

Høringsinstanser i henhold til vedlagt liste

Deres ref.

Vår ref.
201008248

Dato
07.07.2010

HØRINGSFORSLAG – ENDRINGER I UTLENDINGSLOVEN OM ADGANGEN TIL FRIHETSBERØVELSE MV.

1. INNLEDNING

Justisdepartementet sender med dette på høring forslag til endringer i utlendingslovens regler om frihetsberøvelse, meldeplikt, pålegg om bestemt oppholdssted, fremstillingsfrist mv.

Liste over høringsinstanse følger vedlagt. Høringsinstansene bes vurdere om forslagene også bør forelegges underordnede organer.

Eventuell uttalelse til forslagene bes sendt Justis- og politidepartementet, Innvandringsavdelingen, Postboks 8005 Dep, 0030 Oslo innen 6. oktober 2010.

Det bes om at eventuelle uttalelser i tillegg sendes per e-post (helst i word-format) til fagdirektør Kenneth A. Baklund på adressen kenneth.baklund@jd.dep.no.

Spørsmål kan rettes til fagdirektør Kenneth A. Baklund på e-post eller på tlf. 22 24 71 77.

2. OVERSIKT OVER FORSLAGENE I HØRINGSBREVET

Høringsbrevet inneholder forslag om følgende endringer:

- Mindre strengt beviskrav for å fengsle ved tvil om identitet, hvilket innebærer at beviskravet ligger nærmere det som er formulert i svensk og finsk rett.
- Mindre strengt sannsynlighetskrav for å fengsle på grunn av unndragelsesfare,

gjennom bruk av formuleringer i loven som ligger nærmere henholdsvis svensk og finsk lovgivning.

- Ny hjemmel for å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted overfor utlendinger som er asylsøkere eller har ulovlig opphold, og som blir straffet for forhold som kan føre til utvisning.
- Ny hjemmel for frihetsberøvelse av utlendinger som ikke overholder slikt pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted som nevnt i punktet over.
- Ny hjemmel for frihetsberøvelse av utlendinger som har fått vedtak om utvisning på grunn av ilagt straff.
- Ny hjemmel etter mønster fra svensk, finsk og dansk rett for frihetsberøvelse av en utlending som hindrer eller vesentlig forvansker opplysning av en pågående asylsak eller sak om utvisning.
- Ny hjemmel for frihetsberøvelse av utlending i transitt i Norge i forbindelse med ledsaget uttransportering til et tredjeland.
- Ny hjemmel for frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og som er i en utsendelsesprosess.
- Endring av fremstillingsfristen i utlendingsloven fra "snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen", til "snarest mulig og senest tre dager etter pågripelsen".
- Mindre strengt sannsynlighetskrav for undersøkelse av utlendingens person, bolig eller lignende, 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.
- Mindre strengt sannsynlighetskrav for beslag i utlendingssaker.

3. BAKGRUNN

Utlendingsloven har i dag regler om adgang til frihetsberøvelse 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 punkt 4 nedenfor.

Regjeringen varslet i Soria Moria II at man vil åpne for at det i større grad kan benyttes frihetsberøvelse 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 ikke medvirker til sakens opplysning eller begår kriminalitet.

Regjeringen varslet også at man ville åpne for frihetsberøvelse i utsendelsesprosessen overfor personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Begrepet "grunnleggende nasjonale interesser" var nytt i utlendingsloven 2008 (som

trådte i kraft 1. januar 2010), og erstattet begrepene "rikets sikkerhet" og "tvingende samfunnsmessige hensyn" i tidligere lov. Som begrunnelse for å ta i bruk et nytt begrep ble det i forarbeidene særlig vist til at begrepet "rikets sikkerhet" var noe utdatert ut fra den moderne utvikling, særlig i forhold til terrorvirksomhet, der hensikten ikke alltid er å ramme rikets sikkerhet som sådan, men like mye å skape frykt i sivilbefolkningen eller å inspirere eller motivere til ekstremistiske handlinger uten at konkrete handlinger er begått. Følgende forhold kan nevnes som eksempler på forhold som etter en vurdering kan medføre at en utlending anses som en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser:

- Terrorvirksomhet
- Etterretningsvirksomhet
- Flyktningspionasje
- Industrispionasje
- Trussel mot norske myndighetspersoner

Også andre forhold kan være relevante, jf. departementets rundskriv AI 2009/106 og AI 2009/107.

4. GJELDENDE RETT

Det fremgår av utlendingsloven § 105 første ledd bokstav a og b at en utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted, dersom

- 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."

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

"En utlending kan pågripes og fengsles hvis

- 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 iverksettingen av vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,*
- c) 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 besluttet 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 besluttet for høyst fire uker av gangen.

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner."

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
- Familieavdeling

Det vises for øvrig til forskrift 23. desember 2009 nr. 1890, utlendingsinternatforskriften.

I 2009 var det 2 795 personer som var innlosjert på Trandum i løpet av året. Av disse var 642 plassert i varetekt. Antallet overnattinger totalt, var 10 210.

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

Utlendinger som utgjør en sikkerhetsrisiko eller anses som en fare for samfunnet vil etter omstendighetene kunne frihetsberøves etter hjemler i straffeloven, straffeprosessloven og psykisk helsevernloven. Utover disse bestemmelsene finnes det ingen særskilt regel om frihetsberøvelse 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. lovens § 7 første ledd og utvisningsbestemmelsene i lovens § 66 første ledd bokstav f, § 67 første ledd bokstav e og § 68 første ledd bokstav d.

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

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

5 INTERNASJONALE FORPLIKTELSER MV.

5.1 Adgangen til frihetsberøvelse i utlendingsrettslig sammenheng etter den europeiske menneskerettskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) har regler som setter skranker for adgangen til frihetsberøvelse. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven og har ved eventuell motstrid forrang foran annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3.

I utlendingsrettslig sammenheng fremgår skrankene for frihetsberøvelse av EMK artikkel 5 nr. 1 innledningen og bokstav f:

"Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfeller og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov: (....)

f. lovlig pågrepelse eller frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering."

Det følger av dette at fremgangsmåten for frihetsberøvelse må være "foreskrevet ved lov", dvs. at inngrepet må ha hjemmel i lov og at frihetsberøvelsen ikke må være vilkårlig.

Adgangen til å fengsle for å hindre at en utlending "kommer inn i landet uten tillatelse", er det alternativet som tillater slike regler som man har i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a om frihetsberøvelse på grunn av manglende identitetsopplysninger. Se også avgjørelsen Saadi mot Storbritannia (2008)¹ som et eksempel på en sak hvor Menneskerettsdomstolen godtok at frihetsberøvelse 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 frihetsberøvelse i EMK artikkel 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 den norske lovens § 106 første ledd bokstav b om fengsling på grunn av unndragelsesfare. Samtidig har Menneskerettsdomstolen presisert at det ikke er noe krav om unndragelsesfare eller andre særskilte grunner for frihetsberøvelse. Dette er også sagt uttalt uttrykkelig av Menneskerettsdomstolen i flere avgjørelser, jf. for eksempel Mikolenko mot Estland (2009)²:

"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 artikkel 5 nr. 1 bokstav f, innebærer kravet om forholdsmessighet heller ikke noe vilkår om at man først vurderer andre mindre inngripende tiltak: "(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"³

¹ Saadi mot Storbritannia (13229/03)

² Mikolenko mot Estland (sak. nr. 10665/05), premiss 59

³ Saadi mot Storbritannia (13229/03), premiss 72, jf. også premiss 70-71.

Menneskerettsdomstolen har i flere saker understreket at adgangen til frihetsberøvelse etter artikkel 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:

"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 frihetsberøvelsen kan vare eller for når selve utsendelsen senest må gjennomføres. Domstolen krever imidlertid at fengslingsperioden ikke skal være lenger enn hva som er rimelig å anse som nødvendig ut fra formålet jf. Mikolenko mot Estland⁴:

"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. 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 for eksempel fordi utlendingen risikerer dødsstraff eller umenneskelig behandling. Det vises særlig til EMK artikkel 3 som setter forbud mot tortur eller annen umenneskelig behandling eller straff, og som er tolket slik av Menneskerettsdomstolen 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). Menneskerettsdomstolen har også slått klart fast at vernet etter EMK 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. at vernet etter EMK artikkel 3 er absolutt også i ekstraterritoriell sammenheng. Det vises særlig til Chahal mot Storbritannia (1996)⁵ og

⁴ Premiss 60

⁵ Chahal mot Storbritannia (sak nr. 70/1995/576/662, 25. oktober 1996)

Saadi mot Italia (2006)⁶. 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 frihetsberøvelse under prosessen. Det samme kan være tilfellet dersom det for eksempel jobbes med mulighet for retur til et trygt tredjeland.

I de følgende gjengis hovedpunktene i en del avgjørelser fra Menneskerettsdomstolen som er relevante for å vurdere hvor lenge frihetsberøvelse kan opprettholdes.

I Mikolenko mot Estland, gjaldt saken en russisk offiser (Mikolenko) som var utvist fra Estland på grunn av ulovlig opphold (han 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. Domstolen kom til at frihetsberøvelsen utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 5 punkt 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 det ikke var realistisk å få til en uttransportering 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 frihetsberøvelsen 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

⁶ Saadi mot Italia (37201/06)

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 (1996) ⁷ gjaldt saken blant annet adgangen til frihetsberøvelse 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 Storbritannias sikkerhet. Menneskerettsdomstolen fant at det ikke var en krenkelse av artikkel 5 nr. 1 bokstav f at Chahal 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 Belgia⁸ gjaldt frihetsberøvelse 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. Domstolen fastslo at klageren satt uvanlig lenge i fengsel med sikte på utlevering. Frihetsberøvelsen 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 artikkel 5 nr. 1 bokstav f.

