DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 126 L

(2016–2017)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.)

Innhold

1	**Proposisjonens hovedinnhold**	7
2	**Sammendrag**	8
2.1	Generelle utgangspunkter	8
2.2	Konstitusjonelle og internasjonale forpliktelser	8
2.3	Pågripelse og internering	8
2.4	Pågripelse og internering av barn	9
2.5	Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted	10
2.6	Undersøkelse	11
2.7	Beslag	11
2.8	Generelle problemstillinger	11
2.9	Alternativer til frihetsberøvelse	11
3	**Bakgrunn**	12
3.1	Grunnlag for lovarbeidet	12
3.2	Høringen	12
4	**Generelle utgangspunkter**	14
4.1	Reglenes systematiske plassering	14
4.2	Kort om utlendingslovens regler om tvangsmidler	14
5	**Konstitusjonelle og internasjonale forpliktelser**	16
5.1	Grunnloven	16
5.2	Internasjonale forpliktelser	18
6	**Pågripelse og internering**	19
6.1	Gjeldende rett	19
6.2	Valg av terminologi	19
6.2.1	Gjeldende terminologi og forslag i høringsnotat	19
6.2.2	Høringsinstansenes syn	19
6.2.3	Departementets vurdering	20
6.3	Noen problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven	21
6.3.1	Innledning	21
6.3.2	Valg av grunnlag for frihetsberøvelse	21
6.3.2.1	Forslag i høringsnotat	21
6.3.2.2	Høringsinstansenes syn	21
6.3.2.3	Departementets vurdering	22
6.3.3	Forholdsmessighetsvurderingen ved skifte av grunnlag for frihetsberøvelse	23
6.3.3.1	Gjeldende rett og forslag i høringsnotat	23
6.3.3.2	Høringsinstansenes syn	23
6.3.3.3	Departementets vurdering	23
6.3.4	Forholdet mellom fremstillingsfristen i utlendingsloven og straffeprosessloven	24
6.3.4.1	Gjeldende rett og forslag i høringsnotat	24
6.3.4.2	Høringsinstansenes syn	24
6.3.4.3	Departementets vurdering	25
6.3.5	Adgangen til å begjære løslatelse før fremstilling	25
6.3.5.1	Gjeldende rett og forslag i høringsnotat	25
6.3.5.2	Høringsinstansenes syn	25
6.3.5.3	Departementets vurdering	26
6.3.6	Interneringsfristen på 12 uker i tilfeller hvor utlendingen har vært varetektsfengslet etter straffeprosessloven	26
6.3.6.1	Gjeldende rett og forslag i høringsnotat	26
6.3.6.2	Høringsinstansenes syn	26
6.3.6.3	Departementets vurdering	27
6.4	Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 174 til 191 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.	27
6.4.1	Innledning	27
6.4.2	Henvisninger som helt eller delvis innarbeides eller videreføres	28
6.4.2.1	Straffeprosessloven § 174 – Særskilt krav ved pågripelse av mindreårig	28
6.4.2.2	Straffeprosessloven § 175 – Pågripelsesbeslutning, beslutningskompetanse og iverksettelse av pågripelse	28
6.4.2.3	Straffeprosessloven § 177 – Underretning om grunnlag for pågripelse	29
6.4.2.4	Straffeprosessloven § 178 – Gjennomføring av pågripelse	29
6.4.2.5	Straffeprosessloven § 179 – Etterfølgende kontroll ved pågripelse uten beslutning fra retten eller påtalemyndigheten	30
6.4.2.6	Straffeprosessloven § 180 – Forklaringsrett	31
6.4.2.7	Straffeprosessloven § 182 – Underretning til nærstående	33
6.4.2.8	Straffeprosessloven § 183 – Løslatelse eller fremstilling for fengsling	34

6.4.2.9 Straffeprosessloven § 184 – Fengsling 36
6.4.2.10 Straffeprosessloven § 184 a – Rettens veilednings- og orienteringsplikt 37
6.4.2.11 Straffeprosessloven § 185 – Fengslingstid og forlengelse av fengsling 38
6.4.2.12 Straffeprosessloven § 186 – Restriksjoner under pågripelse og fengsling 40
6.4.2.13 Straffeprosessloven § 187 a – Løslatelse fra fengsling 42
6.4.3 Henvisninger som utgår 42
6.4.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 42
6.4.3.2 Høringsinstansenes syn 45
6.4.3.3 Departementets vurdering 45
6.5 Anke over kjennelser 46
6.5.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 46
6.5.2 Høringsinstansenes syn 46
6.5.3 Departementets vurdering 46

7 Særskilt om pågripelse og internering av mindreårige 47
7.1 Innledning 47
7.2 Gjeldende regler i utlendingsloven og praksis mv. 47
7.3 Internasjonale forpliktelser og uttalelser fra internasjonale organer vedrørende saker som gjelder barn 48
7.3.1 Forpliktelser etter FNs barnekonvensjon 48
7.3.2 Forpliktelser etter EMK 50
7.3.3 Andre internasjonale forpliktelser 52
7.3.4 Uttalelser og anbefalinger fra internasjonale organer mv. 52
7.3.4.1 Kommentarer og anbefalinger fra FNs barnekomité 52
7.3.4.2 Andre uttalelser og anbefalinger .. 55
7.4 Rettstilstanden i andre land 57
7.5 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 61
7.5.1 Bør det fortsatt være adgang til å pågripe og internere barn? 61
7.5.2 Vilkår for pågripelse og internering av barn på grunn av unndragelsesfare 62
7.5.3 Vilkår for internering på grunn av uklar ID mv. 62
7.5.4 Innhold i kjennelser om internering og spørsmål om separate kjennelser mv. 62
7.5.5 Fremstilling og høring av barn 62
7.5.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder 63
7.5.7 Barneverntjenestens rolle 63
7.5.8 Særskilt om tidsbegrensning ved internering av barn 64
7.5.9 Særskilt om enslige mindreårige .. 65
7.5.10 Beviskrav ved vurderingen av alder 65
7.6 Høringsinstansenes syn 66
7.6.1 Bør det fortsatt være adgang til å pågripe og internere barn? 66
7.6.2 Vilkår for pågripelse og internering av barn på grunn av unndragelsesfare 68
7.6.3 Vilkår for internering på grunn av uklar ID mv. 69
7.6.4 Innhold i kjennelser om internering og spørsmål om separate kjennelser mv. 71
7.6.5 Fremstilling og høring av barn 72
7.6.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder 73
7.6.7 Barneverntjenestens rolle 73
7.6.8 Særskilt om tidsbegrensning ved internering av barn 76
7.6.9 Særskilt om enslige mindreårige .. 80
7.6.10 Beviskrav ved vurderingen av alder 80
7.7 Departementets vurdering 81
7.7.1 Bør det fortsatt være adgang til å pågripe og internere barn? 81
7.7.2 Vilkår for pågripelse og internering av barn på grunn av unndragelsesfare 83
7.7.3 Vilkår for internering på grunn av uklar ID mv. 85
7.7.4 Innhold i kjennelser om internering og spørsmål om separate kjennelser mv. 86
7.7.5 Fremstilling og høring av barn 87
7.7.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder 87
7.7.7 Barneverntjenestens rolle 87
7.7.8 Særskilt om tidsbegrensning ved internering av barn 89
7.7.9 Særskilt om enslige mindreårige .. 92
7.7.10 Beviskrav ved vurderingen av alder 93

8 Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted 94
8.1 Gjeldende rett 94

8.2 Gjennomgang av aktuelle bestemmelser i straffeprosess-loven og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv. 94
8.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 94
8.2.1.1 Straffeprosessloven § 175 første ledd annet punktum 94
8.2.1.2 Straffeprosessloven § 184 95
8.2.1.3 Straffeprosessloven § 187 a 95
8.2.2 Høringsinstansenes syn 95
8.2.3 Departementets vurdering 95

9 Undersøkelser 96
9.1 Gjeldende rett 96
9.2 Gjennomgang av aktuelle bestemmelser i straffeprosess-loven og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv. 97
9.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 97
9.2.1.1 Straffeprosessloven § 198 – Ransaking uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten 97
9.2.1.2 Straffeprosessloven § 199 – Iverksettelse av ransaking 97
9.2.1.3 Straffeprosessloven § 199 a – Ransaking av datasystem 97
9.2.1.4 Straffeprosessloven § 200 – Opplysningsplikt og tilstedeværelse under ransaking 98
9.2.1.5 Straffeprosessloven § 200 a – Hemmelig ransaking 98
9.2.1.6 Straffeprosessloven § 201 – Gjennomføring av ransaking 98
9.2.1.7 Straffeprosessloven § 202 – Undersøkelser i etterforskingsøyemed 99
9.2.2 Høringsinstansenes syn 99
9.2.3 Departementets vurdering 100

