlenget på grunn av klagerens stadige begjæringer om utsettelse av utlevering og krav om å bli satt fri. Også de øvrige forsinkelsene måtte tilskrives klageren. Han hadde herunder selv begjært utsettelse av rettsmøter, samt ventet i tre måneder med å svare på statens innlegg i første instans. Fordi klageren selv kunne lastes for forsinkelsene, ble det ikke konstatert krenkelse av art. 5 nr. 1 bokstav f.

EMD har uttalt at de ikke ser på den totale fengslingstiden isolert, men foretar en konkret vurdering av periodens enkelte stadier. Faktorer av betydning i en vurdering av fengslingens lengde, er hvorvidt saken er kompleks, om klageren har medvirket til forsinkelser, om forsinkelsene kan legges myndighetene til last m.m.

I Rt. 2009 s. 797 drøftet Høyesterett (med grunnlag i utlendingsloven 1988) hvordan domstolene skal vurdere spørsmålet om fengslingsforlengelser i saker om uklar identitet:

"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 viser til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 5. mars 1993 (HR-1993-518-S), hvor det ved en betydelig kortere fengslingsperiode enn i foreliggende sak ble fremhevet som en forutsetning «at myndighetene setter sterke krefter inn for å få klarlagt Fs identitet, slik at vedtaket om bortvisning kan effektueres innen rimelig tid». Det understrekes videre i samme kjennelse at med «den mulighet for øye at vedtaket om bortvisning ikke kan effektueres innen utløpet av den fastsatte fengslingsfrist, forutsettes politiet å overveie om andre tiltak enn fengsling kan bringes til anvendelse, med bortvisning for øye». Utvalget viser videre til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelser 22. april 1993 (HR-1993-970-S) og 8. juni 1993 (HR-1993-1255-S) - som også gjaldt en vesentlig kortere fengslingsperiode enn i foreliggende sak.

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. Det er også vesentlig at domstolene bygger på realistiske prognoser om samlet varetektsfengsling, som grunnlag for forholdsmessighetsvurderingen, jf. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 10. februar 1993 (HR-1993-359-S). Det kan imidlertid ikke stilles krav om sikker angivelse av når man regner med å ha identifisert vedkommende, eller om at identifisering kan påregnes innenfor den fastsatte fengslingstidens lengde, jf. Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse i Rt-1999-1460.

Det er ingen alminnelig og fast grense for hvor lenge man vil kunne varetektsfengsle en utlending med hjemmel i utlendingsloven § 37 sjette ledd. Men rettskildene sett i sammenheng - herunder formålet med denne fengslingsregelen og den ramme som ligger i kravet om forholdsmessighet - tilsier at man på et tidspunkt likevel vil måtte beslutte løslatelse, selv om vilkårene for fortsatt fengsling for øvrig er

til stede. Det vises i denne forbindelse også til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-1996-326, hvor det fremgår at dette gjelder selv om utlendingen nekter å bistå politiet med å fastslå identiteten. Utvalget peker spesielt på at det ved slike lange fengslingsperioder derfor ikke uten videre vil være tilstrekkelig å vise til at det fremdeles er realistiske muligheter for identifisering, og at det også arbeides aktivt og planmessig med dette.”

### 9.3.3 Absolutt tidsgrense for fengsling

Når det gjelder forslaget om at det også bør kunne gjøres unntak fra 18-månedersgrensen i gjeldende lovs § 106 tredje ledd i saker hvor fengsling er

besluttet etter lovforslagets § 106 første ledd bokstav g (grunnleggende nasjonale interesser) viser departementet til drøftelsen av 12-ukersfristen i kapittel 9.3.1 ovenfor. I saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser, vil det på samme måte være god grunn til å gjøre unntak også fra 18-månedersfristen. Som bemerket er dette allerede gjort i loven for de tilfeller hvor utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Departementet mener at man heller ikke i saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser bør fastsette snevrere grenser for fengslingsadgangen enn hva det er adgang til å operere med i henhold til EMK. Kravet etter EMK er at det må pågå en aktiv prosess for gjennomføring av utsendelsen, jf. kapittel 9.3.2 ovenfor.

## 10 Fengsling av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser

### 10.1 Departementets høringsbrev

Departementet foreslo i høringsbrevet en ny fengslingshjemmel for utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Det ble foreslått som et vilkår for fengsling at det må være fastslått i et vedtak i utlendingssaken eller i en instruks fra departementet at utlendingen anses å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. I tillegg inneholdt forslaget et krav om at det treffes tiltak med sikte på utsendelse.

### 10.2 Høringsinstansenes syn

*Røde Kors* er kritiske til forslaget, og viser blant annet til FNs arbeidsgruppe om vilkårlig fengsling som har uttalt at “if detention of asylum seekers results from exercising the right to seek asylum, such detention might be considered arbitrary”.

*Røde Kors* mener at fengsling bare kan benyttes dersom utsendelsen fremstår som realistisk. At det fastslås i et vedtak fra Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda eller i en instruks fra departementet at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, er etter *Røde Kors*' vurdering ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om at saken er “in progress” i henhold til EMK art. 5 nr. 1 bokstav f.

*Politiets utlendingsenhet (PU)* etterlyser en nærmere redegjørelse for hvordan forslaget til fengslingsbestemmelse skal anvendes i praksis. *PU* mener at det er behov for en nærmere klargjøring av følgende:

- Hvilken instans skal ta initiativ til å benytte denne hjemmelen, og hvordan skal denne bestemmelsen ses i sammenheng med ny foreslått § 76 tredje ledd?
- Hvor realistisk må det være at en utsendelse vil kunne finne sted?

- Hvilke krav stilles til den pågående prosessens intensitet?
- Hvilken instans skal ha ansvar for at det pågår en aktiv prosess med å få til utsendelse?
- Hvordan skal prosessen dokumenteres for domstolen som skal avgjøre fengslingsspørsmålet, og hvilken instans skal ha ansvaret for slik dokumentasjon?
- Hvor ser man for seg at utlendinger som fengsles etter den foreslåtte § 106 første ledd bokstav h skal interneres?