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

Menneskerettsdomstolens praksis kan etter dette oppsummeres slik at adgangen til frihetsberøvelse bortfaller dersom prosessen med å få gjennomført utvisningen stanser opp på grunn av forhold som ikke skyldes utlendingen selv. Staten må kunne vise at man arbeider aktivt for å få utsendelsen gjennomført, og at en utsendelse fremstår som realistisk. Dersom utlendingen kan påberope seg et returvern etter for eksempel EMK

⁷ Chahal mot Storbritannia (sak. nr. 70/1995/576/662)

⁸ Kolompar mot Belgia (sak nr. 11613/85)

artikkel 3, vil det i utgangspunktet ikke være adgang til frihetsberøvelse, fordi det ikke er aktuelt å treffe tiltak med sikte på utsendelse. Unntak kan likevel tenkes i enkelte situasjoner, jf. nærmere under departementets vurderinger nedenfor (pkt. 7.2).

5.2 Adgang til frihetsberøvelse etter andre internasjonale konvensjoner mv.

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

Verdens menneskerettserklæring artikkel 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 artikkel 9 nr. 1 følgende:

"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 and in accordance with such procedure as are established by law".

Videre lyder SP artikkel 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 skranker for adgangen til frihetsberøvelse i utlendingssaker enn EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f.

FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) ga i 1999 ut reviderte retningslinjer om frihetsberøvelse av asylsøkere. Retningslinjene viser særlig til flyktningkonvensjonen artikkel 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 EXCOM konklusjon nr. 44(XXXVII) at frihetsberøvelse bare skal brukes unntaksvis ("exceptionally") dersom andre mindre inngripende tiltak ikke vil være effektive i det konkrete tilfellet, og frihetsberøvelse er nødvendig og har følgende begrunnelse:

- 1) Klarlegging 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 villedde myndighetene i den staten hvor vedkommende søker asyl
- 4) Beskyttelse av nasjonal sikkerhet eller offentlig orden⁹

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF av 16. desember 2008 om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (returdirektivet) artikkel 15 inneholder bestemmelser om frihetsberøvelse 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. Det arbeides for tiden med å implementere direktivet i norsk rett. Hvis utlendingen er straffet slik at utsendelsen er forankret i et utvisningsvedtak på grunn av ilagt straff, vil ikke returdirektivet komme til anvendelse. Returdirektivet regulerer heller ikke adgangen til å bruke frihetsberøvelse mens utlendingen har lovlig opphold under saksprosessen.

Direktivets artikkel 15 (1) lyder:

"Unless other sufficient but less coercive measures can be applied effectively in the concrete case, Member States may only keep in detention a third-country national, who is subject to return procedures, in order to prepare return and/or carry out the removal process, in particular when:

- *there is a risk of absconding or*
- *the third-country national concerned avoids or hampers the preparation of return or the removal process.*

Any detention shall be for as short a period as possible and only maintained as long as removal arrangements are in progress and executed with due diligence."

Frihetsberøvelse 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 lengre tid.

Direktivets virkeområde må videre tolkes i lys av hjemmelsbestemmelsen i EF-traktaten artikkel 63(3) (b) som gir kompetanse til å treffe tiltak om innvandringspolitikk for ulovlig innvandring og ulovlig opphold, herunder retur av

⁹ Dette utdypes på følgende måte i retningslinjene: "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."

personer med ulovlig opphold, se nå TFEU artikkel 79 (2) (c). Ifølge TFEU artikkel 72 (tidl. TEF artikkel 64 (1) og TEU artikkel 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 artikkel 4(2) om at nasjonal sikkerhet forblir statenes eget ansvar og artikkel 5(2) om at kompetanse som ikke er gitt EUs organer i traktatene forblir statenes ansvar. Dette prinsippet er også gjennomgående i forhold til andre deler av EU-samarbeidet og er særlig presisert i TFEU artikkel 73 om nasjonalt ansvar for myndighetssamarbeid og artikkel 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 (direktiv 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status) har også egne regler om frihetsberøvelse i artikkel 18. Reglene, som ikke er bindende for Norge, fastsetter at en asylsøker ikke skal frihetsberøves 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*").

5.3 Forbudet mot diskriminering i EMK art. 14 mv.

Utenfor rammen av EMK artikkel 5 nr. 1 boksta f, setter forbudet mot diskriminering i EMK artikkel 14, en skranke for adgangen til å ha særregler om frihetsberøvelse av utlendinger.

EMK artikkel 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. Er dette tilfellet, blir neste spørsmål om det forelå en forskjellsbehandling. Dernest må det spørres om de personer som sammenlignes med hverandre er i like situasjoner. Til slutt avgjøres det om forskjellsbehandlingen hadde en objektiv og rimelig forklaring. Ulik behandling må ikke bare ha et legitimt formål, men artikkel 14 vil også være krenket hvis det ikke er rimelig forholdsmessighet mellom de midler som benyttes og det formål som skal realiseres, se *Belgian Linguistic Case*, A 5 (1968), og *Thlimmenos v. Hellas* 6. april 2000.

I saken *A. m.fl. mot Storbritannia* (2009)¹⁰ var situasjonen at britiske myndigheter hadde innført en adgang til å fengsle utlendinger som ble mistenkt for internasjonal

¹⁰ *A. m.fl. mot Storbritannia* (sak 3455/05) premiss nr. 186 til 192.

terrorisme, men som *"for the time being"* ikke kunne sendes ut. Menneskerettsdomstolen konkluderte med at det ikke var adgang til en slik særbestemmelse om frihetsberøvelse av utlendinger, og viste blant annet til at det ikke var godtgjort at sikkerhetstrusselen fra utlendinger var større enn sikkerhetstrusselen fra britiske borgere¹¹. Det ble videre vist til at det ikke var noen mindre belastning for utlendinger enn for britiske borgere så lenge utlendingens situasjon var at vedkommende i praksis ikke kunne forlate Storbritannia uten fare for tortur.

5.4 Krav til prosessen i forbindelse med frihetsberøvelse

I EMK artikkel 5 nr. 2 til nr. 5 er det fastsatt nærmere krav til fremgangsmåten ved frihetsberøvelse og følgene av den. Etter artikkel 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 innesperring, 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 artikkel 5 nr. 4. Det samme følger av SP artikkel 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 saken *Chahal mot UK*:

*"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."*¹²

Det vises også til *A. And Others mot Storbritannia* (2009)¹³

Praksis fra EMD trekker for øvrig i retning av at det ikke foreligger en rett til å få prøvet lovligheten av frihetsberøvelse etter artikkel 5 nr. 4, når løslatelse skjer før

¹¹ Premiss 189 til 190.

¹² *Chahal mot UK*, RJD 1996 s. 1831 (premiss 131).

¹³ *A. and Others mot Storbritannia* (sak nr. 3455/05)

fristen for rettslig prøving er utløpt, jf. Den europeiske menneskerettsdomstolens dom i saken Fox, Campbell og Hartley v. Storbritannia (1990):

"All three applicants were released speedily before any judicial control of their detention had taken place. It is not for the Court to rule in abstracto as to whether, had this not been so, the scope of the remedies available would or would not have satisfied the requirements of Article 5 § 4."

Uttalelsene innebærer at retten til domstolskontroll bortfaller ved løslatelse og Menneskerettsdomstolen fant derfor ingen grunn til å vurdere om systemet for prøvelse etter nasjonal rett tilfredsstilte konvensjonens krav. (Det kan nevnes at en dommer dissenterte under menneskerettskommisjonens behandling av spørsmålet. Han uttalte at det i stor grad ville svekke betydningen av bestemmelsen hvis den ikke ga rett til domstolskontroll ved frihetsberøvelse som bare varte noen timer eller dager.)

I Menneskerettsdomstolens dom i saken Conca v. Belgia (2002) ble klagerne sendt ut etter å ha vært frihetsberøvet i fem dager. I denne perioden var det ikke praktisk mulig for dem å få prøvet lovligheten av frihetsberøvelsen. Menneskerettsdomstolen uttalte at det forelå en krenkelse, fordi varigheten av frihetsberøvelsen tilsa at klagerne skulle hatt adgang til domstolsprøvelse:

"The Court considers, firstly, that the fact that the applicants were released on 5 October 1999 in Slovakia does not render the complaint devoid of purpose, since the deprivation of liberty in issue lasted five days."

Det følger verken av ordlyden i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f, jf. artikkel 5 nr. 4 eller SP artikkel 9 nr. 4, at den pågrepne skal ha rett til en offentlig oppnevnt prosessfullmektig eller fri rettshjelp. Menneskerettsdomstolen har heller ikke lagt dette til grunn som en generell regel. Visse tilfeller står derimot i en særstilling, og praksis fra Menneskerettsdomstolen viser at personer som er frihetsberøvet kan ha rett til prosessfullmektig når dette er nødvendig for at domstolskontrollen skal være effektiv.

Etter EMKs system vil det være slik at det må foretas en konkret vurdering av om advokathjelp er nødvendig for at rettigheten i artikkel 5 nr. 4 skal være reell.