10 Beslag 101
10.1 Gjeldende rett 101
10.2 Gjennomgang av aktuelle bestemmelser i straffeprosess-loven og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv. 102
10.2.1 Straffeprosessloven § 203 – Hva som er gjenstand for beslag 102
10.2.1.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 102
10.2.1.2 Høringsinstansenes syn 102
10.2.1.3 Departementets vurdering 102
10.2.2 Straffeprosessloven § 204 – Forbud mot beslag 102
10.2.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 102
10.2.2.2 Høringsinstansenes syn 103
10.2.2.3 Departementets vurdering 103
10.2.3 Straffeprosessloven § 205 – Beslutning om beslag mv. 103
10.2.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 103
10.2.3.2 Høringsinstansenes syn 104
10.2.3.3 Departementets vurdering 104
10.2.4 Straffeprosessloven § 206 – Beslag uten beslutning av påtalemyndigheten 104
10.2.4.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 104
10.2.4.2 Høringsinstansenes syn 104
10.2.4.3 Departementets vurdering 104
10.2.5 Straffeprosessloven § 207 – Gjennomføring av beslag 105
10.2.5.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 105
10.2.5.2 Høringsinstansenes syn 105
10.2.5.3 Departementets vurdering 105
10.2.6 Straffeprosessloven § 208 – Domstolskontroll av beslag 105
10.2.6.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 105
10.2.6.2 Høringsinstansenes syn 105
10.2.6.3 Departementets vurdering 106
10.2.7 Straffeprosessloven § 209 – Sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag 106
10.2.7.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 106
10.2.7.2 Høringsinstansenes syn 106
10.2.7.3 Departementets vurdering 106
10.2.8 Straffeprosessloven § 213 – Varighet av beslag 107
10.2.8.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 107
10.2.8.2 Høringsinstansenes syn 107
10.2.8.3 Departementets vurdering 107
10.2.9 Straffeprosessloven § 214 – Tilbakelevering av beslaglagte gjenstander 108
10.2.9.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 108
10.2.9.2 Høringsinstansenes syn 108
10.2.9.3 Departementets vurdering 108
10.2.10 Straffeprosessloven § 214 a – Inndragning av en beslaglagt gjenstand 108

10.2.10.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 108
10.2.10.2 Høringsinstansenes syn 108
10.2.10.3 Departementets vurdering 108
10.2.11 Straffeprosessloven § 214 b – Inndragning av en beslaglagt ting uten kjent eier, lovbryter eller besitter 109
10.2.11.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 109
10.2.11.2 Høringsinstansenes syn 109
10.2.11.3 Departementets vurdering 109
10.2.12 Straffeprosessloven § 215 – Hjemmel for forskriftsregulering . 110
10.2.12.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 110
10.2.12.2 Høringsinstansenes syn 110
10.2.12.3 Departementets vurdering 110
10.2.13 Straffeprosessloven § 215 a – Sikring av elektronisk lagrede data 110
10.2.13.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 110
10.2.13.2 Høringsinstansenes syn 110
10.2.13.3 Departementets vurdering 110
10.2.14 Straffeprosessloven § 216 – Forholdsregler ved sikring av bevis 111
10.2.14.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 111
10.2.14.2 Høringsinstansenes syn 111
10.2.14.3 Departementets vurdering 111
10.2.15 Oppsummering 111

11 Generelle problemstillinger 112
11.1 På hvilket stadium av en utlendingssak kan det benyttes tvangsmidler? 112
11.1.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 112
11.1.2 Høringsinstansenes syn 113
11.1.3 Departementets vurdering 113
11.2 Progresjonskravet ved pågripelse og internering 115
11.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 115
11.2.2 Høringsinstansenes syn 116
11.2.3 Departementets vurdering 117
11.3 Forholdet til forvaltningsloven 117
11.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat 117
11.3.2 Høringsinstansenes syn 118
11.3.3 Departementets vurdering 118

12 Alternativer til frihetsberøvelse 120
12.1 Drøftelse i høringsnotatet 120
12.2 Høringsinstansenes syn 120
12.3 Departementets vurdering 121

13 Annet som er tatt opp i høringen 125

14 Administrative og økonomiske konsekvenser 127

15 Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget .. 128

16 Ikrafttredelse og overgangsregler 133

Forslag til lov om endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.) 134

DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 126 L

(2016–2017)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.)

Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 28. april 2017, godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Solberg)

1 Proposisjonens hovedinnhold

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

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

I tillegg gis det en egen bestemmelse om pågripelse og internering av mindreårige. Bestemmelsen innebærer en langt tydeligere og mer detaljert regulering av saker som gjelder medfølgende barn i barnefamilier og enslige mindreårige.

2 Sammendrag

2.1 Generelle utgangspunkter

I proposisjonens kapittel 4 redegjør departementet for tvangsmiddelbestemmelsenes systematiske plassering i lovverket, og gir en kort oversikt over hva regelverket inneholder.

2.2 Konstitusjonelle og internasjonale forpliktelser

I proposisjonens kapittel 5 gis det en generell redegjørelse for konstitusjonelle og internasjonale forpliktelser som er av betydning for forslagene i proposisjonen. Dette gjelder blant annet flere bestemmelser i Grunnloven kapittel E (Menneskerettigheter) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Det gjøres oppmerksom på at det i proposisjonens kapittel 7.3 er gitt en mer detaljert fremstilling av internasjonale forpliktelser og uttalelser fra internasjonale organer når det gjelder saker som vedrører barn.

2.3 Pågripelse og internering

Proposisjonens kapittel 6 gjelder pågripelse og internering. I kapittel 6.1 gis en kort presentasjon av gjeldende regler om pågripelse og fengsling.

I kapittel 6.2 foreslår departementet å erstatte uttrykket «fengsling» med «internering» i utlendingsloven. Dette innebærer ingen realitetsendring, men gjøres for å skille tydeligere mellom utlendingsrettslig og strafferettslig frihetsberøvelse. Departementet vil benytte uttrykket «internering» i proposisjonsteksten, men i noen sammenhenger vil det passe bedre å bruke «fengsling», herunder i beskrivelsene av gjeldende rett og når frihetsberøvelse etter utlendingsloven og straffeprosessloven drøftes i sammenheng.

I kapittel 6.3 drøftes enkelte problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven. Departementet peker blant annet på at det må legges vekt på hva som er hovedformålet med frihetsberøvelsen dersom det både kan kreves fengsling i et strafferettslig spor og internering i et utlendingsrettslig spor.

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

Departementet drøfter også varigheten av fremstillingsfristen når det finner sted pågripelse både i utlendingssporet og i straffesakssporet. Medgått tid som pågrepet i straffesakssporet skal medregnes ved beregningen av fremstillingsfristen når en utlending pågripes i en utlendingssak. Unntak gjelder dersom grunnlaget for pågripelse i utlendingssporet først oppsto i ettertid som følge av ilagt straff.

Videre konstaterer departementet at utlendingen ikke selv kan kreve domstolskontroll med pågripelsen før fremstillingsfristen er utløpt. Det slås også fast at tidsfristene som gjelder for internering i utlendingssaker, ikke påvirkes av tiden som utlendingen har vært fengslet i straffesakssporet (selv om slik tidligere fengsling kan ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven).

I kapittel 6.4 har departementet vurdert hvilke bestemmelser i straffeprosessloven som bør innarbeides i utlendingsloven. Departementet mener at dette i særlig grad gjelder bestemmelsene om hvilke inngrep som kan gjøres, og i mindre grad regler om politiets og domstolenes praktiske saksbehandling. Henvisninger til straffeprosessloven foreslås opprettholdt når dette anses mest hensiktsmessig. En rekke henvisninger utgår fordi de aktuelle reglene i straffeprosessloven ikke er relevante i utlendingssaker.

Departementet har gått inn for at følgende bør presiseres direkte i utlendingsloven (det meste av dette er i dag gjeldende rett og fremgår av straffeprosessloven):

- En beslutning om pågripelse skal være skriftlig og inneholde betegnelse av utlendingen og en kort beskrivelse av grunnen til pågripelsen. Den som blir pågrepet skal gis opplysning om grunnen til pågripelsen, og få mulighet til å forklare seg. Det foreslås enkelte unntak fra forklaringsretten.
- Pågripelse skal foretas så skånsomt som forholdene tillater. Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, skal tas fra ham. I dette øyemed kan hans person undersøkes.
- Det foreslås en særskilt bestemmelse om at pårørende skal varsles ved pågripelse, med mindre den pågrepne ikke ønsker det. Varsling kan videre unnlates dersom de aktuelle personene befinner seg i utlandet eller særlige grunner tilsier det. Dersom underretning unnlates mot utlendingens vilje, og det ikke skyldes at de aktuelle personene befinner seg i utlandet, skal spørsmålet forelegges for retten første gang utlendingen fremstilles.
- Det skal nedtegnes en begrunnelse i rettsboken dersom fremstilling ikke har skjedd den andre dagen etter pågripelsen.
- Politiet skal møte i retten i sak om internering.
- Tingrettens avgjørelse skal treffes ved kjennelse, og kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til interneringen. Det skal videre fremgå at internering ikke er et uforholdsmessig inngrep.
- Enkelte tidsfrister for internering som i dag står i straffeprosessloven skal i stedet fremgå av utlendingsloven.
- Utlendingen skal ha rett til å kommunisere skriftlig og/eller muntlig med sin oppnevnte prosessfullmektig.
- Den som er internert skal løslates så snart retten eller politiet finner at grunnen for internering er falt bort, eller når fristen for internering er utløpt.