*Antirasistisk senter* er negative til innføringen av en hjemmel for fengsling i saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser:

”Både norske og utenlandske borgere kan utgjøre en fare for rikets sikkerhet, og det bør eksistere et lovverk som håndterer begge situasjoner på en fyllestgjørende og likeartet måte. Hvis en slik hjemmel skal eksistere, bør den etter vår vurdering være plassert i straffeloven. Hva som bør være kriteriene for fengsling etter straffeloven eksempelvis i forbindelse med planlegging av terrorhandlinger, er ikke vårt anliggende. Hva *Antirasistisk Senter* vil hevde, er imidlertid at slike situasjoner må håndteres tilnærmet likt uansett hvorvidt saken involverer en norsk eller utenlandsk borger. Forslaget kan også fremstå som et forsøk på å omgå den alternative tilnærmingen, nemlig å regulere håndteringen av situasjoner som involverer ”grunnleggende nasjonale interesser” annerledes i straffeloven. Denne omgåelsen vil imidlertid kun fungere i de tilfeller hvor vedkommende faktisk er utenlandsk statsborger. Derfor fremstår dette som en utilfredsstillende løsning av flere grunner. Det er nærliggende å mistenke at departementet er klar over at den folkelige reaksjonen på en generell hjemmel i straffeloven for å fengsle norske borgere på et tilsvarende grunnlag, ville være svært sterk, og at det er politisk langt mer gangbart å innføre en slik hjemmel kun for utenlandske borgere.”



*Advokatforeningen* uttaler:

”Advokatforeningen er kritisk til den foreslåtte lovtekst der departementets eller forvaltningens vurdering av den trusselen utlendingen utgjør skal være tilstrekkelig vilkår for fengsling. Dette nærmer seg administrativ fengsling, 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 fengslingssaker. 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.”

*Rødt* mener det er beklagelig at fengsling kan iverksettes allerede mens saken er til behandling i Utlendingsdirektoratet (så lenge det foreligger en instruks fra departementet), selv om utlendingen på dette tidspunkt har lovlig opphold under saksbehandlingen. Rødt fremhever at mennesker på denne måten kriminaliseres og stemples på forhånd.

### 10.3 Departementets vurdering

Retten til frihet og beskyttelse mot vilkårlig fengsling er en grunnleggende menneskerett som er forankret i blant annet EMK art. 5. Som det fremgår i kapittel 4 om våre internasjonale forpliktelser, tillater samme bestemmelse at statene i sin nasjonale lovgivning har hjemler for fengsling av utlendinger som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse. Det er ut over dette ikke noe vilkår at fengslingen skal være nødvendig av hensyn til offentlig orden eller for å unngå unndragelse eller

lignende. Når det i norsk rett i dag stilles krav om at utlendingen enten vil forsøke å unndra seg utsendelse eller at vedkommende har uavklart identitet, setter dette derfor snevrere grenser for fengslingsadgangen enn hva som er nødvendig etter EMK.

I saker hvor det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse, foreslår derfor departementet å fastsette en adgang til fengsling dersom utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Både Danmark og Sverige har særskilte fengslingsregler for denne persongruppen.

Det vises for øvrig til kapittel 7.1 hvor det er redegjort for at hensynet til offentlig orden og nasjonal sikkerhet er relevante hensyn når man skal vurdere statens adgang til fengsling som ledd i utlendingskontrollen.

#### 10.3.1 Vilårene for å kunne fengsle

For at det skal være grunnlag for fengsling i henhold til den foreslåtte hjemmelen, må utlendingen utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og det må treffes tiltak mot vedkommende med sikte på utsendelse.

Begrepet “grunnleggende nasjonale interesser” ble innført med utlendingsloven 2008 (i kraft 1. januar 2010). Begrepet erstattet begrepene ”rikets sikkerhet” og ”tvingende samfunnsmessige hensyn” i tidligere lov. Ved fortolkningen av grunnleggende nasjonale interesser vil også tidligere rettskilder vedrørende de eldre begrepene være relevante.

Begrepet er dynamisk og det nærmere innholdet vil kunne endre seg i tråd med samfunnsutviklingen og bli videre utviklet gjennom forvaltningspraksis og rettspraksis, se Rt. 2007 s. 1573 hvor Høyesterett uttalte seg om begrepet “rikets sikkerhet”.

I utlendingsloven benyttes begrepet “grunnleggende nasjonale interesser” en rekke steder.<sup>4</sup> I tillegg benyttes begrepet i andre lover som straffeloven og sikkerhetsloven, jf. straffeloven (2005)

<sup>4</sup> § 7 (særregler av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn), § 10 tredje ledd (schen-genvisum), § 31 annet ledd (utelukkelse fra rett til anerkjennelse som flyktning etter utlendingsloven § 28), § 66 første og annet ledd (utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse), § 67 første ledd (utvisning av utlendinger som har midlertidig oppholdstillatelse), § 68 første ledd (utvisning av utlendinger som har permanent oppholdstillatelse), § 73 fjerde ledd (absolutt vern mot utsendelse), § 76 tredje ledd (departementets instruksjonsmyndighet), § 90 femte og sjette ledd (iverksetting av vedtak), § 92 annet ledd (rettshjelp), § 104 (beslag), § 105 (meldeplikt og bestemt oppholdssted) og § 106a (fare for unndragelse).

§§ 111-129. Interesser som vernes der er blant annet Norges selvstendighet og fred, Norges statsforfatning, de høyeste statsorganenes virksomhet, viktige samfunnsinstitusjoner og statshemmeligheter. Det rettslige innholdet i begrepet vil imidlertid kunne variere mellom de ulike lover. Begrepet har som eksempel en snevrere rekkevidde i strafferettslig sammenheng enn etter utlendingsloven. I tillegg vil også begrepet kunne variere mellom de ulike bestemmelsene i utlendingsloven. Det vises for øvrig til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 385 for en nærmere omtale av begrepet grunnleggende nasjonale interesser. For at det skal kunne være grunnlag for å benytte fengsling i uttransporteringsprosessen overfor en utlending som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, må det gjelde et tilfelle av særlig alvor. Det vises til fremstillingen nedenfor i punkt 10.3.2 om forholdet til EU-retten.

Domstolen skal ved behandlingen av fengslingssaken vurdere om utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Dette er en vurdering som domstolen også foretar i tilknytning til spørsmålet om utvisning. Det vises her til Rt. 2009 s. 1573. I tilknytning til bevisvurderingen uttalte retten her følgende:

”Jeg finner grunn til å poengtere at det ikke er noen forutsetning for utvisning etter de aktuelle bestemmelsene i utlendingsloven §§ 29 og 30 at utlendingen har begått straffbare handlinger. Bestemmelsen gir anvisning på et skjønnet for bedømmelse av en fremtidig risiko, i dette tilfellet for at straffbare handlinger – terrorhandlinger – vil kunne bli begått. Ved dette skjønnet vil beviskravet måtte stilles ut fra hvilke handlinger risikoen refererer seg til. Der det er risiko for terrorhandlinger av noe omfang, vil nok selv en begrenset, men reell risiko for slike handlinger kunne true rikets sikkerhet på en slik måte at vilkåret for utvisning kan være oppfylt.”