Returdirektivet pålegger medlemsstatene å sørge for en "speedy judicial review" av fengslingsbeslutninger, jf. artikkel 15 (2) (a). Direktivet åpner også for en ordning hvor utlendingen selv må begjære prøving for retten.

I forhandlingen om returdirektivet ønsket Europaparlamentet en ordning med fremstillingsfrist innen 48 timer, mens Rådet ønsket en ordning hvor medlemsstatene selv kunne bestemme. Det endelige kompromisset ble sterkt inspirert av EMK art. 5 (4) (speedy judicial review by a Court). Endelig uttalte kommisjonen: "Taking into

account pertinent ECHR caselaw, a review within 3 days can be considered as compatible with this provision”.

6. ANDRE LANDS RETT

6.1 Sverige

Etter svensk rett finnes fire ulike fengslingsgrunnlag:

- 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 avvisning 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 frihetsberøvelse 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 avvisning 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.

Utlendingsloven har ingen særskilte regler om fengsling av utlendinger som truer rikets sikkerhet.

Etter loven om særskilt utlendingskontroll¹⁴ (LSU) kan utlendingen holdes i forvaring mens saken er under behandling inntil spørsmålet om iverksetting av bortvisning eller utvisning er avgjort. Forvaring innebærer frihetsberøvelse. Om det konstateres at det foreligger hindre for iverksettiing 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 Migrationsverket. 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 forutsetningene som nevnt ovenfor, ikke er til stede. En slik beslutning skal umiddelbart meddeles Migrationsverket, som snarest skal avgjøre om beslutningen skal omgjøres.

6.2 Finland

Etter finsk rett kan frihetsberøvelse 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

¹⁴ I Sverige finnes det to ulike systemer for å håndtere saker om rikets sikkerhet. I første omgang benyttes utlendingslovens regler. Dersom bortvisning eller utvisning ikke kan skje etter reglene i utlendingsloven, kan loven om særskilt utlendingskontroll (LSU) bli aktuell. En sak etter LSU følger stort sett samme ordning som sikkerhetssaker etter utlendingsloven med den forskjell at LSU-saker fremmes ved at sikkerhetspolitiet fremmer begjæring om utvisning.

- 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 frihetsberøvelse for å utrede utlendingens identitet. Det er en forutsetning at utlendingen har nektet å gi opplysninger, 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."*

Den finske utlendingsloven 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 videre at domstolen i slike saker kan bevilge utlendingen fri rettshjelp.

Den finske utlendingsloven § 9 om rettshjelp, lyder:

"Bestämmelser om utlänningars rätt till rättshjälp finns i 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 rättshjälp 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 brådskanie 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."

6.3 Danmark

De danske reglene om frihetsberøvelse er langt mer detaljerte og sammensatte enn reglene i Sverige og Finland. Hovedinnholdet i de danske reglene om frihetsberøvelse kan grovt sett oppsummeres som følger:

- Med mindre andre mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige, kan det besluttes frihetsberøvelse 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 frihetsberøves. 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 frihetsberøves.
- En asylsøker som uten rimelig grunn uteblir fra avhør hos politiet eller Udlændingesservice, kan frihetsberøves.
- Hvis mindre inngripende tiltak ikke er tilstrekkelige for å sikre en effektiv behandling av en asylsak og utsendelse, kan en asylsøker frihetsberøves under behandling av asylsaken, *"hvis udlændingen gennem sin adfærd lægger væsentlige hindringer i vejen for asylsagens oplysning ved"*
 - *ikke at meddele eller ved at tilsløre oplysninger om sin identitet, nationalitet eller rejserute eller ved at meddele utvivlsomt urigtige oplysninger herom (...)*
 - *på anden lignende måde ikke at medvirke til sagens oplysning."*
- En utlending som er i transit i dansk lufthavn med henblik på utsendelse kan frihetsberøves dersom mindre inngripende tiltak ikke er nødvendige.

Den danske utlendingsloven foreskriver at en utlending, som er frihetsberøvet etter § 36, med mindre utlendingen allerede er løslatt, skal fremstilles for retten innen tre døgn etter frihetsberøvelsens iverksettelse. Retten beskikker en advokat.

Etter den danske utlendingsloven § 37, skal utlendingen altså fremstilles innen tre døgn og retten oppnevner en advokat under rettsmøtet.

Den danske utlendingsloven § 37 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 pålegges utlendinger som må anses som en fare for rikets sikkerhet og som oppholder seg i Danmark på tålt opphold, en rekke vilkår i form av kontrollforanstaltninger til å sikre deres tilstedeværelse med henblikk på utsendelse.

6.4 Reglene om frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot rikets sikkerhet i enkelte andre land

6.4.1 Storbritannia

En person som er utvist fra Storbritannia kan frihetsberøves under og etter behandlingen av klagesaken, inntil den pågrepne til slutt sendes ut. En slik frihetsberøvelse 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*) ga hjemmel til frihetsberøvelse frem til utvisning, selv om et formalitetsspørsmål vedrørende en internasjonal avtale forhindret utsendelse hvis innenriksministeren hadde bekreftet at han mistenkte personen for å være innblandet i internasjonal terrorisme.

I desember 2004 avsa det britiske overhus (*House of Lords*) en dom om at denne bestemmelsen var i strid med EMK artikkel 5 og 14. I 2005 ble relevante deler av lov om terrorbekjempelse, kriminalitet og sikkerhet (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*), 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 på 5 år.

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

7 DEPARTEMENTETS VURDERING

7.1 Meldeplikt og bestemt oppholdssted

Når en asylsøker eller en utlending uten lovlig opphold blir straffet for et kriminelt forhold, vil det i perioden etter endt soning av dommen kunne være grunnlag for frihetsberøvelse i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b (unndragelsesfare). I punkt 7.2.3.2 nedenfor er det videre foreslått en ny § 106 første ledd bokstav d om frihetsberøvelse av utlending som er utvist for et straffbart forhold. I de øvrige tilfellene bør det etter departementets syn være adgang for politiet til å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Bruken av slike tiltak vil for eksempel kunne motvirke at enkelte utlendinger som er omreisende kriminelle, begår kriminelle handlinger i tiden før et eventuelt utvisningsvedtak kan gjennomføres.

Departementet har vurdert om adgangen til å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted bør forutsette at utlendingen er ilagt straff eller om eventuelt siktelse bør

være tilstrekkelig. Departementet har i denne forbindelse sett hen til at en utlending som for eksempel nekter å vedta et forelegg for narkotikabesittelse (jf. straffeloven § 162 annet ledd), ikke uten videre kan varetektsfengsles etter straffeprosessloven. Selv om det gis prioritet til oppfølging av denne type saker i straffesaksprosessen, vil det kunne ta noe tid før det foreligger en endelig avgjørelse om straff. Departementet ser imidlertid at det kan være rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å la en siktelse være avgjørende for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven. Departementet har derfor i lovforslaget knyttet bruken av meldeplikt og bestemt oppholdssted til "ilagt straff". Departementet ber høringsinstansene gi eventuelle synspunkter på dette. Det understrekes at det alltid vil være grunnlag etter egne bestemmelser for å vurdere tvangsmidler dersom utlendingen har oppgitt falsk identitet eller dersom det foreligger unndragelsesfare.

Forslaget om en ny hjemmel for å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted fremgår av forslaget til ny § 105 første ledd bokstav c.

Det vises for øvrig til forskriftens § 18-12¹⁵ når det gjelder hva som kan være innholdet i et pålegg om bestemt oppholdssted. Et slikt pålegg kan blant annet gå ut på at utlendingen må bo på et bestemt mottak og begrense vedkommendes bevegelsesfrihet til et bestemt politidistrikt e.l. Et pålegg om bestemt bosted kan eventuelt kombineres med meldeplikt for å sikre kontroll med at utlendingen faktisk overholder pålegget.

Det fremgår av forskriften at et pålegg om bestemt oppholdssted ikke må begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner pålegget. Det vises for øvrig til at Menneskerettsdomstolen har hatt til behandling saker hvor man har kommet til at pålegg om et bestemt oppholdssted har hatt et slikt innhold at det har vært tale om frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, jf. *Guzzardi mot Italia* (1977). Klager ble i den saken pålagt å oppholde seg 16 måneder på en avsidesliggende øy utenfor kysten av Sardinia. Han måtte oppholde seg innenfor et 2,5 km² område, der bare personer med tilsvarende pålegg oppholdt seg. Kone og barn kunne bo med ham. Han kunne bevege seg fritt på området som ikke var inngjerdet, men han kunne ikke besøke andre steder på øya. Folk som bodde på øya kunne gå inn på området, men gjorde det sjelden. Klageren måtte melde seg to ganger om dagen og var pålagt portforbud. EMD fant at dette utgjorde frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

Dersom utlendingen ikke overholder et pålegg om bestemt oppholdssted/meldeplikt, vil det være nødvendig å kunne bruke mer inngripende tvangsmidler for å sikre kontroll med utlendingen. Loven bør derfor gi hjemmel for bruk av frihetsberøvelse i slike tilfeller, jf. punkt 7.2.3.3 nedenfor. Meldepliktsreglene vil imidlertid favne noe videre enn bestemmelsen om frihetsberøvelse: Mens meldepliktsreglene både retter seg mot asylsøkere og utlendinger med ulovlig opphold, vil bestemmelsen om frihetsberøvelse – på grunn av de skranker for frihetsberøvelse som følger av

¹⁵ Referert i punkt 4 ovenfor.

returdirektivet – bare gjelde utlendinger som oppholder seg her lovlig i forbindelse med en søknadsprosess. Spørsmålet om videre frihetsberøvelse etter at det foreligger et endelig avslag, må vurderes etter de øvrige reglene om frihetsberøvelse, herunder bestemmelsen om frihetsberøvelse på grunn av unndragelsesfare (hvor det etter forslaget i høringsnotatet om gjennomføring av returdirektivet i norsk rett 3. februar 2010, vil være et relevant moment ved vurderingen at utlendingen har begått kriminalitet).