Departementet foreslår å dele opp reglene om frihetsberøvelse slik at § 106 inneholder vilkårene for pågripelse og internering, § 106 a gjelder prosessuelle regler om pågripelse og fremstilling, § 106 b gjelder prosessuelle regler om internering, § 106 c gjelder særlige regler om pågripelse og internering av mindreårige. De prosessuelle reglene i §§ 106 a og 106 b vil dels bestå av regler som i dag finnes i § 106 tredje til sjette ledd, dels regler som «hentes» fra straffeprosessloven og dels helt nye regler.

I kapittel 6.5 foreslås det at straffeprosesslovens regler om anke over kjennelse skal gjelde.

2.4 Pågripelse og internering av barn

Proposisjonens kapittel 7 gjelder sentrale problemstillinger om pågripelse og internering av mindreårige. Departementet mener det er ønskelig å tydeliggjøre reglene og regulere mindreåriges rettsstilling i større detalj enn i dag. Det foreslås å regulere de særskilte vilkårene for pågripelse og internering av barn i utlendingsloven.

En vesentlig forskjell mellom frihetsberøvelse i utlendingsrettslige og straffeprosessuelle tilfeller, er at barn i utlendingssaker nesten alltid pågripes og interneres sammen med foreldrene. Departementet foreslår derfor bestemmelser som er særskilt tilpasset denne situasjonen. Reglene om pågripelse og internering av barn samles i en ny § 106 c.

I dag følger det av straffeprosessloven at pågripelse av mindreårige bare kan skje dersom det er «særlig påkrevd», og fengsling kan bare skje dersom det er «tvingende nødvendig». Det foreslås at det bør fremgå direkte av *utlendingsloven* at pågripelse bare kan skje i tilfeller hvor det er «særlig påkrevd». På samme måte foreslås det å tydeliggjøre direkte i utlendingsloven at internering på grunn av unndragelsesfare bare skal skje dersom dette er helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre utsendelsen. Internering på ID-grunnlag skal bare kunne skje i en ekstraordinær situasjon hvor internering er helt nødvendig som en siste utvei for å sikre identitetskontroll (vil særlig kunne gjelde situasjoner med ekstraordinært høye ankomster). For øvrig skal internering av barn bare kunne skje dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen.

Departementet drøfter i kapittel 7.7.4 hvordan det bør foretas en egen vurdering av barns situasjon i rettens kjennelser om internering. Vurderingene knyttet til barn kan som hovedregel innarbeides i samme avgjørelser som de som omhandler foreldrene. Barna bør imidlertid angis som parter, og det foreslås å lovfeste at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, og at det skal fremgå av kjennelsen hvordan hensynet til barnet er vurdert, herunder om mindre inngripende tvangsmidler ville være tilstrekkelige.

Det foreslås videre en egen bestemmelse om høring av barn i forbindelse med internering. Bestemmelsen utformes i hovedsak med samme innhold som bl.a. Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 12 og utlendingsforskriften § 17-3.

Utlendingsloven § 106 fjerde ledd inneholder i dag særlige regler om fremstillingsfrister når den

pågrepne er mindreårig. I slike situasjoner må fremstilling for en tingrett skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Dersom fristen ender på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag. Departementet foreslår å videreføre disse særreglene i den nye bestemmelsen.

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

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

1. Første gangs internering skal bare kunne gjelde for tre døgn (72 timer).
2. Dersom det er behov for internering ut over tre døgn, kan en ny periode maksimalt gis varighet inntil tre nye døgn (72 timer). Før tingretten avgjør spørsmålet om internering ut over den første perioden på tre døgn, vil det på denne måten kunne sikres at barneverntjenesten har møtt familien og barnet, og har kunnet foreta en individuell vurdering som kan inngå i grunnlagsmaterialet for rettens vurdering.
3. Det fastsettes at det i utgangspunktet ikke skal kunne avsies noen ny kjennelse om internering overfor et barn som har sittet internert i tre + tre døgn (pluss eventuelt en dag i forbindelse med den innledende pågripelsen). Unntak gjelder bare dersom det foreligger særlige og sterke grunner. Med særlige grunner siktes det i første rekke til at familien eller barnet selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har latt seg gjennomføre innen seks døgn etter pågripelse, eller at det er klarlagt et tidspunkt for uttransportering som ligger nær i tid. Dersom det finnes grunnlag for å forlenge internering også etter at familien har vært internert tre+tre døgn, skal dette maksimalt kunne besluttes for én uke av gangen.

Departementet bemerker at de konkrete vurderingene knyttet til varighet av internering, vil kunne påvirkes av hvor dette tiltaket skjer. Mens det i dag er en tilrettelagt familieavdeling på Trandum, har departementet gitt Politidirektoratet i oppdrag å opprette en egen familieenhet utenfor Trandum i løpet av 2017. Familieenheten skal ha et mer sivilt preg.

Fram til en ny avgjørelse i Høyesteretts ankeutvalg 29. mars 2017 har rettspraksis vist en viss usikkerhet med hensyn til beviskravet for at en utlending som anfører å være mindreårig, likevel skal kunne fastslås å være 18 år eller eldre i forbindelse med bruk av tvangsmidler. I proposisjonen forutsettes det i tråd med ankeutvalgets avgjørelse at det i saker om pågripelse og internering må være tilstrekkelig at det konstateres som mest sannsynlig (mer enn 50 prosent sannsynlig) at utlendingen er mindreårig.

2.5 Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted

Utlendingsloven § 105 gir hjemmel for pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted. Departementet foreslår i kapittel 8 å innarbeide flere av de relevante prosessuelle reglene fra straffeprosessloven direkte i utlendingsloven. Dette gjelder blant annet:

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

2.6 Undersøkelse

I proposisjonen kapittel 9 drøftes utlendingsloven § 103. Bestemmelsen gir hjemmel for undersøkelse i utlendingssaker, og inneholder henviser til straffeprosessloven §§ 198 til 202. De fleste av henvisningene kan enten videreføres eller strykes. På tre punkter foreslår imidlertid departementet at bestemmelser fra straffeprosessloven bør innarbeides direkte i utlendingsloven § 103. *For det første* gjelder dette adgangen for polititjenestemann til selv å beslutte undersøkelser av hus eller rom som etter sin art er tilgjengelig for alle, eller som er stedet for en virksomhet som krever tillatelse av politiet. *For det andre* gjelder det at polititjenestemann som har adgang til å pågripe fordi det er fare ved opphold, også skal ha adgang til å undersøke. *For det tredje* gjelder dette at en polititjenestemann som skal iverksette en beslutning om pågripelse, i dette øyemed også kan foreta undersøkelser av utlendingens bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at utlendingen oppholder seg.

2.7 Beslag

I proposisjonen kapittel 10 drøftes utlendingsloven § 104 (beslag). Bestemmelsen henviser til straffeprosessloven kapittel 16, med unntak for §§ 208 a og 210-212. De fleste av henvisningene kan strykes, enten fordi de ikke passer eller fordi det allerede foreligger regulering i utlendingsloven.

Departementet foreslår å videreføre tre henvisninger som gjelder henholdsvis forbud mot beslag (straffeprosessloven § 204), gjennomføring av beslag (straffeprosessloven § 207) og tilbakelevering av beslag (§ 214).

På tre punkt foreslår departementet at bestemmelser fra straffeprosessloven bør innarbeides direkte i utlendingsloven med tilpasninger. *For det første* foreslås det en presisering om at retten skal treffe en avgjørelse ved kjennelse når spørsmålet om å opprettholde et beslag bringes inn for retten (sml. straffeprosessloven § 208 tredje ledd). *For det andre* foreslås det egne regler om varighet av beslag, herunder at beslaget faller bort når vilkårene for beslaget ikke lenger er til stede eller når utlendingen forlater riket (sml. straffeprosessloven § 213). *For det tredje* foreslås det regler om at politiet kan beslutte inndragning av beslag når det viser seg at beslaget ikke har kjent eier eller besitter (sml. straffeprosessloven § 214 b).

2.8 Generelle problemstillinger

I proposisjonen kapittel 11 drøfter departementet flere generelle problemstillinger knyttet til bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven.

I kapittel 11.1 foreslås en mer detaljert regulering av hvilken status i utlendingssaken som er en forutsetning for bruk av de ulike tvangsmidlene. Det følger av gjeldende § 99 annet ledd at tvangsmidler i utgangspunktet kan anvendes både når det er fattet vedtak som innebærer plikt til å forlate riket og under behandlingen av et slikt vedtak. Departementet foreslår å presisere i § 99 annet ledd at regelen gjelder «med mindre annet følger av de enkelte bestemmelsene», og å tydeliggjøre i de enkelte bestemmelsene hvilket krav til utlendingsrettslig status som gjelder. Dette innebærer endringer i § 104 annet ledd om beslag, § 105 om meldeplikt og bestemt oppholdssted og § 106 om vilkår for pågripelse og internering.