Det andre hovedvilkåret for å kunne fengsle etter den foreslåtte bestemmelsen er at det “treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse”. Departementet understreker at det avgjørende her må være at det foregår en aktiv prosess med realistiske utsikter til en utsendelse. Ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen er hentet direkte fra EMK art. 5 nr. 1 bokstav f, og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vil således være bestemmende også for forståelsen av den norske bestemmelsen. Det vises for øvrig til fremstillingen i punkt 9.3.2 ovenfor om EMDs

praksis knyttet til kravet om en aktiv prosess og utsikter til retur.

Som det er påpekt i kapittel 4 ovenfor, vil det normalt ikke være adgang til fengsling av en person som er vernet mot retur i henhold til EMK eller andre folkerettslige regler. Unntak kan likevel tenkes i spesielle situasjoner. Dersom returvernet for eksempel skyldes en fare for dødsstraff eller en annen straffereaksjon som vil komme i strid med vernet mot umenneskelig behandling mv. i EMK art. 3, har EMD i noen tilfeller godtatt fengsling mens staten arbeider med å innhente forpliktende garantier mot dødsstraff mv. fra hjemlandet. I prinsippet kan man også tenke seg at myndighetene kan jobbe med å få til uttransportering eller utlevering til et annet land enn det landet som utlendingen er vernet mot utsendelse til. Dersom det skal være adgang til fengsling i tilfeller hvor det for tiden foreligger et utsendelsesvern, er det grunn til å tro at EMD vil stille som vilkår at myndighetene er i stand til å vise at det er realistisk at returhinderet vil bortfalle innen et nærmere angitt tidsrom.

For å kunne konstatere at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, må det være fattet et vedtak i utlendingsssaken eller være gitt en instruks fra departementet hvor dette er fastslått. Dette innebærer at det etter § 106 første ledd bokstav g ikke kan finne sted pågripelse eller fengsling *før* det foreligger et vedtak eller en instruks.

Vedtaket eller instruksjonen vil ofte gjelde vedtak om bortvisning (§§ 17 og 121), utvisning (§§ 66, 67 og 68 og 122) eller annet vedtak om å nekte utlendingen innreise eller opphold ut fra hensynet til grunnleggende nasjonale interesser (§ 7). Politiet vil for øvrig stå fritt til å legge frem andre bevis i saken. Det understrekes at dersom det bare foreligger en instruks, og denne er gradert slik at den ikke gjøres kjent for utlendingen, kan instruksjonen heller ikke brukes som grunnlag for fengsling.

Ved forholdsmessighetsvurderingen etter lovens § 99 vil alvoret i den aktuelle saken ha betydning. Desto mer alvorlig trussel utlendingen representerer, desto sterkere grunnlag vil det være for å begjære vedkommende fengslet.

### 10.3.2 Forholdet til EU-retten og returdirektivet

Returdirektivet (2008/115/EF) ble vedtatt av Rådet og Parlamentet i EU desember 2008. Rettsakten er bindende for Norge og ble gjennomført i norsk lov i desember 2010, jf. Prop. 3 L (2010-2011).

Det rettslige utgangspunktet er at den foreslåtte norske bestemmelsen – fengslingen for å sikre utsendelse ved grunnleggende nasjonale interesser – må være i samsvar med direktivets bestemmelser. Direktivet art. 15 regulerer fengsling av tredjelandsborgere som er i en returprosess, og fengsling kan bare skje for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, jf. art. 15 (1), innledningen:

“Med mindre andre tiltak som er tilstrekkelige men innebærer mindre tvang, kan anvendes effektivt i en konkret sak, kan medlemsstatene fengsle en tredjelandsborger som skal returneres, men bare for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen (...)”

At fengsling må skje “for å” (“in order to”) forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, innebærer en snevrere adgang til fengsling enn den som følger av EMK art. 5 nr. 1 bokstav f, hvor forutsetningen etter EMDs praksis bare er at det pågår en aktiv utsendelsesprosess (“en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering”).

Etter art. 15 (1) bokstav a og b skal fengsling for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, “særlig” kunne skje når:

- a. det foreligger fare for unndragelse, eller
- b. den berørte tredjelandsborgeren unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av returen eller uttransporteringen.

Eksemplene i bokstav a og b i tilføyelsen er ikke er ment å være uttømmende, jf. begrepet “særlig” (“in particular”). Fengslingen må imidlertid skje “for å” forberede eller gjennomføre uttransporten.

Bestemmelsen omtaler altså ikke fengsling av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser i tilfeller hvor utlendingen er i en utsendelsesprosess. Det kan derfor spørres om direktivet åpner for fengsling i utsendelsestilfellene når fengslingen ikke skjer “for å” gjennomføre utsendelsen. Selv om fengsling etter den nye norske bestemmelsen bare kan skje i forbindelse med en utsendelsesprosess, er det ikke nødvendig å konstatere at utsiktene for uttransporteringen vil bedres på grunn av fengslingen. I utgangspunktet vil det bare være tilstrekkelig å konstatere at grunnleggende nasjonale interesser foreligger, i tillegg til at det pågår en aktiv utsendelsesprosess.

EUs kompetanse til å vedta rettsakter er områdebaset og kompetansen innenfor “frihet, sikkerhet og rettferdighet” er nærmere presisert i traktaten om EUs funksjonsmåte (TEUF) i avdeling V.

TEUF avdeling V innebærer at medlemsstatene har overlatt til EU-organene en kompetanse til å utforme bindende rettsakter, innenfor blant annet innvandring. Returdirektivet har nettopp sin rettslige forankring i avdeling V, nærmere bestemt art. 79 (tidl. art. 63 (3) og (4)), som bl.a. omhandler utsendelse. Medlemsstatene har imidlertid ivare tatt et handlingsrom gjennom art. 72 i avdeling V i TEUF (tidl. art. 64 (1) i EF-traktaten og tidl. art. 33 EU-traktaten) som lyder:

“This Title [avdeling] shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security.

Returdirektivet må således tolkes i lys av art. 72 og det handlingsrommet medlemsstatene har til å “ivareta lov og orden” og “indre sikkerhet”. Det kan derfor spørres om EUs lovgivningskompetanse – i dette tilfellet returdirektivet – overhodet kan regulere forhold som berører våre grunnleggende nasjonale interesser.