7.2 Frihetsberøvelse

7.2.1 Innledning

Frihetsberøvelse er det mest inngripende virkemiddel en stat kan iverksette mot enkeltindivider. Normalt er det brudd på straffebestemmelser som gir adgang til frihetsberøvelse, men som det fremgår i punkt 5 ovenfor, åpner folkeretten for at det på nærmere vilkår kan gjennomføres frihetsberøvelse i utlendingsrettslig sammenheng.

Flere forhold gjør at det nå er grunn til å vurdere utvidet adgang til frihetsberøvelse overfor utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser (punkt 7.2), overfor utlendinger som man antar at vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at de plikter å forlate riket (pkt. 7.2.3.1), overfor utlendinger som er utvist på grunn av et straffbart forhold (pkt. 7.2.3.2), overfor utlendinger som har brutt pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted (pkt. 7.2.3.3) overfor utlendinger som det er grunn til å mistenke at oppgir falsk identitet (pkt. 7.2.3.4) og overfor utlendinger som trenerer behandlingen av utlendingssaken (pkt. 7.2.3.5). For øvrig har departementet funnet grunn til å innta en ny bestemmelse om frihetsberøvelse av utlendinger som er i transitt i Norge med sikte på utsendelse (pkt. 7.2.3.6).

Når det gjelder behovet for tiltak overfor personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, vises det til punkt 7.2 nedenfor. For de andre situasjonene viser departementet særlig til at det i de senere år har vært et høyt antall asylsøkere og et økende problem med utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt avslag. Begge deler gir grunn til å vurdere om det bør gjøres økt bruk av frihetsberøvelse som virkemiddel for å oppnå en mer effektiv etterlevelse og gjennomføring av negative vedtak. Det er videre viktig å motvirke at utlendinger kommer til Norge under påberopelse av et beskyttelsesbehov med det formål å begå kriminalitet i profittøyemed. Dersom man ikke lykkes med dette, kan det svekke oppslutningen om asylinstituttet.

På asylfeltet er det et kjent problem at en veldig stor andel av søkerne er uten pass eller andre identitetsdokumenter. I mange saker finner myndighetene grunn til å tvile på den identiteten som oppgis, og utlendingen bidrar ikke slik som man kan forvente til å oppklare identiteten. Særlig i de tilfellene hvor utlendingen også er domfelt for

straffbare handlinger, kan det være grunn til å vurdere en videre adgang til frihetsberøvelse enn i dag.

Frihetsberøvelse som alene er begrunnet i at utlendingen har begått eller vil begå straffbare handlinger, må forankres i straffelovgivningen eller straffeprosesslovgivningen, eventuelt i lovgivningen om psykisk helsevern. Straff skal selvsagt 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 EMK artikkel 14.

7.2.2 Frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser

Som det fremgår under punkt 3 ovenfor, tillater EMK at statene i sin nasjonale lovgivning har hjemler for frihetsberøvelse av utlendinger som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse. Det som drøftes i dette punktet er om vi overfor personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, bør gå lenger enn i dag i å utnytte dette handlingsrommet. Det vises i denne sammenheng også til at hensynet til nasjonal sikkerhet og offentlig orden er ett av de hensyn som i henhold til UNHCRs retningslinjer kan tillate frihetsberøvelse av asylsøkere.

Returdirektivet artikkel 15 nr. 1 forutsetter i utgangspunktet at det må foreligge unndragelsesfare eller en situasjon hvor utlendingen motarbeider retur, for at det skal være adgang til frihetsberøvelse. Som nevnt under punkt 5.2, må imidlertid direktivet tolkes i samsvar med forutsetningene for Schengen-samarbeidet om at nasjonal sikkerhet forblir statenes eget ansvar.

I de sakene hvor det fastslås i et vedtak fra UDI eller UNE eller i en instruks fra departementet at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, vil sikkerhetshensyn som oftest tilsi at uttransportering bør skje så raskt som mulig, og at utlendingen ikke bør ha mulighet til å bevege seg fritt i samfunnet. Hvis utlendingen kan knyttes til for eksempel internasjonal terrorisme, vil også et bredere hensyn til internasjonalt samarbeid om terrorbekjempelse og andre Schengenlands sikkerhet, være argumenter som taler for en kombinasjon av frihetsberøvelse og rask uttransportering. Det vises i denne sammenheng også til det som fremgår i Ot.prp. nr. 75 2006-2007 punkt 18.4 om at begrepet ”grunnleggende nasjonale interesser” vil omfatte både norske og utenlandske interesser i Norge, samt trusler rettet mot norske interesser i utlandet og hensynet til Norges alliansepartnere.

Ut fra en totalvurdering vil departementet foreslå en utvidet hjemmel for frihetsberøvelse av utlendinger som truer grunnleggende nasjonale interesser innenfor de rammer som EMK setter. Det vises til at det alltid vil måtte vurderes av domstolen

om det pågår en aktiv prosess med å få til utsendelse av utlendingen, og at frihetsberøvelse fremstår som et forholdsmessig tiltak, jf. lovens § 99.

En forutsetning for at frihetsberøvelse skal kunne foretas med grunnlag i en ny fengslingshjemmel, vil være at det er uttrykkelig fastslått i et vedtak eller i en instruks fra departementet at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Som det fremgår i punkt 3 ovenfor, vil en slik konstatering ofte skje i sammenheng med et 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). I enkelte tilfeller er imidlertid situasjonen at departementet gjennom en instruks vil fastslå at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, men uten at selve vedtakskonklusjonen (avslag på opphold, bortvisning eller utvisning), har dette som grunnlag. Situasjonen kan for eksempel være at departementet konstaterer uttrykkelig gjennom en instruks at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, men samtidig instruerer om at utvisning skal skje med grunnlag i ilagt straff eller andre forhold som gir grunnlag for utvisning etter de ordinære utvisningsbestemmelsene – situasjonen i slike saker er at det ikke har vært nødvendig for departementet å forankre selve avslagsvedtaket eller utvisningsvedtaket i at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

Det foreslås med grunnlag i det som her er drøftet at det i lovens § 106 første ledd bokstav g, inntas en ny adgang til frihetsberøvelse dersom

"det er fastslått i en instruks fra departementet eller i et vedtak i utlendingssaken, at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse."

Formuleringen om at det må være fastslått i en instruks fra departementet eller i et vedtak i utlendingssaken at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, innebærer at det enten må foreligge et vedtak fra UDI eller UNE, eller at det er gitt en instruks fra departementet til UDI eller UNE om å treffe et vedtak som bygger på at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Frihetsberøvelse kan med andre ord iverksettes allerede mens saken er til behandling i UDI (så lenge det foreligger en instruks fra departementet), selv om utlendingen på dette tidspunkt har lovlig opphold under saksbehandlingen. Vilkåret i EMK art. 5 nr. 1 bokstav f om at det må "treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse", må anses oppfylt når det foreligger en instruks eller et vedtak som innebærer at søkeren vil plikte å forlate riket dersom vedtaket blir endelig. Som påpekt ovenfor kan det også forekomme tilfeller hvor det er fastslått i en instruks at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, men uten at selve vedtakskonklusjonen (avslag på opphold, bortvisning eller utvisning), har dette som grunnlag.

Det understrekes for øvrig at dersom det bare foreligger en instruks, og denne er gradert slik at den heller ikke gjøres kjent for utlendingen, kan instruksene ikke brukes som grunnlag for frihetsberøvelse.

Som det er påpekt i punkt 5.1 ovenfor, vil det normalt ikke være adgang til frihetsberøvelse overfor en person som er vernet mot retur i henhold til EMK eller andre folkerettslige skranker mot retur. 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 artikkel 3, har Menneskerettsdomstolen i noen tilfeller godtatt frihetsberøvelse 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 frihetsberøvelse i tilfeller hvor det for tiden foreligger et utsendesvern, er det grunn til å tro at Menneskerettsdomstolen 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.

Det er politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt som treffer beslutning om å reise fengslingssak. Det følger av lovens § 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 4 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. For å tydeliggjøre at departementet ikke har noen instruksjonsadgang når det gjelder bruk av tvangsmidler etter lovens kapittel 12, gjøres det en tilføyelse om dette i lovens § 76 fjerde tredje ledd, annet punktum.

Se for øvrig punkt 7.2.3 nedenfor om varigheten av frihetsberøvelse.

7.2.3 Andre grunnlag for frihetsberøvelse

7.2.3.1 *Frihetsberøvelse på grunn av unndragelsesfare*

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b fastsetter at en utlending kan fengsles på grunn av unndragelsesfare dersom "*det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettelsen av vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket*".

Gjennomgangen i punkt 6 over viser at terskelen 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. I Finland er kriteriet at det ut fra utlendingens personlige og øvrig forhold, "*finns grundad anledning att anta*" at vedkommende vil unndra seg iverksettelse.

Departementet mener at rammene for frihetsberøvelse ikke bør være snevrere i Norge enn i våre naboland. Innenfor de rammene som EMK setter, bør norsk politi ha like effektive virkemidler for utlendingskontrollen som politiet i våre naboland.