I kapittel 11.2 foreslås det å lovfeste av kravet om progresjon i utlendingssaken som vilkår for enkelte tvangsmidler. I henhold til Den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) praksis etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 5 nr. 1 bokstav f er det et krav at en utsendelsesprosess må være i fremdrift («in progress») for å kunne danne grunnlag for internering. Dette er også gjeldende norsk rett, men departementet foreslår å tydeliggjøre progresjonskravet i ulike sammenhenger i § 106 annet ledd.

I kapittel 11.3 drøftes forholdet mellom utlendingsloven og forvaltningsloven. Et spørsmål som har blitt reist i rettspraksis er om forvaltningslovens regler gjelder ved bruk av tvangsmidler etter kapittel 12 i utlendingsloven. Departementet foreslår å tydeliggjøre at forvaltningslovens regler, herunder for eksempel krav til forhåndsvarsling, ikke skal gjelde i disse tilfellene, med mindre annet er fastsatt i loven eller i forskrift til loven.

2.9 Alternativer til frihetsberøvelse

I proposisjonen kapittel 12 drøftes ulike alternativer til frihetsberøvelse, herunder realitetsorientering av asylsøkere for å oppfordre til assistert retur, samt ordninger for blant annet kausjon, garantistillelse og elektronisk kontroll. Det redegjøres for at flere ulike tiltak allerede blir anvendt i praksis.

3 Bakgrunn

3.1 Grunnlag for lovarbeidet

Anvendelsesområdet for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven har i nyere tid blitt utvidet, og regelverket har blitt mer detaljert. Samtidig har det også vært en økende bevisstgjøring om hvilke krav og anbefalinger Grunnloven og internasjonale konvensjoner stiller til lovhjemmel ved inngrep som foretas av staten i det enkelte menneskets rettssfære, herunder ved bruk av tvangsmidler.

I mars 2012 mottok departementet rapporten «Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler» (i det følgende omtalt som Tvangsmiddelrapporten). Oppdraget med å skrive rapporten var etter en åpen utlysning tildelt Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, og ble utført av professor Erling Johannes Husabø (prosjektleder) og daværende postdoktor Annika Elisabet Suominen. Rapporten er publisert på departementets nettsider.

Tvangsmiddelrapporten har dannet grunnlag for departementets arbeid med store deler av lovforslaget. Departementet har sluttet seg til de fleste anbefalingene og lovforslagene i Tvangsmiddelrapporten, men på enkelte områder er det valgt andre løsninger eller foretatt justeringer eller tilføyelser.

Når det gjelder pågripelse og internering av barn og barnefamilier, inneholdt ikke Tvangsmiddelrapporten drøftinger av konkrete lovforslag.

Departementet bemerker også at det i arbeidet med lovforslaget er foretatt en gjennomgang og vurdering av forslagene fra Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) i rapporten Frihet først (2015).

3.2 Høringen

Justis- og beredskapsdepartementet sendte 19. desember 2016 et høringsbrev om forslag til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler til følgende adressater:

Alle departementene
Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)
Barneombudet
Datatilsynet
Domstolsadministrasjonen
Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDi)
Likestillings- og diskrimineringsombudet
Nasjonalt identitets- og dokumentasjonssenter (NID)
Norad
Politidirektoratet (POD)
Politiets Sikkerhetstjeneste (PST)
Regjeringsadvokaten
Riksadvokaten
Språkrådet
Stortingets ombudsmann for forvaltningen
Utlendingsdirektoratet (UDI)
Utlendingsnemnda (UNE)
Fylkesmennene
Advokatforeningen
Akademikerne
Amnesty International Norge
Antirasistisk Senter
Arbeiderpartiet
Arbeidsgiverforeningen Spekter
Bispedømmene (11 stykker)
Demokratene
Den norske dommerforening
Den norske kirke – Kirkerådet
Det liberale folkepartiet
Fagforbundet
Faglig forum for kommunalt flyktningarbeid
Flyktninghjelpen
Fremskrittspartiet
Helsingforskomiteen
Hovedorganisasjonen Virke
Human Rights Service (HRS)
Høyre
Innvandrernes Landsorganisasjon (INLO)
Islamsk Råd
Juridisk Rådgivning for Kvinner (JURK)
Juss-Buss
Jussformidlingen
Kontaktutvalget mellom innvandrerbefolkningen og myndighetene (KIM)
Kontoret for fri rettshjelp
Kristelig Folkeparti

Kristent Interkulturelt Arbeid (KIA)
Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS)
Kystpartiet
Landsorganisasjonen i Norge (LO)
Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU)
Miljøpartiet De grønne
MiRA Ressurssenter for innvandrer- og flyktningkvinner
Norges Juristforbund
Norges Kommunistiske Parti
Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter
Norges politilederlag
Norsk Barnevernsamband
Norsk Folkehjelp
Norsk Innvandrerforum
Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)
Norsk senter for menneskerettigheter (SMR)
Norsk Tjenestemannslag (NTL)
Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)
Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD)
Pensjonistpartiet
Peoplepeace
Politiets Fellesforbund
Politijuristene
PRESS – Redd Barna Ungdom
Redd Barna
Rettspolitisk forening
Røde Kors
Rødt
Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn
Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF)
Seniorsaken
Senterpartiet
SOS Rasisme
Sosialistisk Venstreparti
UNHCR Stockholm
Unio – Hovedorganisasjonen for universitets- og høyskoleutdannede
Venstre
Vergeforeningen
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)

Høringsfristen ble satt til 13. februar 2017.

Departementet har mottatt høringsuttalelser med merknader fra:
Barneombudet
Domstoladministrasjonen
Oslo politidistrikt
Sør-Vest politidistrikt
Trøndelag politidistrikt
Vest politidistrikt
Politiets utlendingsenhet
Politidirektoratet (POD)
Politiets sikkerhetstjeneste
Utlendingsdirektoratet (UDI)
Fylkesmannen i Oslo og Akershus
Ullensaker kommune v/Enhet forebyggende barn og unge
Den Norske Advokatforeningen
Antirasistisk Senter
Kirkerådet, Den norske kirke
Utlendingsgruppen i Jussbuss
Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter
Norsk Folkehjelp
Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)
Redd Barna
Røde Kors
UNHCR RRNE Stockholm
Unio
UNICEF Norge
Anonym

Følgende høringsinstanser svarte uten å avgi merknader:
Arbeids- og sosialdepartementet
Forsvarsdepartementet
Helse- og omsorgsdepartementet
Kunnskapsdepartementet
Landbruks- og matdepartementet
Utenriksdepartementet
Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)
Datatilsynet
Riksadvokaten
Utlendingsnemnda (UNE)
Arbeidsgiverforeningen Spekter

Hovedsynspunktene i sentrale høringsuttalelser gjengis i proposisjonen her. For detaljer i høringsinstansenes uttalelser, vises det til at alle høringsuttalelsene er tilgjengelige på Regjeringens nettsider.

Under høringsperioden har departementet sendt et nytt forslag på høring om endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler den 10. januar 2017. Endringene gjelder visitasjon, undersøkelse av mobiltelefoner og andre elektroniske lagringsenheter mv. i forbindelse med asylregistreringen. Det ble også foreslått endringer i reglene om politiets forvaring av asylsøkeres pass. Høringsfristen ble satt til 13. mars 2017 og denne saken er nå til behandling i departementet.

4 Generelle utgangspunkter

4.1 Reglenes systematiske plassering

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

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

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

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

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

4.2 Kort om utlendingslovens regler om tvangsmidler

Bestemmelsene om bruk av tvangsmidler er plassert i utlendingsloven kapittel 12 (behandling av fingeravtrykk mv., tvangsmidler og straff). Flere av bestemmelsene i kapittel 12 viser til prosessuelle regler i straffeprosessloven «så langt de passer». Utlendingslovens regler utfylles således med straffeprosesslovens regler.

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

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

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

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

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

Ved pågripelse og fengsling gjelder straffeprosessloven §§ 174 til 191, dvs. de fleste av straffeprosesslovens regler om pågripelse og fengsling, «så langt de passer», jf. utlendingsloven § 106 tredje ledd.

5 Konstitusjonelle og internasjonale forpliktelser

5.1 Grunnloven

Grunnlovens rettighetsvern ble utvidet i 2014. Grunnloven gir ingen regulering av retten til asyl eller innvandring til riket, og gir heller ikke utlendinger rettskrav på bestemte former for opphold i Norge. Enkelte grunnlovsbestemmelser vil likevel representere skranker på utlendingslovens område, herunder for bruk av tvangsmidler. I første rekke vil dette dreie seg om følgende bestemmelser: § 93 annet ledd (forbud mot tortur), § 94 (vern mot vilkårlig frihetsberøvelse), § 98 (diskrimineringsforbudet), § 102 første ledd første punktum (retten til privat- og familieliv), § 104 (barns særskilte rettigheter), § 106 (bevegelsesfriheten) og § 113 (legalitetsprinsippet).