Returdirektivet omtaler selv “national security” i art. 6 (2) (om returvedtak) og “public security”/“national security” i art. 7(4) (unntakene for frivillig retur), 11 (2) (ileggelse av innreiseforbud), 11 (3) (ileggelse av innreiseforbud) og 12 (1) (prosessuelle sikkerhetsmekanismer). Bestemmelsene oppstiller alle en mulighet for medlemsstatene til å gjøre særskilte unntak for sikkerhetstilfellene. Ved gjennomføringen av returdirektivet i norsk rett ble det også presisert at begrepene “public security” og “national security” til sammen utgjør det norske begrepet grunnleggende nasjonale interesser.<sup>5</sup> Dersom art. 72 innebærer et generelt unntak for alle sikkerhetssaker som faller inn under begrepene “public security” og “national security” ville ikke presiseringene i artiklene gi noen mening. Utgangspunktet må således være at direktivet også er ment å omfatte saker som berører medlemsstatenes nasjonale sikkerhet.

Like fullt vil ikke direktivet kunne innskrenke det handlingsrommet medlemsstatene har innenfor art. 72. Primærretten, som består av EUs traktatregelverk og EU-domstolens fortolkning av disse, har forrang for sekundærretten, hvor blant annet forordninger og direktiver befinner seg.

Spørsmålet er om art. 72 innebærer at en norsk fengslingshjemmel som er knyttet til begrepet “grunnleggende nasjonale interesser” kan fra-

<sup>5</sup> Se Prop. 3 L (2010-2011) s. 30.

vike de krav som følger av fengslingsbestemmelsen i returdirektivet. Art. 72 (tidl. art. 64 (1) i EF-traktaten) kom inn ved endringene i traktatregelverket som følge av Amsterdamtraktaten som trådte i kraft i 1999. Det foreligger imidlertid ingen rettspraksis fra EU-domstolen om bestemmelsen. EU-domstolen har riktignok slått fast, i en sak hvor avveiningen sto mellom organiseringen av forsvaret og EUs kompetansebegrensinger, at det er opp til medlemsstatene å treffe passende tiltak for å ivareta indre og ytre sikkerhet (C-273/97 *Angela Maria Sirdar mot The Army Board and Secretary of State for Defence*).

Departementet anser ikke at art. 72 gir grunnlag for å gjøre unntak fra returdirektivet for alle saker som gjelder ”grunnleggende nasjonale interesser”. Svenske myndigheter har i annen sammenheng ansett at art. 72 gir grunnlag for nasjonal særlovgivning i saker hvor dette er ”særskilt påkallat av hänsyn til rikets sikkerhet”.<sup>6</sup> I saker hvor det vurderes å reise fengslingssak etter lovforslagets § 106 første ledd bokstav g, vil det derfor være en forutsetning at det er tale om et særlig alvorlig tilfelle som vil omfattes av unntaksklausulen i art. 72.

Departementet vil også understreke at det er anerkjent som et alminnelig folkerettslig prinsipp at statene er tillagt et såkalt ”margin of appreciation” i den forstand at de innen visse grenser gis frihet til selv å definere blant annet sine nasjonale sikkerhetshensyn. Se i denne forbindelse også i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 382.

### 10.3.3 Spørsmålet om diskriminering og EMK art. 14

For en fremstilling av hovedinnholdet i diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14, vises det til punkt 4.4 ovenfor. Det følger av fremstillingen der at en forutsetning for at diskrimineringsspørsmålet skal få aktualitet, er at man står overfor personer i samme situasjon, som behandles ulikt.

Forslaget til ny fengslingsbestemmelse retter seg mot personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse. Det er særlig to personkategorier som det er aktuelt å vurdere om er i en sammenlignbar situasjon:

- Utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, men som ikke kan sendes ut av landet, og
- Norske statsborgere som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

Ingen av disse persongruppene vil kunne fengsles etter den foreslåtte bestemmelsen (som bare gjelder utlendinger som er i en utsendelsesprosess).

Det er i denne forbindelse relevant å vise til saken *A. m.fl. mot Storbritannia*, 19. februar 2009 (nr. 3455/05): Etter 11. september 2001 innførte Storbritannia nye og omfattende antiterror-tiltak høsten 2001 i den såkalte Anti-terrorism, Crime and Security Act. Lovens del 4 inneholdt en mulighet for utenriksministeren til å klassifisere en utenlandsk statsborger som, ”suspected international terrorist”, hvorefter utlendingen kunne fengsles uten tiltale og dom. Loven gjaldt tilfeller hvor personene ikke kunne bli sendt ut av landet, av hensyn til internasjonale forpliktelser eller av praktiske hensyn. På dette punktet skiller den britiske fengslingshjemmelen seg fra både EMK art. 5 nr. 1 bokstav f og den foreslåtte norske bestemmelsen, noe som også medførte at Storbritannia måtte bruke derogasjonsbestemmelsen i EMK art. 15. Fengslingsadgangen ble brukt ved flere tilfeller og elleve av de berørte utlendingene gikk til sak hvor blant annet diskrimineringsvernet etter EMK art. 14 ble påberopt. Saken gikk til EMD og ble avgjort i februar 2009.

Før saken ble avgjort av EMD, ble diskrimineringsvernet i art. 14 vurdert av House of Lords, som kom til at fengslingshjemmelen var diskriminerende. House of Lords kom til at britiske borgere som er en trussel mot rikets sikkerhet er i en sammenlignbar situasjon med utenlandske borgere som utgjør en lik trussel og som ikke kan sendes ut, se premiss 53. Domstolen konkluderte derfor med at fengslingshjemmelen var diskriminerende.

Departementet mener at det er en avgjørende forskjell mellom den britiske bestemmelsen som ble prøvd i *A. m.fl. mot Storbritannia* og den bestemmelsen som departementet nå foreslår. Departementet foreslår kun en adgang til fengsling av utlendinger som er i en utsendelsesprosess, og dermed er ikke den berørte persongruppen sammenlignbar med norske borgere. Adgangen til å forskjellsbehandle personer som er i utsendelsesprosess følger også forutsetningsvis av EMK art. 5 nr. 1 bokstav f, som nettopp gir adgang til å fengsle utlendinger som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse. Bestemmelsen åpner derfor for forskjellsbehandling av utlendinger som skal ut av landet på den ene siden, og nasjonale borgere og utlendinger som ikke skal sendes ut på den annen side. Den adgang statene har til å forskjellsbehandle utlendinger som er i en utsendelsesprosess kommer etter departementets mening også tydelig til uttrykk gjennom den type

<sup>6</sup> Se Prop. 2009/10:31 fra side 237.

uttalelser som EMD har benyttet i blant annet *Saadi mot Storbritannia*, 29. januar 2008 (nr. 13229/03) premiss 64:

”Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory” (...). It is a necessary adjunct to this right that States are permitted to detain would-be immigrants who have applied for permission to enter, whether by way or asylum or not. (...)”