Departementet har også lagt vekt på at det i saker etter straffeprosessloven § 171 ikke er et krav til sannsynlighetsovervekt for unndragelse for at man skal kunne varetektsfengsle, jf. for eksempel Rt 2003 s. 1485. I utlendingssaker er utgangspunktet at utlendingen ikke fyller vilkårene for oppholdstillatelse (har uklar identitet eller har fått avslag/er utvist), og frihetsberøvelse skjer i forbindelse med klarlegging av identitet eller uttransportering fra Norge. Vedkommende vil normalt ha hatt bistand fra advokat i forbindelse med den underliggende utlendingssaken (bortvisning, avslag asyl eller lignende).

I dag forsvinner et forholdsvis stort antall utlendinger både i søknadsprosessen og etter at endelig vedtak er fattet. Med bedre mulighet til å prioritere hvem som skal fengsles, vil det være mulig å redusere dette antallet. Politiet vil ha bedre kontroll med at utlendinger med et endelig avslag forlater landet.

Det er for øvrig grunn til å påpeke at returdirektivet ikke setter som et vilkår for EU-landenes rett til å bruke frihetsberøvelse, at det stilles krav til sannsynlighetsovervekt for unndragelse.

I forslag til § 106 første ledd bokstav b har departementet med grunnlag i det som her er drøftet, foreslått en endring av sannsynlighetskravet for unndragelsesfare. Etter departementets forslag vil det være tilstrekkelig at det er "grunn til å anta" at utlendingen vil unndra seg iverksettelse.

Departementet viser for øvrig til høringsbrev 03.02.2010 om gjennomføringen av returdirektivet i norsk rett, hvor det er foreslått en ny bestemmelse (§ 106a) som gir nærmere kriterier for hva som kan vektlegges ved vurderingen av unndragelsesfare. Det forhold at det er foreslått lovfestet objektive kriterier for vurderingen, gjør også at det er mindre betenkelig å senke terskelen for sannsynlighetsvurderingen noe.

7.2.3.2 Utlendinger som er utvist på grunn av straffbare forhold

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 også at det for tiden pågår en prosess med å få til bedre koordinering og mer effektive rutiner mellom

kriminalomsorgen, politiet og UDI og UNE, slik at frihetsberøvelse 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. Situasjonen kan for eksempel være 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 man har en slik situasjon og det pågår en prosess med å få til retur, mener departementet at det bør gis hjemmel for frihetsberøvelse uten at man alltid først må forsøke å anvende meldeplikt/bestemt oppholdssted, dersom utlendingen er utvist for et straffbart forhold av en viss alvorlighet, jf. forslaget til bestemmelse i § 106 første ledd bokstav d. Selv om det ikke kan konstateres noen unndragelsesfare, mener således departementet at det i tilfeller med kriminalitet av en viss alvorlighetsgrad bør være mulig å benytte den adgangen til frihetsberøvelse som følger av EMK uten at dette anses som for inngripende. Det understrekes at det alltid skal vurderes av retten om det er forholdsmessig med frihetsberøvelse, jf. utlendingsloven § 99, og i denne vurderingen vil det også inngå en vurdering av om det i det konkrete tilfellet vil være tilstrekkelig å benytte mindre inngripende tvangsmidler.

Når det gjelder spørsmålet om hvor alvorlig det straffbare forholdet bør være for at det skal foreligge en slik adgang til frihetsberøvelse, har ikke departementet tatt noe foreløpig standpunkt til dette. De situasjoner som etter departementets vurdering helt klart bør dekkes, er de situasjoner hvor det gjelder en øvre strafferamme på fengsel i 6 år eller mer. Dette vil for eksempel omfatte følgende forhold som kan føre til fengsel i 10 år eller mer:

- alvorlige allmennfarlige forbrytelser: terrorhandlinger, terrorfinansiering, mordbrann, flykapring, forurensning og forgiftning som medfører fare for tap av liv eller helse, befatning med sprengstoff, bakteriologiske våpen og spredning av sykdom samt å inngå forbund om å gjennomføre enkelte av disse forbrytelsene
- grove seksualforbrytelser: voldtekt, seksuelle overgrep mot barn under 14 år og grovere formere for seksuelle overgrep mot barn under 16 år
- drap
- kvalifiserte former for ulovlig frihetsberøvelse, falsk anklage, pengefalsk og ran
- grove narkotikaforbrytelser
- grov menneskehandel

og følgende forhold som kan føre til fengsel i 6 år eller mer:

- utroskap
- grovt underslag
- grovt tyveri
- grovt heleri
- oppfordring, rekruttering og opplæring til terrorhandlinger

- tvangsekteskap
- seksuell omgang med barn under 16 år
- grove legemsbeskadigelser

På hvilken måte man skal fange opp forhold med strafferamme under 6 år som også bør kunne føre til bruk av frihetsberøvelse etter utlendingsloven, er noe departementet ønsker at høringsinstansene skal uttale seg om.

Departementet mener at blant annet enkelte volds- og sedelighetsforbrytelser med lavere øvre strafferamme enn 6 år, bør kunne føre til at det vurderes frihetsberøvelse etter utlendingsloven. Dette gjelder for eksempel vold i nære relasjoner (øvre strafferamme inntil 4 år), legemsfornærmelse med betydelig skade (inntil 4 år), legemsbeskadigelse (inntil 4 år) og kjønnslemlestelse (inntil 4 år).

Tilsvarende mener departementet at det er grunn til å vurdere blant annet ran (øvre strafferamme 5 år, jf. straffeloven § 267, jf. 268 første ledd) og menneskehandel (øvre strafferamme fengsel inntil 5 år, jf. straffeloven § 224), i tillegg til enkelte straffebud med øvre strafferamme fengsel i 3 år som underslag (straffeloven § 255), tyveri (straffeloven § 257), bedrageri (straffeloven § 270), og mindre alvorlig vinningskriminalitet som innbrudd (øvre strafferamme fengsel inntil 1 år, jf. straffeloven § 147) og narkotikalovbrudd etter straffeloven § 162 første ledd (øvre strafferamme fengsel inntil 2 år). Det bes om høringsinstansenes synspunkter på om det er ønskelig å presisere typer av straffebud slik som her gjort, og i så fall hvilke, eller om høringsinstansene foretrekker at loven opererer med en generell strafferamme som er lavere enn 6 år.

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 etter en vurdering kommet til at den bestemmelsen som allerede er foreslått om adgang til å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted under saksbehandlingen, bør være tilstrekkelig også for de tilfeller hvor det gjelder en mer alvorlig strafferamme. Det må her legges avgjørende vekt på at vi er utenfor de tilfeller hvor det er funnet grunnlag for frihetsberøvelse etter straffeprosessloven. Vedkommende person har sonet sin straff. Det vil derfor være betenkelig om man skal innføre en direkte adgang til frihetsberøvelse i utlendingsloven, uten plikt til først å prøve mindre inngripende tvangsmidler. Situasjonen er annerledes etter at det foreligger et vedtak om utvisning: Man er over i en fase hvor det er foreløpig klarlagt at utlendingen ikke har rett til opphold i Norge, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på retur.

Departementet mener at det ikke vil innebære noe tilfelle av ulovlig dobbeltforfølgning at det besluttet frihetsberøvelse etter utlendingsloven i et tilfelle hvor det er et sentralt moment at utlendingen er ilagt straff. Frihetsberøvelse etter utlendingsloven har ikke et

pønalt formål, men er knyttet til at utlendingen har fått et vedtak som innebærer at vedkommende får plikt til å forlate landet.

7.2.3.3 Brudd på pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted

Som det fremgår under punkt 7.1 ovenfor, foreslår departementet en ny bestemmelse om at en utlending som er asylsøkere eller har ulovlig opphold, skal kunne pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted dersom vedkommende begår et straffbart forhold som kan føre til utvisning etter lovens § 66 første ledd bokstav c. Dersom utlendingen ikke overholder en slik meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, vil det som nevnt være nødvendig å kunne benytte mer inngripende tvangsmidler for å sikre kontroll med utlendingen. Utlendingsloven bør derfor gi adgang til frihetsberøvelse ut fra kontrollhensyn når det ennå ikke er avklart om utlendingen har lovlig grunnlag for sitt opphold, jf. Menneskerettsdomstolens standardformulering om at EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f skal forstås som en unntaksregel om fengsling, som tillater statene *"to control the liberty of aliens in an immigration context. (...) States enjoy an undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory."*¹⁶ Noe av den samme begrunnelse som ligger til grunn for utvisningsbestemmelsene i utlendingsloven, vil ha relevans også her, 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".

Det vises med bakgrunn i dette til departementets forslag til ny bestemmelse i § 106 første ledd bokstav c om adgang til frihetsberøvelse så lenge utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort:

"en utlending ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c og utlendingen har en søknad 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) frihetsberøvelse at det er en aktiv saksprosess, og at frihetsberøvelse ikke fremstår som uforholdsmessig.

Som nevnt i punkt 7.1 ovenfor, må spørsmålet om videre frihetsberøvelse etter at det foreligger et endelig avslag, avgjøres etter de alminnelige reglene om frihetsberøvelse. Vilkåret vil da i praksis normalt være at det må foreligge unndragelsesfare (og det vil være et relevant moment ved denne vurderingen at utlendingen er straffet). Departementet har vurdert om det bør være adgang til videre frihetsberøvelse

¹⁶ Jf. blant annet Saadi mot Storbritannia, 13229/03, avsnitt 64.

utelukkende på det grunnlag at utlendingen har blitt ilagt straff og er i en utsendelsesprosess (hvilket det vil være adgang til etter returdirektivet), men har kommet til at det her bør kreves at utlendingen har begått et straffbart forhold av en viss alvorlighet og er utvist, jf. punkt 7.2.3.2 over.