De fleste av grunnlovsbestemmelsene fra 2014 har paralleller til internasjonale konvensjonsbestemmelser. I Rt. 2015 s. 93 (som gjelder Grunnloven § 102 første ledd første punktum om retten til privat- og familieliv) uttaler Høyesterett følgende om forholdet til internasjonale konvensjoner og konvensjonsorganers praksis i avsnitt 57:

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

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

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

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

Videre legger departementet generelt til grunn at Grunnloven ikke pålegger staten ytterligere skranker enn de som allerede følger av folkerettslige krav. Departementet viser til forutsetningen som Kontroll- og konstitusjonskomiteen la til grunn i Innst. 186 S (2013–2014) s. 20 om at grunnlovfestingen av de sivile og politiske rettighetene «[ikke er] ment å forandre det som allerede er gjeldende rett i Norge, men å gi én del av denne retten – de mest sentrale menneskerettighetene – grunnlovs rang». Dette fremgår også flere steder i Menneskerettighetsutvalgets rapport ved redegjørelsen for de enkelte forslagene. Det vises derfor til departementets redegjørelse for internasjonale forpliktelser under kapittel 5.2 og 7.3.

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

Grunnloven § 93 annet ledd forbyr tortur og annen umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff. I bestemmelsens fjerde ledd pålegges staten blant annet en handlingsplikt til å

bekjempe tortur og andre former for umenneskelig eller nedverdigende behandling. Bestemmelsen må tolkes i lys av EMK artikkel 3, SP artikkel 7 og FNs torturkonvensjon. Det var ikke tilsiktet at Grunnloven § 93 skulle endre den materielle rettstilstanden, jf. Dokument 16 (2011–2012) s. 109.

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

> «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.
>
> Den pågrepne skal snarest mulig fremstilles for en domstol. Andre som er berøvet sin frihet, kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.
>
> De som uberettiget har arrestert noen eller ulovlig holdt noen fengslet, står til ansvar for vedkommende.»

Grunnloven § 94 må blant annet tolkes i lys av EMK artikkel 5, SP artikkel 9 og barnekonvensjonen artikkel 37.

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

Grunnloven § 102 første ledd første punktum beskytter retten til respekt for privatlivet og familielivet. Menneskerettighetsutvalget fremhevet at forslaget til endringen av Grunnloven § 102 ikke ville endre dagens rettstilstand, jf. Dokument 16 (2011–2012) s. 175. En tilsvarende forståelse er også lagt til grunn av Høyesterett, se Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155 ovenfor. Grunnloven § 102 må blant annet tolkes i lys av EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.

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

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

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

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

2016. Høyesterett har også forutsatt at det kan være adgang til å gjøre inngrep i menneskerettigheter som følger av Grunnloven, dersom inngrepet har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig, se blant annet Høyesteretts dom 27. september 2016 (HR-2016-2017-A) avsnitt 57 med videre henvisninger (flertallet) og avsnitt 78 (mindretallet), og Høyesteretts plenumsdom 16. desember 2016 (HR-2016-2554-P) avsnitt 82 (flertallet) og avsnitt 140 (mindretallet).

5.2 Internasjonale forpliktelser

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

EMK artikkel 3 fastsetter at ingen må utsettes for tortur eller for umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff. Bestemmelsen kan være relevant for flere situasjoner hvor det benyttes tvangsmidler. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) konstaterte i juli 2016 krenkelse av bl.a. EMK artikkel 3 i fem dommer mot Frankrike som gjaldt internering av barnefamilier i forbindelse med retur. Disse dommene drøftes nærmere i kapittel 7.

EMK artikkel 5 beskytter retten til personlig frihet og sikkerhet. Bestemmelsen fastsetter at ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i de tilfeller bestemmelsen selv nevner, og i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov. Bestemmelsens nummer 1 bokstav f gjelder «frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering». I tilfeller hvor utlendingen nekter å samarbeide om å avklare identiteten, er også fengslingsgrunnlaget i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b relevant («lovlig frihetsberøvelse av en person som ikke har etterkommet et lovlig pålegg av en domstol eller for å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt»). De materielle skrankene disse bestemmelsene setter for bruk av frihetsberøvelse i utlendingssaker, ble grundig gjennomgått i Prop. 138 L (2010–2011) kapittel 4. Det samme gjelder de kravene som artikkel 5 nr. 2 og 4 stiller til prosedyrene ved frihetsberøvelse (rask og forståelig informasjon om grunnlag for frihetsberøvelse og rett til rask domstolsprøving).

Også kravene i fjerde tilleggsprotokoll til innskrenkninger i bevegelsesfriheten (ved pålegg om bestemt oppholdssted e.l.) ble gjennomgått i Prop. 138 L (2010–2011).

EMK artikkel 5 nr. 1 fastsetter at frihetsinngrep bare kan skje «in accordance with a procedure prescribed by law», mens artikkel 8 nr. 2 krever at inngrep i privatlivet må skje «in accordance with the law». Et tilsvarende krav gjelder for inngrep i bevegelsesfriheten som ikke har karakter av frihetsberøvelse, jf. fjerde tilleggsprotokolls artikkel 2 nr. 3. Det er antatt at lovskravet har samme innhold i de forskjellige bestemmelsene i EMK. Det viktige i den aktuelle sammenhengen er at det stilles et visst kvalitetskrav til lovreglene.

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

Prosedyrene for gjennomføring og overprøving av inngrepet, herunder hvilke rettigheter individet er tillagt, vil dessuten stå sentralt i vurderingen av om inngrepet er «necessary in a democratic society» som det heter i EMK artikkel 8 nr. 2 og i fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 nr. 3. Det sentrale i denne sammenhengen er om lovgivningen inneholder gode og effektive garantier mot vilkårlige inngrep og maktmisbruk. Også her vil derfor reglenes utforming og tilgjengelighet for borgerne ha betydning.

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett og inneholder flere regler som har betydning i forbindelse med frihetsberøvelse av mindreårige. Det vises til kapittel 7.

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

6 Pågripelse og internering

6.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 106 regulerer når en utlending kan pågripes og fengsles på utlendingsrettslig grunnlag, og inneholder også prosessuelle regler. Disse er supplert med en referanse til straffeprosessloven §§ 174 til 191 «så langt de passer». Bestemmelsene i straffeprosessloven inneholder en rekke prosessuelle regler for pågripelse og fengsling i strafferettslig sammenheng. Reglene gjennomgås i kapittel 6.4 nedenfor.

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

Utlendingsloven § 99 annet ledd slår fast at tvangsmidler kan benyttes både før og etter at det foreligger et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket. Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 11.1.

Utlendingsloven § 106 tredje til sjette ledd inneholder prosessuelle regler.

Tredje ledd første og annet punktum bestemmer hvem som beslutter pågripelse (politimesteren eller den han gir fullmakt, ev. polititjenestemann dersom det er fare ved opphold). Tredje punktum inneholder fristen for å fremstille en pågrepet utlending for retten med begjæring om fengsling, dersom politiet ønsker å holde på vedkommende. Etter en lovendring som trådte i kraft 1. januar 2015, jf. Prop. 112 L (2013–2014), er fremstillingsfristen «snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen». Tredje ledd fjerde punktum inneholder henvisningen til straffeprosessloven §§ 174 til 191, mens femte punktum slår fast at fengsling etter første ledd bokstav b til f kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

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

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

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

6.2 Valg av terminologi

6.2.1 Gjeldende terminologi og forslag i høringsnotat

Utlendingsloven benytter begrepet fengsling om frihetsberøvelse som finner sted etter at en domstol har avsagt en kjennelse.

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

I høringsnotatet ble det foreslått at begrepet «fengsling» i utlendingsloven burde erstattes med begrepet «tvangsmessig tilbakehold».

6.2.2 Høringsinstansenes syn

Alle de høringsinstansene som har uttalt seg om forslaget til endret formulering er negative til uttrykket «tvangsmessig tilbakehold».

POD oppfatter «tvangsmessig tilbakehold» som tilslørende. De viser til samstemte innspill på dette punkt fra de politiorganene som har uttalt seg; Politiets utlendingsenhet, Oslo politidistrikt, Trøndelag politidistrikt, Vest politidistrikt og Sør-Vest politidistrikt. POD, Politiets utlendingsenhet

og politidistriktene ønsker å beholde uttrykket «fengsling». Oslo politidistrikt foreslår at man eventuelt kan tale om «utlendingsrettslig fengsling».

Politiets sikkerhetstjeneste (PST) bemerker at «tvangsmessig tilbakehold» verken virker spesielt presist eller klargjørende, og at det ikke er intuitivt. Når det gjelder «internering» viser PST til at det kan assosieres med «frihetsberøvelse som skjer militært i forbindelse med krigføring». PST foreslår å fastholde «fengsling».

UDI er enig i at det bør benyttes et annet uttrykk enn «fengsling» for å skape et skille mot frihetsberøvelse i straffeprosessuell sammenheng, og foreslår å benytte uttrykket «frihetsberøvelse». UDI viser blant annet til at «frihetsberøvelse» er det uttrykket som benyttes i returdirektivet.

Advokatforeningen er negative til å benytte uttrykket «fengsling». Det fremheves at det bør være et tydelig skille mellom straffeprosessuelle tvangsmidler og utlendingsrettslige tvangsmidler. Når det gjelder uttrykket «tvangsmessig tilbakehold» mener Advokatforeningen at det er så uklart at det er uegnet. Advokatforeningen foreslår å anvende uttrykket «internering».