Departementet går etter dette ikke nærmere inn på de øvrige grunnvilkår i diskrimineringsvernet etter EMK, da det ikke foreligger sammenlignbare situasjoner som nødvendiggjør en slik drøftelse.

Det bemerkes for øvrig at en fengslingshjemmel som eventuelt også ville omfatte utlendinger som ikke kan sendes ut og norske borgere, lett ville komme i strid med EMK art. 5.

#### 10.3.4 Fremstillingen for domstolen

Det er i dag politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt som treffer beslutning om pågri-

pelse. Den pågrepne skal snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågrepelse fremstilles for tingretten. Det følger videre av utlendingsloven § 106 annet ledd at straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Dette innebærer blant annet at retten bare kan beslutte fengsling for inntil fire uker av gangen, men at det kan besluttes en lengre frist for å begjære ny fengsling dersom særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning. Departementet foreslår ingen endringer av disse hovedregler som følge av ny fengslingshjemmel ved grunnleggende nasjonale interesser.

#### 10.3.5 Forholdet til departementets instruksjonsmyndighet

Det følger av utlendingsloven § 76 tredje ledd at departementet kan instruere om alle avgjørelser som inngår i en sak for å ivareta grunnleggende nasjonale interesser. Bestemmelsen omtaler ikke særskilt beslutninger om bruk av tvangsmidler. Tvangsmiddelbruken bør forbeholdes politiet med en påfølgende domstolskontroll. Departementet foreslår derfor en tilføyelse i § 76 tredje ledd som presiserer at departementet ikke har instruksjonsmyndighet ved bruk av tvangsmidler etter lovens kapittel 12.

## 11 Hensynet til barn

### 11.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågrepelse og fengsling av utlendinger, herunder både voksne og mindreårige. I henhold til § 106 andre ledd skal imidlertid lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven - 22. mai 1981 nr. 25) §§ 174 til 191 gjelde så langt de passer. Straffeprosessloven § 174 krever at personer under 18 år ikke bør pågripes hvis det ikke er "særlig påkrevd". Det gjelder altså et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp ved pågrepelse og fengsling av barn.

FNs konvensjon om barnets rettigheter er gjennomført i norsk rett ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30, og er ved motstrid gitt forrang foran norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Ett av de grunnleggende prinsippene i barnekonvensjonen er at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, jf. art. 3. Videre fremgår det av barnekonvensjonen art. 37 b at fengsling av barn bare skal benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom.

### 11.2 Høringsinstansenes syn

I høringsrunden viste *Barneombudet* til barnekonvensjonen art. 3 om hensynet til barnets beste og til art. 37.

*Røde Kors* og *Barneombudet* bemerket at en vurdering av hensynet til barn ikke fremkommer verken i høringsbrevet eller lovutkastet. Videre ga begge høringsinstansene uttrykk for at det i loven bør tas inn en begrensning i adgangen til å internerne barn og barnefamilier, slik som det er gjort i svensk rett.

*Utlendingsdirektoratet (UDI)* etterlyste en vurdering av om de samme bevistersklene skal gjelde for barn og voksne, og viser til at bruk av tvangsmidler ovenfor barn reiser en rekke problemstillinger. UDI uttalte videre at de opplever en økende tendens til at personer under 18 år unndrar seg aldersundersøkelser, forsvinner fra mottak og kommer tilbake, og oppholder seg i krimi-

nelle miljøer tilknyttet narkotika og vinningskriminalitet, og at enkelte kan synes å være tilknyttet organiserte kriminelle miljøer og kan være utsatt for menneskehandel.

### 11.3 Departementets vurdering

På samme måte som straffeprosessloven, åpner utlendingsloven for at det i visse situasjoner kan reageres med fengsling også overfor mindreårige utlendinger, men at det da skal gjelde et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp ved at barn bare kan pågripes og fengsles når det er "særlig påkrevd". Dette fremgår i dag gjennom en henvisning fra utlendingsloven § 106 andre ledd til straffeprosessloven § 174.

Justisdepartementet har i dag fremmet en egen proposisjon om endringer i blant annet straffeprosessloven. Det er her blant annet foreslått at barn bare skal fengsles dersom det er "tvingende nødvendig". Videre er det blant annet foreslått at hver fengslingsperiode ikke skal kunne overstige to uker. Dersom disse endringsforslagene blir vedtatt av Stortinget, vil de også gjelde ved fengsling av barn etter utlendingsloven, jf. henvisningen til straffeprosessloven §§ 174 til 191.

Det bemerkes for øvrig at familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller hvor det ligger til rette for rask uttransportering. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågrepelse, blir familien nesten alltid sluppet fra Trandum fremfor at det bes om fengslingskjennelse fra retten.

Det forekommer også svært sjelden at det er behov for fengsling av enslige mindreårige i forbindelse med uttransportering.

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.

Departementet viser for øvrig til at Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet i 2009 sendte på høring et forslag om endring i barne-

vernloven. Forslaget går ut på at barn som kan være ofre for menneskehandel midlertidig skal kunne plasseres uten samtykke på institusjon for beskyttelse og omsorg.

## 12 Økonomiske og administrative konsekvenser

Lovforslaget inneholder blant annet utvidede hjemler for å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted både av utlendinger som har uavklart identitet, utlendinger som det er konkrete holdepunkter for å anta at vil unndra seg et utsendelsesvedtak og av asylsøkere og utlendinger med ulovlig opphold som har begått kriminalitet. Hjemlene vil gi politiet styrkede virkemidler i forbindelse med utlendingskontroll og uttransporteringer, og bidra til å effektivisere returarbeidet. Anvendelsen av hjemlene vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfelle, innenfor de til enhver tid gjeldende budsjett- og rammebetingelser.