Departementet har videre vurdert om det bør være et vilkår for ordningen med frihetsberøvelse at utlendingen faktisk er straffet, eller om det skal holde at det er reist siktelse eller tatt ut tiltale. Departementet har kommet til at når et så alvorlig tiltak som frihetsberøvelse skal knyttes til kriminalitet, bør beslutningen være forankret i at straff er ilagt og ikke bare at det foreligger en siktelse eller en tiltale, jf. drøftelsen i punkt 7.1 ovenfor i tilknytning til meldeplikt og pålegg om bestemt oppholdssted, og departementets anmodning om høringsinstansenes synspunkter.

Det bemerkes for øvrig at en ny bestemmelse om frihetsberøvelse etter utlendingsloven heller ikke vil være til hinder for at utlendingen kan bli straffet etter utlendingsloven § 108 annet ledd bokstav a for overtredelse av § 105. Det er nødvendig å opprettholde straffebestemmelsen særlig med sikte på de forhold hvor utlendingen blir innvilget opphold, men hvor det likevel kan være aktuelt å reagere med straff for at vedkommende har brutt et pålegg om bestemt oppholdssted eller meldeplikt under saksbehandlingen.

7.2.3.4 Uklar identitet

Etter lovens § 106 første ledd bokstav a er det kun i de tilfeller det er "*skjellig grunn til å mistenke*" at utlendingen oppgir falsk identitet at utlendingen kan fengsles på grunn av identitetstvil. Dette må forstås slik at det må være mer enn 50 prosent sannsynlig at utlendingen oppgir falsk identitet for at det skal være grunnlag for frihetsberøvelse.

Som det fremgår av beskrivelsen av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f ovenfor, vil det relevante kriteriet for frihetsberøvelse etter EMK i disse tilfellene, være at frihetsberøvelse må skje "*for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse*", eventuelt "*med sikte på utsendelse*" dersom frihetsberøvelse også opprettholdes etter at det foreligger et avslagsvedtak. Verken vilkåret om at det må være mistanke om falsk identitet eller beviskravet knyttet til dette er altså noe man *må* operere med for å være innenfor de tillatte rammene i EMK.

Det følger videre av fremstillingen i punkt 4 ovenfor at verken Sverige eller Finland opererer med noe krav om sannsynlighetsovervekt for at utlendingen har oppgitt falsk identitet i sine fengslingsbestemmelser.

På samme måte som når det gjelder kriteriene for frihetsberøvelse på grunn av unndragelsesfare, mener departementet at terskelen for frihetsberøvelse i saker med identitetstvil, bør harmoniseres med de reglene som gjelder i våre naboland. Departementet foreslår derfor en bestemmelse som fastsetter at det kan besluttet frihetsberøvelse dersom "*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 ", jf. lovforslagets § 106 første ledd bokstav a.

7.2.3.5 Manglende opplysning av saken

Det følger videre av fremstillingen i punkt 4 ovenfor at det både i svensk, finsk og dansk rett er hjemler for frihetsberøvelse dersom utlendingen trenerer eller motarbeider opplysning av saken, for eksempel ved å holde seg unna.

Noe tilsvarende fengslingsgrunnlag finnes ikke i norsk rett. I henhold til lovens § 83 første ledd kan politiet og UDI pålegge den utlending saken gjelder, å møte personlig for og gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket og lovens § 93 fjerde ledd første og annet punktum, fastsetter videre følgende:

"Søkeren plikter å gjøre sitt beste for å fremlegge nødvendig dokumentasjon og medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger. For dette formålet kan søkeren pålegges å være tilgjengelig på et nærmere angitt sted."

Dersom utlendingen ikke overholder møteplikten etter § 83 første ledd kan dette straffes, jf. § 108 annet ledd bokstav a. En overtredelse av plikten til å være tilgjengelig etter lovens § 93 fjerde ledd kan derimot ikke straffes.

Asylsaker er ofte særpreget ved vanskelige bevissspørsmål. Svært ofte er situasjonen at man bare har utlendingens egen forklaring å forholde seg til, uten at denne lar seg underbygge med dokumentasjon av noen art. Det er derfor svært problematisk dersom utlendingen opptrer på en måte som forhindrer eller trenerer opplysning av saken. Det finnes heller ingen rimelig grunn til at man ikke skal kunne ta i bruk inngripende virkemidler når en utlending som søker beskyttelse i Norge selv forvansker behandlingen av asylsøknaden. Departementet mener derfor at det er tungtveiende grunner for at man på samme måte som i svensk og finsk rett, bør innføre en hjemmel for frihetsberøvelse også der hvor utlendingen hindrer eller vesentlig forvansker sakens opplysning, herunder ved å holde seg utilgjengelig under saksbehandlingen, jf. lovforslaget § 106 første ledd bokstav e.

Det understrekes at formålet med frihetsberøvelse etter lovforslaget § 106 første ledd bokstav e, ikke vil være å straffe utlendingen, men å sikre at utlendingen er tilgjengelig mv. i forbindelse med saksbehandlingen. I praksis vil nok de aktuelle sakene som oftest gjelde klarlegging av identitet, og dermed vil det allerede være hjemmel for frihetsberøvelse i lovforslaget § 106 første ledd bokstav a. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor det ikke er tvil om identiteten, men hvor utlendingen på annen måte bidrar til å forsinke saksprosessen. Det vises også til tilfeller hvor asylsøkere har slipt fingertuppene sine for å unngå at fingeravtrykkene gjenfinnes i Eurodac. I slike situasjoner fengsles det i dag på grunn av mistanke om falsk identitet, men en slik hjemmel som nå foreslås, fremstår som mer treffende.

Et annet eksempel er at det i tilknytning til den kategorien saker som utlendingsmyndighetene har til hensikt å avgjøre innen 48 timer kan tenkes å være et behov for frihetsberøvelse dersom utlendingen ikke viser vilje til å holde seg tilgjengelig. Tilsvarende kan det være behov for pågrepelse dersom utlendingen ikke møter til språktest eller tilleggsintervju. I slike saker vil det imidlertid i praksis være mest aktuelt å avslå saken ut fra bevisbyrdevurderinger så lenge utlendingen ikke bidrar til sakens opplysning. Domstolen må uansett vurdere om frihetsberøvelsen er egnet til å tjene det formålet utlendingsmyndighetene oppgir.

7.2.3.6 Frihetsberøvelse av utlending i transitt

Rådsdirektiv EU 2003/110/EC, "Transittdirektivet" gir mulighet for en stat til å anmode et Schengenland 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 frihetsberøvelse på grunn av unndragelsesfare. POD har tidligere påpekt overfor departementet at en slik gjennomreise vil kunne medføre bruk av pågrepelse og fengsling for et tidsrom av inntil 24 timer.

Den danske utlendingsloven § 36 stk. 8 har en egen bestemmelse om frihetsberøvelse 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 frihetsberøves.

Departementet anser at adgangen til frihetsberøvelse her også bør tydeliggjøres i den norske loven gjennom en egen bestemmelse. Det vises til forslaget til ny § 106 første ledd bokstav g.

7.2.4 Varigheten av frihetsberøvelsen

Frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 106 skal i henhold til denne bestemmelsens tredje ledd, ikke overstige tolv uker, med mindre det foreligger særlige grunner. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om ny utlendingslov, er blant annet følgende uttalt om denne bestemmelsen (s. 365-366):

"I mange tilfeller kan det ta lenger tid enn både 6 og 12 uker å få iverksatt et vedtak, for eksempel fordi det må skaffes reisedokumenter eller innhentes samtykke fra landet utlendingen skal returneres til. Denne prosessen løper i et flertall av saker uten at utlendingen i mellomtiden sitter fengslet. Ved unndragelsesfare kan det imidlertid være behov for fengsling. Selv om det må antas at det ved fengsling i forbindelse med iverksetting av vedtak uten at det samtidig er skjellig grunn til mistanke om falsk identitet, som regel vil være mulig å få vedtaket iverkseatt innen 12 uker, kan det likevel forekomme unntak. Departementet mener at det er viktig med en sikkerhetsventil for de tilfeller der det er hindringer for uttransport ved fengslingstidens utløp, når disse årsakene ligger utenfor politiets kontroll. Det kan for

eksempel dreie seg om flystreik eller forsinkelser fra mottakerlandets myndigheter med hensyn til å fremskaffe nødvendige reisedokumenter eller klarere innreise mv. Man unngår dermed at utlendingen som skulle uttransporteres isteden må løslates og dermed påregnelig unndrar seg iverksetting.”

Departementet fastholder de vurderinger som her er foretatt, men har kommet til at det av tydelighetshensyn kan være grunn til å understreke i selve lovbestemmelsen at manglende medvirkning fra utlendingen selv, vil være å anse som en ”særlig grunn” for lengre fengsling.

Departementet har vurdert om det bør gjøres generelt unntak fra tolvukersfristen når beslutningen om frihetsberøvelse gjelder utlendinger som har begått kriminalitet, men har kommet til at tolvukersfristen bør gjelde også i slike tilfeller. Med mindre utlendingen selv kan klandres for at utsendelse ikke har funnet sted, eller det foreligger andre særlige grunner, vil en fengslingsperiode ut over 12 uker normalt fremstå som uforholdsmessig.