Norsk Folkehjelp foreslår på samme måte som Advokatforeningen å benytte «internering».

Antirasistisk senter, NOAS, og Redd Barna mener alle at «tvangsmessig tilbakehold» er et tilslørende uttrykk, og er sterkt kritiske til forslaget. De mener at departementet enten bør velge «internering» eller «frihetsberøvelse».

NOAS bemerker blant annet følgende:

> «Vi viser til at begreper «internering» (på engelsk «detention») og «frihetsberøvelse» (på engelsk «deprivation of liberty») er umiddelbart gjenkjennelige internasjonalt. Begrepet «internering» er brukt blant annet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 9 og begrepet «frihetsberøvelse» i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 5.
>
> NOAS har merket seg departementets argument om at de internasjonale begrepene ikke kan erstatte fengsling i utlendingsloven, fordi disse begrepene i følge departementet omfatter både «pågripelse» (perioden før den det gjelder blir fremstilt for en domstol) og fengsling (perioden etter avgjørelse av en domstol)». NOAS er ikke enig i departementets resonnement.
>
> NOAS viser innledningsvis til at departementets forståelse av begrepet pågripelse samvarer dårlig med forståelsen av begrepet internasjonalt. NOAS viser til generell kommentar nummer 35 fra FNs menneskerettskomité, hvor begreper «pågripelse» og «internering» defineres på følgende måte:
>
> > «The term «arrest» refers to any apprehension of a person that commences a deprivation of liberty, and the term «detention» refers to the deprivation of liberty that begins with the arrest and contiues in time from apprehension until release.»
>
> NOAS mener det kan ha klare juridiske fordeler å harmonisere begrepsbruk i utlendingsloven med begrepsbruk i både folkeretten og Grunnloven. Det vises innledningsvis til at de samme begrensningene som følger av folkeretten og Grunnloven, herunder krav til nødvendighet og forholdsmessighet, gjelder både før og etter en er fremstilt for retten. Det vises til at perioden som umiddelbart følger etter pågripelsesøyeblikket regnes som «frihetsberøvelse» i EMKs og Grunnlovens forstand og som «internering» i SPs forstand.
>
> [...] NOAS anbefaler innføring av begrepet «internering» (eller eventuelt «frihetsberøvelse») i utlendingsloven, med alle de tilsvarende endringene i utlendingsloven som er nødvendige som følge av dette.»

Barneombudet mener at «tvangsmessig tilbakehold» er lite intuitivt forståelig og anbefaler at departementet fortsetter å benytte uttrykket «fengsling» i utlendingsloven, eventuelt presiserer det ved å kalle det «utlendingsrettslig fengsling».

6.2.3 Departementets vurdering

Både etter straffeprosessloven og utlendingsloven er systemet at politiet (påtalemyndigheten i straffesaker), kan beslutte pågripelse, og at den pågrepne kan holdes innsatt i kort tid (inntil den tredje dagen etter pågripelse i utlendingssaker) før han eller hun må fremstilles for retten for eventuell fengsling.

«Frihetsberøvelse» blir benyttet både i Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5, og omfatter både «pågripelse» og «fengsling».

Departementet ønsker å unngå bruk av uttrykket «fengsling» fordi det gir klare assosiasjoner til strafferetten og kan både skape misforståelser og virke stigmatiserende.

Samtidig har departementet merket seg at de ulike aktørene på området er kritiske til å innføre uttrykket «tvangsmessig tilbakehold», som departementet foreslo i høringsrunden.

Departementet har vurdert å benytte «frihetsberøvelse», men mener at dette vil kunne skape uklarhet med hensyn til om det har funnet sted domstolskontroll eller ikke. Siden systemet etter utlendingsloven er likt som i straffeprosessloven, taler de beste grunner for at man også i saker etter utlendingsloven bør benytte en todelt terminologi («pågripelse» og «fengsling» i straffeprosessen).

Etter en fornyet vurdering, har departementet kommet til at det mest hensiktsmessige vil være å erstatte «fengsling» med «internering», slik flere av høringsinstansene også har tatt til ordet for i høringen. De to begrepene som benyttes blir dermed «pågripelse» og «internering».

Departementet understreker at den endrede terminologien ikke innebærer noen realitetsendring. Det er uansett er tale om frihetsberøvelse i både rettslig og praktisk forstand.

6.3 Noen problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven

6.3.1 Innledning

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

Det er opp til politiet og påtalemyndigheten å vurdere om det skal startes en straffesak. Både etterforskningsplikten og valget om å påtale straffbare handlinger innebærer et betydelig rom for skjønn. Riksadvokaten har gitt retningslinjer for påtalebehandling av straffbare handlinger som avdekkes i utlendingssaker, hvor det tas stilling til hvilke forhold det skal reageres strafferettslig mot (*Retningslinjer for påtalebehandling av straffbare handlinger som avdekkes i utlendingssaker* av 01.12.2008). Under overskriften «Behovet for straffeforfølgning» fremheves det på generelt grunnlag at

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

I lys av dette mener Riksadvokaten blant annet at bruk av uriktig identitet og falske reisedokumenter mv. som hovedregel ikke bare bør møtes med utvisningsvedtak, men også straffesak. Riksadvokaten mener også at det bør «vurderes nøye» om det er grunnlag for strafferettslig reaksjon når utlendingsmyndighetene leverer anmeldelse om falsk forklaring. Ulovlig opphold bør straffeforfølges dersom det «varer over noe tid». Brudd på innreiseforbud omtales i punkt 4 i retningslinjene. Departementet bemerker i denne sammenheng at strafferammen for slike lovbrudd ble betydelig hevet i 2014, en lovendring Høyesterett i ettertid har fulgt opp, jf. særlig Høyesteretts dom av 19. januar 2015 (Rt. 2015 s. 51).

Vurderingen av om det bør iverksettes en straffesak parallelt med utlendingssaken kan endre seg underveis. I slike tilfeller er det viktig å være oppmerksom på at det gjelder til dels ulike regler i forvaltningssaker og straffesaker, og at utlendingen vil ha visse rettigheter i straffesporet som ikke gjelder i utlendingssaken. Særlig viktig er retten til å forholde seg taus, jf. straffeprosessloven § 232. I utlendingssaker har utlendingen derimot plikt til å forklare seg og legge frem nødvendig dokumentasjon, jf. utlendingsloven §§ 83 og 93. Dette innebærer at man ikke uten videre kan bruke en forklaring i utlendingssaken i en straffesak, men utlendingen kan imidlertid frivillig avgi en ny forklaring.

6.3.2 Valg av grunnlag for frihetsberøvelse

6.3.2.1 Forslag i høringsnotat

I høringsnotatet ble det foretatt en vurdering av situasjonen der det verserer både en utlendingssak og en straffesak, og det er grunnlag for frihetsberøvelse etter både utlendingsloven og straffeprosessloven. Det ble konkludert med at temaet ikke er egnet for lovregulering.

6.3.2.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet støtter departementets vurdering, herunder at dette spørsmålet ikke er egnet for lovregulering.

Advokatforeningen er uenig i at spørsmålet ikke er egnet for lovregulering. De bemerker følgende:

> «I tilfeller hvor vilkårene for fengsling er oppfylt etter både utlendingsloven og straffeprosessloven, taler grunnleggende rettssikkerhetshensyn og minstegarantier nedfelt i straffeprosessloven for at politiet må velge straffesakssporet. Foreligger det skjellig grunn til mistanke om straffbart forhold, og det er grunnlag for fengsling, jf strpl § 171, utløser det en del prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som «siktet», og det er derfor viktig at fengslingen gjøres på dette grunnlag. Hvis det ikke stadfestes i rettens kjennelse at utlendingen er fengslet etter straffeprosesslovens bestemmelser, til tross for at vilkårene for dette er oppfylt, vil utlendingen kunne bli frarøvet rettigheter som «siktet» etter straffeprosessloven, jf strpl § 242, forutsatt at utlendingen ikke har status som siktet på annet grunnlag.
>
> Advokatforeningen vil i den forbindelse peke på den markante forskjell som er på straffeprosessloven og utlendingslovens regler, hva gjelder forklaringsplikt og samarbeid. Etter straffeprosesslovens regler gjelder ingen forklaringsplikt, jf f eks strpl §§ 90 og 232, og en tiltalt skal ikke bevise sin uskyld, mens det i forvaltningssaken og i forbindelse med fengsling etter utlendingsloven forventes at en utlending medvirker til å avklare sin identitet, jf utlendingsloven § 83.
>
> Også med bakgrunn i disse ulikhetene mener Advokatforeningen at påtalemyndigheten må velge straffesakssporet og begjære fengsling på dette grunnlaget, gitt at vilkårene for fengsling er oppfylt etter både straffeprosessloven og utlendingsloven. I motsatt fall vil en utlending i en avhørssituasjon, med grunnlag i fengsling etter utlendingsloven og plikten til å samarbeide om avklaring av identitet, kunne oppleve et trykk på å forklare seg også om andre forhold, mulige straffbare forhold, som vil være i strid med selvinkrimineringsforbudet, jf EMK art 6 nr 1.
>
> Advokatforeningen mener det derfor er en enkel og rettssikker regel å følge; at fengsling etter straffesaksporet skal velges, så lenge vilkårene for dette er oppfylt.
>
> En annen sak er at det kan oppstå grunnlag for å bytte spor, fordi det ene grunnlaget faller bort. Dette er noe annet, og må ikke blandes sammen med den situasjon hvor vilkårene for fengsling er oppfylt etter begge spor.»