Forslaget om å senke sannsynlighetskravet for bruk av tvangsmidler i forbindelse med identitetstvil og unndragelsesfare ("konkrete holdepunkter for å anta") gir politiet større mulighet til å prioritere mellom ulike saker hvor det er aktuelt å benytte tvangsmidler. Samtidig vil endringene kunne medføre noen flere pågripelser og fengslinger mv. enn i dag. Det vil imidlertid ikke være tale om noen slik økning i antall saker at dette vil ha vesentlige økonomiske eller administrative konsekvenser. Dersom man i fremtiden skulle ønske å utnytte et senket sannsynlighetskrav til å gjøre langt mer omfattende bruk av tvangsmidler, må budsjettmessige spørsmål i denne sammenheng eventuelt avklares i forbindelse med de årlige forslagene til statsbudsjett.

Forslaget til en ny hjemmel for at politiet skal kunne pålegge asylsøkere eller utlendinger med ulovlig opphold som blir ilagt straff eller pågrepet på fersk gjerning bestemt oppholdssted, vil primært bli gjennomført ved at vedkommende pålegges å bo på det mottaket hvor vedkommende allerede er bostedsregistrert (normalt et asylmottak) eller der hvor vedkommende har fått tilbud om bosted/mottaksplass. Vedkommende kan eventuelt også pålegges begrensninger i adgangen til å bevege seg for eksempel utenfor den aktuelle kommunen eller det aktuelle politidistriktet mv. Mange av de det gjelder kan allerede i dag pålegges bestemt oppholdssted eller fengsles fordi det foreligger identitetstvil eller unndragelsesfare. Formålet med det foreslåtte tiltaket er imidlertid at man skal kunne pålegge bestemt oppholdssted

også uten at det stilles noe absolutt vilkår om at det må foreligge identitetstvil eller unndragelsesfare. Dette vil gi politiet økte muligheter for en effektiv utlendingskontroll.

Kostnadene ved tiltaket vil primært avhenge av hvor mange som vil bli pålagt bosted i et mottak, uten at de har en mottaksplass i dag. Det er grunn til å anta at noe over halvparten i den aktuelle målgruppen allerede har en mottaksplass. Bruken av ordningen må blant annet vurderes i lys av den til enhver tid eksisterende belastning på mottaksapparatet, ankomsttall mv. Det legges til grunn at det nye grunnlaget for å pålegge bestemt oppholdssted ikke vil føre til en slik økning i antallet personer i mottak at dette ikke kan dekkes innenfor eksisterende budsjettrammer. Dersom et pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted ikke overholdes, vil det gi grunnlag for fengsling mens asylsaken eller utvisningssaken er til behandling, og de nye tiltakene innebærer således at det blir mer risikofyllt og mindre attraktivt å investere i en reise til Norge som asylsøker for personer som eventuelt planlegger å tjene penger på kriminell aktivitet.

Selv om de beskrevne tiltakene vil kunne føre til et økt antall fengslinger etter utlendingsloven, er samtidig hensikten å motvirke at de aktuelle personene kan operere aktivt i et kriminelt miljø og belaste politiet og rettsapparatet i straffeprosessuell sammenheng. Totalt sett er det derfor ikke grunn til å regne med noen ekstrabelastning for politiet ved at de skal treffe pålegg om bestemt oppholdssted eller eventuelt reise sak etter utlendingsloven om fengsling ved brudd på slikt pålegg. Når det gjelder økt bruk av fengsling viser departementet til at det er bevilget midler til utvidelse av kapasiteten på utlendingsinternatet på Trandum med 50 plasser, jf. Prop. 125 S (2009-2010) og Prop. 12 S (2010-2011). Det legges derfor til grunn at evt. økt bruk av tvangsmidler og fengsling gitt dagens situasjon, kan dekkes innenfor eksisterende ramme.

Forslaget til ny hjemmel for å benytte fengsling overfor utlendinger som har fått vedtak om utvisning på grunn av ilagt straff, og hvor det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at



utlendingen vil begå nye kriminelle handlinger, vil bare være aktuelt for utlendinger som ikke kan uttransporteres samtidig med løslatelse, og hvor det pågår en aktiv utsendelsesprosess. Dette vil være tale om få saker hvor det ikke allerede er hjemmel for fengsling på grunn av identitetstvil eller unndragelsesfare, og departementet legger til grunn at det lar seg håndtere innenfor eksisterende budsjettammer.

Det legges videre til grunn at fengsling av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser vil omfatte få personer. I slike saker vil myndighetene i utgangspunktet prioritere en hurtig utsendelse, slik at det heller ikke vil bli spørsmål om langvarig frihetsberøvelse. Det kan være behov for å vurdere unntak fra regelen

om at fengsling etter utlendingsloven som hovedregel skal skje i utlendingsinternat for disse personene. I så fall vil utlendingen plasseres i ordinært fengsel. Den nærmere vurderingen må her foretas av politiet i samråd med kriminalomsorgen i hvert enkelt tilfelle. Kostnadene til eventuell overvåkning i perioden med frihetsberøvelse vil for øvrig kunne reduseres. Det legges til grunn at tiltaket kan gjennomføres innenfor gjeldende budsjettammer.

Det må vurderes nærmere om de foreslåtte regelverksendringene vil gjøre det ønskelig med IKT-systemtilpasninger i UDI, og eventuelt medføre behov for å tilpasse administrative systemer og registre for å kunne lagre sensitiv informasjon om personer på saker.

## 13 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene i lovforslaget

### *Til § 76 tredje ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 10.3.5. Bestemmelsen i § 76 tredje ledd fastsetter i dag at departementet kan instruere både UDI og UNE i enkeltsaker for å ivareta grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Den foreslåtte tilføyelsen i tredje ledd annet punktum presiserer at denne instruksjonsadgangen likevel ikke skal gi grunnlag for å instruere om bruk av tvangsmidler som besluttes i medhold av lovens kapittel 12.

### *Til § 90 syvende ledd*

Det vises til de alminnelige motivene i kapittel 6.4.1.

### *Til § 103 første ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4. Bestemmelsen i § 103 første ledd gjelder adgangen til å foreta undersøkelse av person, bolig eller lignende i forbindelse med identitetsavklaring, samt sikring av midler til dekning av utreiseutgifter og sikring av reisedokumenter mv. for iverksetting av vedtak. Bestemmelsen bruker i dag formuleringer som “skjellig grunn til å mistenke” og “mest sannsynlig” ved angivelsen av hvilke sannsynlighetskrav som må være oppfylt ved de ulike grunnlag for undersøkelse. I lovforslaget er de nevnte formuleringene erstattet med formuleringen “konkrete holdepunkter for å anta”. Den nye formuleringen innebærer at det ikke lenger vil gjelde noe krav til sannsynlighetsovervekt for de grunnlag som kan gi adgang til undersøkelse. Vurderingen må imidlertid basere seg på konkrete, objektive forhold.