For øvrig vises det til at Høyesterett har foretatt en drøftelse i Rt. 2009 s. 797 (avsagt etter tidligere utlendingslov) av 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.”

I situasjoner hvor utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, følger det av sakens karakter at det vil være en "særlig grunn" til fengsling i mer enn 12 uker dersom det fortsatt treffes tiltak fra myndighetenes side med sikte på retur. Det er derfor ikke naturlig at fengslingsfristen på 12 uker gjøres gjeldende for fengslinger etter § 106 første ledd bokstav h. I saker som berører grunnleggende nasjonale interesser, kan også vedtak om utvisning, samt gjennomføring av dette, være særlig krevende. Det kan også være særlig aktuelt med domstolsprøving. Det foreslås derfor en endring i § 106 tredje ledd slik at det her presiseres at bestemmelsen om fengslingstid på 12 uker, ikke gjelder for etter første ledd bokstav h.

For øvrig vises det til det som fremgår i punkt 3.1 om grensene for varigheten av en frihetsberøvelse i henhold til Menneskerettsdomstolens praksis etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f.

I forbindelse med gjennomføringen av returdirektivet i norsk rett er det foreslått å innta en bestemmelse i § 106 tredje ledd om at samlet fengslingstid ikke kan overstige 18 måneder, med mindre utlendingen kan utvises som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Når det nå foreslås innført en ny hjemmel for frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og er i en utsendelsesprosess, bør det også gjøres unntak fra 18-månedersgrensen for denne gruppen. Det understrekes at det likevel sjelden vil være grunnlag for å holde noen fengslet i mer enn 18 måneder. Det vises her til det som tidligere er beskrevet i punkt 5.1 ovenfor om at det etter EMK er et vilkår at det pågår en aktiv prosess for å gjennomføre utsendelsen.

7.3 Endring av fremstillingsfristen etter utlendingsloven

Forslag til forlengelse av fremstillingsfristen ble vurdert i forbindelse med utlendingsloven 2008. Det ble den gang vurdert å utvide fremstillingsfristen fra dagens

”snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen” til en fremstillingsfrist liknende den man har i straffeprosessloven § 183 første ledd første punktum, som lyder:

”Vil påtalemyndigheten beholde den pågrepne, må den snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling.”

I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om ny utlendingslov, ble det konkludert med at man ikke ville innføre en slik utvidet fremstillingsfrist:

”Det er forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende ved fastsettelsen av fremstillingsfristen i utlendingsloven og straffeprosessloven. Mens formålet med endringen i straffeprosessloven er å redusere det totale antall fengslingsdøgn, vil en eventuell endring i utlendingsloven måtte begrunnes med effektiviseringshensyn ved at politiet kan holde utlendingen lenger før vedkommende må fremstilles for domstolene. En endring av fremstillingsfristen i utlendingsloven vil ikke redusere det totale antall døgn utlendinger holdes i forvaring i et utlendingsinternat. Etter departementets vurdering må hensynet til utlendingens rettssikkerhet, ved at utlendingen tidlig får prøvet saken for retten, veie tyngre enn effektiviseringshensyn.”

Pågrepelse og frihetsberøvelse er inngripende tvangsmidler, og fremstillingsfristen bør bare forlenges dersom de fordelene man oppnår er klart større enn betenkelighetene ved å fjerne rettigheter som skal verne om utlendingens rettssikkerhet.

Flere forhold gir etter departementets vurdering grunn til en ny vurdering:

- Antallet asylsøkere har økt kraftig, og det har vært et økende problem med utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt avslag. Dette gjør at tiltak som kan effektivisere returarbeidet er enda viktigere enn før.
- Et høyere antall asylsøkere har ført til flere saker hvor det er aktuelt å vurdere fengslinger etter utlendingsloven, noe som gjør at hensynet til effektivisering veier enda tyngre enn tidligere. En utvidelse av fremstillingsfristen kan føre til færre fengslinger og kan derved være ressursbesparende.
- Fremstillingsfristen er drøftet i forbindelse med EUs returdirektiv, og prosessen har vist at Europaparlamentet ønsket en fremstillingsfrist (48 timer) som er lenger enn den norske og at Kommisjonen mener at en fremstillingsfrist på 72 timer vil være akseptabel etter direktivet slik det ble utformet.

Mot denne bakgrunn vises det til de øvrige hovedargumentene som taler for en utvidelse av fremstillingsfristen:

- Det kan åpne for noe mer fleksibilitet for politiet ved utvelgelsen av hvilke utlendinger man skal prioritere i perioder hvor det pågripes mange på samme tid. For eksempel når politiet aksjonerer eller i situasjoner hvor mange sitter pågripepet samtidig.

- Det er ikke de samme rettssikkerhetsmessige betenkeligheter som gjør seg gjeldende ved frihetsberøvelser i utlendingssaker som i saker etter straffeprosessloven. I saker etter straffeprosessloven er det spørsmål om å knytte en potensielt uskyldig person til en straffbar handling. I utlendingssaker er utgangspunktet at utlendingen ikke fyller vilkårene for oppholdstillatelse (har uklar identitet eller har fått avslag/er utvist), og frihetsberøvelsen skjer i forbindelse med dette. Vedkommende vil normalt ha hatt bistand fra advokat i forbindelse med den underliggende utlendingssaken (bortvisning, avslag asyl eller lignende).
- Det er grunn til å tro at en utvidelse av fremstillingsfristen etter utlendingsloven isolert sett vil kunne føre til færre fengslinger: Politiets incitament til å pågripe i saker om unndragelsesfare, vil være at man har tro på en rask uttransportering.
- Det forhold at man har ulik fremstillingsfrist etter utlendingsloven og straffeprosessloven kan være uheldig fordi det vil kunne føre til uoversiktlige regler som i enkelte sammenhenger kan skape misforståelse om hvilke fremstillingsfrister som gjelder.

Ordlyden i EMK artikkel 5 nr. 4 ("speedily") og SP artikkel 9 nr. 4 ("without delay"), trekker i retning av at retten til domstolsprøving inntreer umiddelbart. Som det bemerket i punkt 5.4 ovenfor, må likevel bestemmelsene forstås slik at det må vurderes konkret hvilket tidsforløp som vil holde seg innenfor de rammene som fastsettes. Kommisjonen har som angitt lagt til grunn at domstolsprøving innen tre dager vil være tilstrekkelig, og som det fremgår i punkt 4 ovenfor, er fremstillingsfristen frie døgn i Finland og tre døgn i Danmark.

Departementet er etter dette kommet til at det er både hensiktsmessig og forsvarlig at fremstillingsfristen i utlendingssaker foreslås endret til "snarest mulig, og senest tre dager etter pågripelsen", tilsvarende som i saker etter straffeprosessloven.

Når det gjelder spørsmålet om når det skal inntre en rett til advokat, vises det til det som fremgår i punkt 5.4 ovenfor, om at det ikke følger noen automatisk rett til advokat av bestemmelsene i EMK eller SP. Menneskerettsdomstolen har heller ikke lagt dette til grunn som en generell regel. Visse tilfeller står derimot i en særstilling, og praksis fra Menneskerettsdomstolen viser at personer som er frihetsberøvet kan ha rett til prosessfullmektig når dette er nødvendig for at domstolskontrollen skal være effektiv.

Etter EMKs system vil det være slik at det må foretas en konkret vurdering av om advokathjelp er nødvendig for at rettigheten i artikkel 5 nr. 4 skal være reell. En mer skjematisk regel om at man har krav på prosessfullmektig i forbindelse med en fremstilling som skjer innen tre dager, vil ofte gå lenger enn det EMK krever, men kan, unntaksvis, gå kortere.

Departementet foreslår en bestemmelse utlendingsloven § 92 fjerde ledd med følgende formulering:

"Retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 106. Dersom særlige forhold ved saken eller personen tilsier det, skal utlendingen få oppnevnt prosessfullmektig før fremstilling for tingretten etter § 106."

7.4 Endrede sannsynlighetskrav for undersøkelse av person, bolig eller lignende etter lovens § 103 og for beslag etter lovens § 104

Lovens § 103 første ledd bokstav b, fastsetter at

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

I tråd med det som er foreslått om lemping av sannsynlighetskravet i lovens § 105 og § 106 over, foreslås det å endre formuleringen "mest sannsynlig" i lovens § 103, til et krav om at "*det er grunn til å anta*" at utlendingen ikke frivillig vil dekke utgiftene.

På samme måte foreslås det å endre § 103 første ledd bokstav c som i dag gir adgang til undersøkelse når det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og "*det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettingen*".

Lovens § 104 første og annet ledd, fastsetter i dag følgende om vilkårene for å foreta beslag i den hensikt å klarlegge utlendingens identitet:

"Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke 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 mest sannsynlig 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."

Departementet foreslår at sannsynlighetskravene her endres i samsvar med de formuleringer som er tatt inn i forslaget til § 105 første ledd bokstav a og b og § 106 første ledd bokstav a og b.