6.3.2.3 Departementets vurdering

I tilfeller hvor det verserer både en utlendingssak og en straffesak, kan det oppstå en situasjon der det er grunnlag for frihetsberøvelse etter både utlendingsloven og straffeprosessloven. Politiet vil normalt søke å samordne dette, særlig der det er samme enhet (og kanskje til og med samme personer) som behandler begge sakene, slik at man velger å pågripe og begjære internering bare etter det ene regelsettet.

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

I høringen har Advokatforeningen gitt uttrykk for at regelen bør være at fengsling etter straffesaksporet skal velges, så lenge vilkårene for dette er oppfylt. Dette begrunnes dels med at en status som siktet utløser en del prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som utlendingen ikke får i utlendingssporet, og dels med risikoen for at utlendingen i en avhørssituasjon, med grunnlag i internering etter utlendingsloven og plikten til å samarbeide om avklaring av identitet, vil kunne oppleve et press om å forklare seg også om andre mulige straffbare forhold, som vil være i strid med forbudet mot selvinkriminering.

Departementet er ikke enig i dette. Garantiene som følger av en status som siktet gis når saken forfølges i et straffespor. Dersom påtalemyndigheten ikke beslutter å forfølge saken i straffesakssporet, kan ikke dette være til hinder for at det anvendes tvangsmidler i utlendingssporet for å gjennomføre en uttransportering. I Tvangsmiddelrapporten er det gitt følgende oppsummerende vurdering:

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

felle vurdere om det fengslingsgrunnlaget som påberopes er tilstrekkelig.»

Tvangsmiddelrapporten peker således på at det i utgangspunktet ikke er noe til hinder for å skifte mellom det strafferettslige og utlendingsrettslige sporet for frihetsberøvelse. De ulike regelverkene åpner også for betydelig skjønn og fleksibilitet. Det er imidlertid viktig at politiet, påtalemyndigheten og domstolene er seg bevisst at frihetsberøvelse etter henholdsvis utlendingsloven og straffeprosessloven har ulike formål. Dette gjelder også ved problemstillinger knyttet til forbudet mot selvinkriminering.

Departementet er enig i disse vurderingene og fastholder at den aktuelle tematikken ikke er egnet for lovregulering.

6.3.3 Forholdsmessighetsvurderingen ved skifte av grunnlag for frihetsberøvelse

6.3.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

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

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

Departementet la til grunn i høringen at det må foretas en konkret vurdering av domstolen i den enkelte sak, blant annet ut fra hvilken forbindelse det er mellom grunnlaget for varetektsfengsling etter straffeprosessloven og grunnlaget for internering etter utlendingsloven. Det samlede tidsforløp og den samlede belastningen for utlendingen vil være sentrale momenter.

I de tilfellene som ikke gjelder varetekt, men hvor utlendingen har sonet ferdig en straffedom og så blir internert etter utlendingsloven i påvente av uttransport, mente departementet at det i utgangspunktet skal ses bort fra den belastningen dette har medført for vedkommende ved vurderingen av om interneringen etter utlendingsloven vil være et uforholdsmessig inngrep.

Departementets forslag ble ansett i tråd med gjeldende rett.

6.3.3.2 Høringsinstansenes syn

Vest politidistrikt påpeker at dette berører særlig to typer tilfeller hvor utlendingen blir vurdert utvist på grunnlag av ilagt straff. For det første de tilfellene der utlendingen blir pågrepet og fremstilt for internering etter utlendingsloven i det vedkommende blir løslatt fra domssoning eller straffeprosessuell varetektsfengsling. For det andre de tilfellene der utlendingen er pågrepet og blir løslatt før fremstilling for varetektsfengsling, og hvor utlendingen har fått en rettskraftig dom eller vedtatt forelegg i det han blir løslatt. I slike saker vil det være uheldig dersom en samlet tid og forholdsmessighetsvurdering skal begrense muligheten for internering.

Vest politidistrikt mener videre at det er en viktig avklaring at man i de tilfellene hvor en utlending har sonet ferdig en straffedom og så blir internert etter utlendingsloven, skal se bort fra tiden det er sonet straffedom når en vurderer om internering etter utlendingsloven vil være et uforholdsmessig inngrep.

6.3.3.3 Departementets vurdering

Departementet går inn for å videreføre gjeldende rett.

Når en utlending har vært varetektsfengslet i en straffesak, og politiet så skifter spor og begjærer internering på utlendingsrettslig grunnlag, må det foretas en konkret vurdering av domstolen i den enkelte sak, blant annet ut fra hvilken forbindelse det er mellom grunnlaget for varetektsfengsling etter straffeprosessloven og grunnlaget for internering etter utlendingsloven. Det samlede tidsforløp for frihetsberøvelsen og den samlede belastningen for utlendingen vil være sentrale momenter.

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

6.3.4 Forholdet mellom fremstillingsfristen i utlendingsloven og straffeprosessloven

6.3.4.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Den gjeldende fremstillingsfristen i utlendingsloven § 106 tredje ledd trådte i kraft 1. januar 2015. Ordlyden er den samme som i straffeprosessloven § 183 («snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen»). For straffeprosesslovens del er det noe uavklart hvordan fremstillingsfristen skal forstås, jf. blant annet uttalelser fra FNs menneskerettskomité om fortolkningen av artikkel 9 nr. 3 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). I Prop. 91 L (2015–2016) kapittel 7.1.6.1 ble det lagt til grunn at SP artikkel 9 nr. 3 ikke legger føringer for hvilken fremstillingsfrist som skal gjelde i utlendingssaker. Bestemmelsen retter seg mot den som «arresteres eller tilbakeholdes på grunn av siktelse for en straffbar handling».

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

Spørsmålet kom på spissen i en kjennelse avsagt av Høyesteretts ankeutvalg 21. november 2014 (Rt. 2014 s. 1102). A ble pågrepet av politiet fredag 31. oktober 2014 begrunnet i unndragelsesfare, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1. Han ble påfølgende dag formelt siktet for overtredelse av straffeloven (1902) § 162 første ledd, senere også andre ledd. Begrunnelsen for pågripelsen ble mandag 3. november 2014 endret til risiko for at utlendingen ville unndra seg iverksettelse av et bortvisningsvedtak, jf. utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b. Tirsdag 4. november 2014 ble begrunnelsen endret tilbake til unndragelsesfare etter straffeprosessloven. Den direkte foranledningen til endringene i begrunnelsen for pågripelsen, var at politiet ikke hadde klart å skaffe varetektsplass før fengslingsmøtet som opprinnelig var berammet til 3. november 2014. Fengslingsmøtet ble derfor avlyst, og A ble på bakgrunn av den nye begrunnelsen for pågripelsen overført til politiets utlendingsinternat på Trandum. Da politiet ble tildelt varetektsplass påfølgende dag, ble begrunnelsen endret tilbake. Høyesterett uttalte blant annet følgende:

«(13) Lagmannsrettens flertall har konkludert med at denne fristen er oversittet, og har begrunnet dette på følgende måte:

> «[S]iktede har vært underlagt en sammenhengende frihetsberøvelse iht. EMK artikkel 5 fra pågripelsen 31. oktober 2014. Dette må gjelde selv om påtalemyndighetens grunnlag for frihetsberøvelsen har vekslet underveis, og uavhengig av hvilken begrunnelse påtalemyndigheten har gitt for sine valg underveis. Det kan ikke ha betydning for vurderingen av om frihetsberøvelsen har vært sammenhengende at påtalemyndigheten ved sin veksling mellom fengslingsgrunnlag ikke har hatt til hensikt å oppnå utsatt fengslingsfrist. Overføringen til Trandum kan ikke anses som en reell løslatelse som virker fristavbrytende i relasjon til straffeprosessloven § 183 eller til EMK artikkel 5. Siktede har etter dette ikke vært fremstilt for fengsling innen den frist som følger av straffeprosessloven § 183. Fristen er absolutt, og siktede skulle ha vært løslatt ved fristens utløp, jf. straffeprosessloven § 187 a.»

(14) Høyesteretts ankeutvalg kan ikke se at det lagmannsretten her skriver, gir uttrykk for noen uriktig lovtolkning. Det bemerkes spesielt at straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer ved pågripelse etter utlendingsloven § 106, se tredje ledd fjerde punktum. Når påtalemyndigheten både ved pågripelse etter straffeprosessloven og utlendingsloven plikter å fremstille den pågrepne for retten snarest og senest den tredje dagen etter pågripelsen, er det – så sant det er tale om en sammenhengende frihetsberøvelse – uten betydning for plikten til fremstilling at påtalemyndigheten i løpet av perioden endrer begrunnelsen for pågripelsen.»