Bestemmelsen i første ledd bokstav a gir i dag adgang til undersøkelse av en utlendings person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom utlendingen “skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse”. Lovforslaget inneholder en tilføy-

else slik at den også vil omfatte tilfeller hvor utlendingen “ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83”.

### *Til § 103 nytt annet ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4.1 Grunnloven § 102 fastsetter at husransaking bare kan skje i “kriminelle Tilfælde”. Mens undersøkelse etter § 103 første ledd bokstav a (skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet eller andre opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse), klart nok vil gjelde et kriminelt tilfelle (jf. lovens § 83 første og annet ledd, jf. 108 annet ledd), er dette ikke uten videre tilfellet når det gjelder de situasjonene som er nevnt i § 103 første ledd bokstav b og c. For at det ikke skal oppstå noe tvil om forholdet til Grunnloven § 102, inntas det et nytt annet ledd i § 103 som fastsetter at adgangen til husransakelse etter første ledd bokstav b og c bare skal gjelde i tilfeller hvor utlendingen har ulovlig opphold som omfattes av straffebestemmelsen i utlendingsloven § 108, eller har begått et lovbrudd ved å unnlate å fremlegge reisedokument i henhold til pålegg etter § 83 eller § 21.

### *Til § 104 første og annet ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4. Lovens § 104 første og annet ledd gjelder adgangen til å ta beslag i forbindelse med klarlegging av utlendingens identitet (første ledd) eller i forbindelse med en utsendelse (annet ledd). Både i første og annet ledd benyttes det i dag formuleringer som krever sannsynlighetsovervekt for at det henholdsvis er gitt feilaktige eller mangelfulle identitetsopplysninger eller at utlendingen vil unndra seg en utsendelse. Forslaget til lovendring går ut på at man både i første og annet ledd skal benytte formuleringen “konkrete holdepunkter for å anta”, på samme måte som i § 103 første ledd, jf. merknadene til denne bestemmelsen ovenfor.

*Til § 105 første ledd bokstav a*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4. Lovens § 105 første ledd bokstav a gir etter gjeldende ordlyd adgang til å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted når utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er ”skjellig grunn” til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet (bokstav a).

Formuleringene ”skjellig grunn til å mistenke” foreslås erstattet med formuleringen ”konkrete holdepunkter for å anta”, jf. merknadene til den tilsvarende endringen i § 103 første ledd ovenfor.

På samme måte som i § 103 første ledd bokstav a, foreslås det også i § 105 første ledd bokstav a en tilføyelse som innebærer at bestemmelsen vil dekke tilfeller hvor ”utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83”.

*Til § 105 første ledd bokstav b*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4. Lovens § 105 første ledd bokstav b gir etter gjeldende ordlyd adgang til å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted når det er ”mest sannsynlig” at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak. Formuleringene ”mest sannsynlig” foreslås erstattet med formuleringen ”konkrete holdepunkter for å anta”, jf. merknadene til den tilsvarende endringen i § 103 første ledd ovenfor.

*Til § 105 første ledd ny bokstav c*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 7.2. Bestemmelsen gjelder pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted overfor asylsøkere og utlendinger uten lovlig opphold som begår straffbare forhold. Kriminalitetskravet er ilagt straff for forhold som kan medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder. Formuleringen innebærer at de aktuelle tvangsmidlene kan anvendes også når strafferammen er fengselsstraff i inntil seks måneder, dersom det samtidig åpnes for at det i tillegg kan ilegges bot. Det understrekes at den foreslåtte hjemmelen ikke kan brukes til å etablere en praksis hvor man for eksempel plasserer kriminelle personer i andre områder eller kommuner enn der hvor de allerede er bosatt eller er gitt et tilbud om mottaksplass, jf. de alminnelige motiver kapittel 7.2.4.1.

Det er i utgangspunktet krav til at utlendingen er ilagt straff. Vedtatte forelegg omfattes av begrepet ”ilagt straff”, og det samme gjelder en straffedom selv om den ikke er rettskraftig.

Videre kan tvangsmidler etter bestemmelsen også benyttes dersom utlending oppdages enten under selve utførelse av et lovbrudd eller umiddelbart etterpå og det er klart at vedkommende er gjerningsperson.

*Til § 106 første ledd bokstav a*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4. Det er nå også presisert at manglende samarbeid om klarlegging av identitet etter lovens § 21 og § 83 kan gi grunnlag for fengsling.

Uttrykket ”feil identitet” er erstattet med ”uriktig identitet”, uten at dette anses å innebære noen realitetsendring.

Videre er gjeldende lovs vilkår om at det må være ”skjellig grunn” til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet, erstatter med et vilkår om at det må være ”konkrete holdepunkter for å anta” at utlendingen oppgir uriktig identitet.

*Til § 106 første ledd bokstav b*

Gjeldende lovs vilkår om at det må være ”mest sannsynlig” at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket, foreslås erstattet med et vilkår om at det må være ”konkrete holdepunkter for å anta” at utlendingen vil unndra seg iverksettingen.

*Til § 106 første ledd ny bokstav c*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 7.3.3. Som det fremgår av forslaget § 105 første ledd bokstav c, skal en utlending som er asylsøkere eller har ulovlig opphold, kunne pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted dersom vedkommende begår et straffbart forhold som kan føre til strengere straff enn fengsel i seks måneder. Straffebestemmelser som både kan føre til fengsel i inntil seks måneder og bøter, vil med andre ord omfattes. Dersom utlendingen ikke overholder en slikt pålegg, vil det være nødvendig å kunne benytte mer inngripende tvangsmidler for å sikre kontroll med vedkommende. I § 106 første ledd bokstav c er det derfor gitt adgang til fengsling ut fra kontrollhensyn, når det ennå ikke er avklart om utlendingen har lovlig grunnlag for oppholdet.

Det er et vilkår for (fortsatt) fengsling at det er en aktiv saksprosess, og at fengsling ikke fremstår som uforholdsmessig.

Fengslingsgrunnlaget gjelder bare så lenge utlendingen har en sak til behandling. Det vil si at

det ikke lenger er grunnlag for å begjære fortsatt fengsling etter bokstav c, når det foreligger et endelig vedtak. Spørsmålet om fortsatt fengsling etter at det foreligger et endelig vedtak, må avgjøres etter de alminnelige reglene om fengsling. Vilkåret vil da i praksis normalt være at det må foreligge unndragelsesfare. (Det vil være et relevant moment ved denne vurderingen at utlendingen er straffet, jf. utlendingsloven § 106 a).