8 ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

8.1 Hjemmel for frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser

Det er få personer som får et avslagsvedtak eller et utvisningsvedtak hvor det legges til grunn at de utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Utgangspunktet i slike saker vil for øvrig være at myndighetene vil prioritere å få til en hurtig utsendelse, slik at det heller ikke vil bli spørsmål om langvarig frihetsberøvelse. I de tilfeller hvor man ikke lykkes med å få til en hurtig uttransportering vil nok ofte forklaringen være at det foreligger et returvern, og i slike saker vil det som utgangspunkt ikke være adgang til frihetsberøvelse, jf. drøftelsen ovenfor i punkt 7.2. Det må følgelig kunne legges til grunn at spørsmålet om frihetsberøvelse bare vil være aktuelt i svært få saker og tiltaket må derfor kunne gjennomføres innenfor gjeldende budsjетrammer. Det vises for øvrig til at det vil kunne redusere eventuelle overvåkningskostnader i de sakene hvor utlendingen blir ilagt frihetsberøvelse.

8.2 Øvrige forslag til utvidede hjemler for bruk av tvangsmidler

Høringsforslaget inneholder forslag til blant annet utvidede hjemler for å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted både av utlendinger som har uavklart identitet, utlendinger som det er grunn til å anta at vil unndra seg et utsendelsesvedtak og av asylsøkere og utlendinger med ulovlig opphold som har begått kriminalitet.

Forslagene til lovendringer vil kunne medføre betydelige økonomiske og administrative konsekvenser. Eventuelle bevilgningsendringer i denne forbindelse vil måtte vurderes i forhold til og tilpasses det økonomiske opplegget i statsbudsjettet for det enkelte år.

Pålegg om bestemt oppholdssted kan blant annet gå ut på at utlendingen pålegges å bo på et bestemt mottak, og det kan være aktuelt å vurdere hvorvidt det er behov for etablering av et særskilt mottak. Siden en ordning med pålegg om bestemt oppholdssted/bosted, ikke innebærer at utlendingen er lukket inne på bo-området, må ordningen kombineres med en meldepliktordning dersom den skal være effektiv.

Det er ikke mulig å anslå på forhånd hvor mange mottaksplasser det eventuelt ville være behov for.

Dersom det skal etableres et særskilt mottak, bør det eventuelt ha en kapasitet på omkring 100 plasser, som er døgnbemannet og har bemanningskapasitet mv. som tar

høyde for personer med utagerende atferd, samt kapasitet for å håndheve en ordning med meldeplikt. Det er naturlig å ta utgangspunkt i kostnadene knyttet til ventemottak, og i utgangspunktet fremstår det rimelig å operere med noenlunde samme standard ved et slikt mottak som nå foreslås. Både ordningen med meldeplikt og det noe større behovet for å ta høyde for personer med utagerende atferd, gjør likevel at bemanningskostnadene må regnes noe høyere. De budsjettmessige virkningene knyttet til drift av mottaket vil i så fall beløpe seg til om lag 30-35 mill. kroner.

I tillegg kommer kostnadene ved etablering av mottaket, som blant annet vil være avhengig av eiendom, kontraktsvilkår og eventuelle tilpasningsbehov.

Når det gjelder de som i dag uttransporteres etter pågrepelse fra politiet, viser statistikken at om lag halvparten bor på mottak. Hvis situasjonen er noenlunde tilsvarende for den gruppen som det kan være aktuelt å pålegge opphold på et bestemt mottak, vil det følgelig også bli noe innsparinger knyttet til at ca halvparten flytter fra mottaksplass på annet mottak.

Dersom det ikke opprettes et særskilt mottak, vil pålegg om bestemt oppholdssted og meldeplikt i praksis måtte knyttes til allerede eksisterende mottak på forskjellige steder. I så fall vil økte kostnader i første omgang være knyttet til at ikke alle det gjelder er bosatt på et mottak fra før.

Dersom det vedtas utvidede hjemler for frihetsberøvelse, slik som forslaget legger opp til, vil det også ligge til rette for et økt antall fengslinger etter utlendingsloven. Hvor mange flere personer som vil kunne bli fengslet, er det ikke mulig å anslå, og det kan heller ikke sies noe om hvor mange ekstra fengslingsdøgn som kan bli resultatet av endrede regler. Det er imidlertid rimelig å legge til grunn at den gjennomsnittlige fengslingstiden for de som fengsles med grunnlag i de utvidede hjemmelsgrunnlagene, vil bli holdt fengslet i en lengre periode enn de om lag fire dager som er gjennomsnittlig fengslingstid på Trandum.

Selv om de foreslåtte reglene vil gjøre det enklere enn i dag for politiet å benytte frihetsberøvelse som virkemiddel for uttransportering i saker hvor det er identitetstvil eller unndragelsesfare, og den nye hjemmelen for å hindre eller vesentlig forvanske opplysning av en pågående sak om opphold eller utvisning, må praksis vurderes både i forhold til den til enhver tid rådende kapasiteten på utlendingsinternatet, og i forhold til om frihetsberøvelse vil være et effektivt virkemiddel i de konkrete sakene. Dersom det etableres et slikt mottak som drøftet under punkt 1 over, kan også dette føre til at flere av de som i dag fengsles, i stedet blir plassert på dette mottaket. Dette vil særlig kunne gjelde i saker hvor fengslingsgrunnlaget er uklar identitet og hvor det ikke ligger like klart til rette for umiddelbar utsendelse, slik at nærhet til Gardermoen er et vesentlig poeng.

Når det gjelder adgangen til å benytte frihetsberøvelse overfor utlendinger som har fått vedtak om utvisning på grunn av ilagt straff for et alvorlig straffbart forhold, vil dette bare være aktuelt i forhold til utlendinger som ikke kan uttransporteres samtidig med løslatelse, og hvor det pågår en aktiv utsendelsesprosess. Dette vil være tale om få saker.

Den foreslåtte utvidelsen av fremstillingsfristen i fengslingssaker etter utlendingsloven innebærer at en del saker som i dag må bringes inn for domstolen med begjæring om fengsling, nå vil kunne ende med uttransportering før fremstillingsfristen er utløpt.

I forhold til behov for kapasitet ved Trandum til å praktisere de nye og utvidede bestemmelsene for frihetsberøvelse, vises det til at regjeringen i Prop. 125 S (2009-2010) har foreslått å bevilge 32,8 mill. kroner til å utvide dagens kapasitet med 50 nye plasser i 2011.

UTKAST TIL LOVTEKST

Det foreslås følgende endringer i lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her:

§ 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 besluttet av politiet i medhold av lovens kapittel 12*. Kongen i statsråd er klageinstans i saker som omfattes av departementets instruks om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelser av enkeltsaker.

§ 92 fjerde ledd skal lyde

Retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 106. *Dersom særlige forhold ved saken eller personen tilsier det, skal utlendingen få oppnevnt prosessfullmektig før fremstilling for tingretten etter § 106. Retten skal også oppnevne prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om beslag eller pålegg etter § 104 annet ledd og § 105 annet ledd, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig.* Dersom utlendingen allerede har advokat på det offentlige bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes. Oppnevningen faller bort når retten bestemmer det.

§ 103 første ledd skal lyde

Det 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 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 *grunn til 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 grunn til å anta* at utlendingen vil unndra seg iverksettingen.

§ 104 første og annet ledd skal lyde

Dersom 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, 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 grunn til 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 § 83, eller det er grunn til å anta at utlendingen oppgir feil identitet,*
- b) *det er grunn til 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 forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder,*
- d) *det er truffet vedtak om utvisning fordi utlendingen er ilagt straff for et forhold av en viss alvorlighet,*
- e) *utlendingen hindrer eller vesentlig forvansker sakens opplysning, herunder ved å holde seg utilgjengelig under saksbehandlingen,*
- f) det eneste grunnlag for opphold er vernet mot utsendelse etter § 73, eller
- g) 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

En utlending kan pågripes og fengsles hvis

- a) *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,*
- b) *det er grunn til 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 søknad til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen er ennå ikke inntrådt,*
- d) *det er truffet vedtak om utvisning fordi utlendingen er ilagt straff for et forhold av en viss alvorlighet, og det treffes tiltak mot vedkommende med sikte på utsendelse,*
- e) *utlendingen hindrer eller vesentlig forvansker sakens opplysning, herunder ved å holde seg utilgjengelig under saksbehandlingen,*
- f) *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,*
- g) *utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse, eller*
- h) *det er fastslått i en instruks fra departementet eller i et vedtak i utlendingssaken, at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse.*

Pågrepelse beslutes 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 senest tre dager 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 beslutes for høyst fire uker av gangen.

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner, *herunder at utlendingen selv kan klandres for vanskelighetene med å få gjennomført retur eller at beslutningen om frihetsberøvelse er truffet med grunnlag i § 106 første ledd bokstav h. 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 frihetsberøvelse er truffet med grunnlag i § 106 første ledd bokstav h.* 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 § 106 første ledd bokstav h.*

(§ 106 a Fare for unndragelse¹⁷

Fare for unndragelse skal vurderes konkret i det enkelte tilfellet. For å avgjøre om det foreligger unndragelsesfare skal det foretas en totalvurdering hvor det blant annet kan legges vekt på om

- a) *utlendingen har unndratt seg, herunder ikke overholdt utreisefrist,*
- b) *utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig,*
- c) *utlendingen er ilagt straff eller særreaksjon i riket,*

¹⁷ Hentet fra høringsbrev om returdirektivet

- d) utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen til retur eller uttransportering,
- e) utlendingen har gitt uriktige opplysninger til norske myndigheter ved søknad om tillatelse,
- f) utlendingen har unnlatt å gi melding om endring av bopel, jf. § 19 annet ledd, eller
- g) utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.)

Med hilsen

Thor Arne Aass (e.f.)
ekspedisjonssjef

Kenneth A. Baklund
fagdirektør