*Til § 106 første ledd ny bokstav d*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 7.3.4. Når en utlending er ilagt fengselsstraff, og det er grunnlag for utvisning, er målsettingen at vedtak om utvisning skal treffes på et så tidlig tidspunkt at uttransportering kan skje samtidig med løslatelse, jf. utlendingsforskriften § 14-3 første ledd. I praksis viser det seg imidlertid at det ikke alltid er mulig å få til uttransportering samtidig med løslatelse fordi det er praktiske returhindringer, for eksempel at hjemlandet til utlendingen har en generell praksis som går ut på at de bare aksepterer frivillig retur, eller at de nekter å ta imot den aktuelle utlendingen. Dersom utlendingen er utvist for et straffbart forhold, og det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at han eller hun vil begå nye straffbare handlinger, åpner bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav d for fengsling uten at det er noe vilkår om at man først har forsøkt med pålegg om bestemt oppholdssted.

Kravet om at det må være fare for nye straffbare forhold, innebærer ikke at det må være sannsynlighetsovervekt for ny kriminalitet. Personlige forhold som tilsier fare for gjentakelse kan være at vedkommende allerede er idømt straff for flere forhold. Ved forholdsmessighetsvurderingen etter lovens § 99 vil alvorret ved det straffbare forholdet spille inn. Desto mer alvorlig kriminalitet som er grunnlaget for utvisningen, jo mindre skal til for å konstatere at fengsling er forholdsmessig.

*Til § 106 første ledd ny bokstav f*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 8.

*Til § 106 første ledd ny bokstav g*

Bestemmelsen gjelder fengsling av utlending som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og som er i en utsendelsesprosess. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 10. Det

er to hovedvilkår som må være tilstede for å kunne pågripe og fengsle. Utlendingen må for det første utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Det vil kun være i de særlig alvorlige tilfellene hvor det vil være tilstrekkelig grunn til å fengsle. For det andre må det treffes tiltak med sikte på utsendelse. Det avgjørende vil her være at det foregår en aktiv prosess med realistiske utsikter for en utsendelse. I tillegg er det et prosessuelt vilkår at det er fastslått i et vedtak eller i en instruks fra departementet at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

*Til § 106 nytt annet ledd*

Det vises til de alminnelige motivene punkt 6.4.3. I henhold til utlendingsloven § 99 skal det alltid gjøres en vurdering av om det vil være hensiktsmessig og forholdsmessig å benytte et tvangsmiddel i en gitt situasjon. Bestemmelsen i § 99 innebærer videre at man skal benytte det minst inngripende tvangsmiddelet som anses tilstrekkelig for formålet, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 17.2.2.6. Det følger av dette at det ikke vil være aktuelt å benytte pågripelse eller fengsling, dersom det vil være tilstrekkelig å pålegge meldeplikt og/eller bestemt oppholdssted. Dette presiseres nå i nytt annet ledd i § 106. Endringen innebærer ingen realitetsendring.

*Til § 106 fjerde ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 9. Det er gjort tilføyelser som innebærer at fengslingsfristene på henholdsvis 12 uker og 18 måneder ikke gjelder dersom utlendingen er fengslet i medhold av bestemmelsen i § 106 første ledd bokstav g (trussel mot grunnleggende nasjonale interesser). I slike tilfeller må det ut fra sakenes karakter anses å foreligge særlige grunner til fengsling ut over de angitte tidsperiodene. Departementet mener at dette bør komme tydelig til uttrykk i bestemmelsen. Det understrekes at det uansett må være et vilkår at det pågår en aktiv prosess med henblikk på utsendelse, jf. de alminnelige motivene kapittel 10.3.2.

*Til § 106a nytt annet ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4.5. Ved vurdering av unndragelsesfare, skal

man også kunne legge vekt på generelle erfaringer. Dette kan være erfaringer politiet har med utlendinger av samme nasjonalitet eller personer i samme situasjon. Departementet understreker at det kan være mange forhold som har betydning når unndragelsesfaren skal vurderes, og det skal alltid foretas en konkret vurdering knyttet til den enkelte utlending. Det er ingen motsetning mellom å tillegge generelle erfaringer vekt og vurdere hver sak individuelt.

Justis- og politidepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.).

---

Vi **HARALD**, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.) i samsvar med et vedlagt forslag.

---

## Forslag

### til lov om endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)

#### I

I lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her gjøres følgende endringer:

§ 76 tredje ledd skal lyde:

For å ivareta grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn kan departementet instruere uavhengig av begrensningene i annet ledd. Departementet kan i slike tilfeller instruere om alle avgjørelsene som inngår i saken, *men ikke om bruk av tvangsmidler som besluttes i medhold av lovens kapittel 12*. Kongen i statsråd er klageinstans i saker som omfattes av departementets instruksjer om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelser av enkeltsaker.

§ 90 syvende ledd første punktum skal lyde:

Dersom slikt pålegg som nevnt i sjettede ledd ikke blir fulgt, utreisefrist ikke er gitt, eller *det er konkrete holdepunkter for å anta* at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, kan politiet føre utlendingen ut.

§ 103 første og nytt annet ledd skal lyde:

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. § 106a.

*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 har unnlatt å etterkomme et pålegg etter § 21 eller § 83 om å legge frem reisedokumenter.*

§ 103 nåværende andre og tredje ledd blir nytt tredje og fjerde ledd.

§ 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 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, 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.

§ 105 første ledd skal lyde:

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 er vernet mot utsendelse etter § 73, eller*
- e) *utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og av andre grunner enn nevnt i bokstav f ikke har innrettet seg etter vedtak om at vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg gjennomføre.*

§ 106 skal lyde:

**§ 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,*
- 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 er ennå ikke 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) *utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og dette er fastslått i et vedtak i utlendingssaken eller i en instruks fra departementet, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse.*

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

Pågrepelse besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. Straffe-prosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Fengsling etter første ledd bokstav b og f kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

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, eller dersom beslutningen om fengsling er truffet med grunnlag i første ledd bokstav g. Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon eller vedkommende er fengslet i medhold av første ledd bokstav g.

§ 106a nytt annet ledd skal lyde:

*Ved vurderingen av unndragelsesfare etter første ledd, kan også generelle erfaringer med unndragelse tillegges vekt.*

## II

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelser til forskjellig tid.



Trykk: AS O. Fredr. Arnesen. Juni 2011

241491