I høringsnotatet ble det foreslått å nedfelle prinsippet om en kumulert vurdering i loven.

6.3.4.2 Høringsinstansenes syn

Oslo politidistrikt, Politiets utlendingsenhet og *Politiets sikkerhetstjeneste* støtter at forholdet mellom fremstillingsfrist i utlendingssak og straffesak tydeliggjøres ved å ta inn i loven at det gjelder en samlet maksimumstid.

Politiets utlendingsenhet er enig med departementet i at fremstillingsfristene ikke kan kumuleres.

Vest politidistrikt er sterkt uenig i forslaget. Det vises til at et praktisk eksempel vil være at utlendingen er pågrepet i det straffeprosessuelle sporet og får avgjort sin sak etter dag to i politiarresten. Rettskraftig dom eller vedtatt forelegg vil da gi grunnlag for utvisning. Dersom to døgn i straffesporet skal regnes med når en beregner ny fremstillingsfristen, vil dette være prosessdrivende.

Advokatforeningen mener at lengden på fremstillingsfristen bør reduseres. De bemerker følgende:

> «Høringsutkastet peker på at fremstillingsfristen etter straffeprosessloven må tilfredsstille kravene etter SP artikkel 9, hvilket vil si at man må fremstilles innen 48 timer. Unntak kan bare skje der det i den konkrete saken foreligger «ekstraordinary circumstances». Ny straffeprosesslov er foreslått endret i tråd med dette (NOU 2016: 24 § 15-15). Uansett om SP kommer til anvendelse for fengsling/internering av utlendinger eller ikke, er det ingen grunn til at ikke også utledninger skal kunne fremstilles for retten innen de samme tidsfrister som gjelder i straffesaker. Tvert om vil forholdene ofte ligge bedre til rette for snarlig fremstilling, der interneringen/fengslingen kan planlegges på forhånd. Det vil dessuten være upraktisk at utlendingslovens fremstillingsfrist skal avvike fra straffeprosesslovens fremstillingsfrist. I samme retning taler det at fristen for overføring fra politiarrest også er 48 timer. Advokatforeningen mener derfor at de tyngste grunner taler for at fremstillingsfristene bør harmoniseres.»

6.3.4.3 Departementets vurdering

Når det gjelder Advokatforeningens synspunkt om at fremstillingsfristen i interneringssaker må reduseres til 48 timer, vises det til at Stortinget nylig har behandlet reglene om fremstillingsfrist i Prop. 91 L (2015–2016). Det vises til vurderingene der, og foretas ikke noen ny drøfting av dette fra departementets side. Det påpekes også at det i ovennevnte lovproposisjon er redegjort for at SP artikkel 9 nr. 3, som Advokatforeningen henviser til, ikke setter rammer for fremstillingsfristen i saker om internering etter utlendingsloven. Bestemmelsen retter seg mot den som «arresteres eller tilbakeholdes på grunn av siktelse for en straffbar handling». Det foreslås derfor ingen endring av den alminnelige fremstillingsfristen i interneringssaker etter utlendingsloven.

Når det gjelder spørsmålet om fremstillingsfristene etter de to lovene kan kumuleres, fremgår det følgende i Tvangsmiddelrapporten om dette:

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

Departementet er enig i disse vurderingene, og mener at prinsippet om en kumulert vurdering av fremstillingsfristene bør inntas i utlendingsloven.

Departementet mener imidlertid at det må tas høyde for den situasjon at grunnlaget for internering først har inntrådt etter pågripelse i straffesaken. Som Vest politidistrikt er inne på, kan det tenkes tilfeller hvor utlendingen blir pågrepet i straffesak, og straff blir idømt eller ilagt rett før fremstillingsfristen i straffesakssporet. Dersom det først er på dette tidspunkt at det foreligger grunnlag for å reise utvisningssak og foreta pågripelse i utlendingssporet, bør det kunne beregnes ny fremstillingsfrist i utlendingssporet. Det vises til lovforslaget § 106 a sjuende ledd annet punktum.

6.3.5 Adgangen til å begjære løslatelse før fremstilling

6.3.5.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at utlendingen etter gjeldende rett ikke kan kreve domstolsprøving av frihetsberøvelse før utløpet av fremstillingsfristen, og at det heller ikke bør være noen anledning til dette.

6.3.5.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet er enig i at en utlending ikke kan kreve at retten skal ta stilling til lovmessigheten av en frihetsberøvelse før vedkommende

fremstilles for internering. Det er politiet som har kompetanse til å bringe interneringsspørsmålet inn for domstolen. Om en utlending, som skal uttransporteres innen utløpet av fremstillingsfristen, begjærer seg løslatt, må denne vurderes av politiet og ikke av retten.

Advokatforeningen uttaler at hverken SP, EMK eller den norske Grunnloven bygger på at staten har en «frisone» som staten kan utnytte uten at domstolene skal ha mulighet til å overprøve lovligheten av frihetsberøvelsen. Det er korrekt at statens plikt til å selv sørge for fremstilling på eget initiativ gjelder for straffeprosessuell pågripelse, men staten kan aldri frata den frihetsberøvede retten til selv å kreve lovligheten av frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.

6.3.5.3 Departementets vurdering

Menneskerettighetene gir ingen rett til domstolsprøving før utløpet av fremstillingsfristen. EMD har i denne forbindelse uttalt følgende om retten til å få prøvd lovligheten av frihetsberøvelse opp mot EMK artikkel 5 nr. 4, når løslatelse skjer før fristen for rettslig prøving er utløpt (Fox, Campbell og Hartley mot 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 requriements of Article 5 § 4.»

Grunnloven § 94 annet ledd kan heller ikke tolkes slik at den gir noen større rett til domstolsprøving enn EMK på dette punkt.

Departementet mener at det heller ikke er grunn til å åpne for en adgang til å begjære prøving før utløpet av fremstillingsfristen. En slik praksis ville være systemfremmed: Uforenlig med lovens ordning og arbeidsfordelingen mellom politiet og domstolene.

Departementet mener at det ikke er nødvendig å regulere problemstillingen nærmere i loven.

6.3.6 Interneringsfristen på 12 uker i tilfeller hvor utlendingen har vært varetektsfengslet etter straffeprosessloven

6.3.6.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

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

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

I høringsnotatet ble det ikke foreslått noen lovendring på dette punktet.

6.3.6.2 Høringsinstansenes syn

Politiets sikkerhetstjeneste og *Politiets utlendingsenhet* mener at grensene for varighet av fengsling etter utlendingsloven § 106 bare gjelder fengsling på utlendingsrettslig grunnlag, og at fengsling i straffesak ikke skal medregnes.

Politiets utlendingsenhet mener en eventuell forutgående varetektsfengsling må vurderes i forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 99 første ledd.

Oslo politidistrikt mener det er viktig at grensene for varighet presiseres.

6.3.6.3 Departementets vurdering

Grensene for varighet i utlendingsloven gjelder for internering, og vil ikke være til hinder for at utlendingen kan holdes frihetsberøvet i totalt sett lengre tid i situasjoner hvor man skifter grunnlag for frihetsberøvelse etter hvert. Som påpekt i kapittel 6.3.3 ovenfor, må en eventuell forutgående varetektsfengsling tas i betraktning i forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 99 første ledd.

Departementet mener at fremstillingen i Tvangsmiddelrapporten gir uttrykk for gjeldende rett, og det er ikke behov for særskilte lovendringer på dette punkt.

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

6.4.1 Innledning

Utlendingsloven § 106 lyder i dag slik:

§ 106. Pågripelse og fengsling

En utlending kan pågripes og fengsles når

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

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

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

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

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

stige 7 dager Pågripelse og fengsling etter første ledd bokstav h kan ikke overstige 72 timer.

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

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

Det er derfor nødvendig å vurdere nærmere hvilke bestemmelser det er særlig viktig at den vanlige leser av utlendingsloven har lett tilgang til. Det vil formodentlig i særlig grad gjelde materielle inngrepshjemler og regler som gir utlendingen bestemte rettigheter, og i mindre grad regler om politiets og domstolens praktiske fremgangsmåte ved gjennomføring av tvangsmiddelet.

I det følgende vil departementet gjennomgå de bestemmelsene i straffeprosessloven som det vises til i utlendingsloven, og ta stilling til om de er relevante i utlendingssaker og i så fall bør innarbeides i utlendingsloven.

6.4.2 Henvisninger som helt eller delvis innarbeides eller videreføres

6.4.2.1 Straffeprosessloven § 174 – Særskilt krav ved pågripelse av mindreårig

Det vises til behandlingen av dette spørsmålet i kapittel 7.5, 7.6 og 7.7.

6.4.2.2 Straffeprosessloven § 175 – Pågripelsesbeslutning, beslutningskompetanse og iverksettelse av pågripelse

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 175 lyder:

> Pågripelse besluttes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den mistenkte, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.
>
> Beslutning om pågripelse kan treffes av retten dersom den mistenkte oppholder seg i utlandet og påtalemyndigheten vil søke ham utlevert, eller dersom forholdene ellers tilsier det.
>
> Beslutningen settes i verk av politiet eller av noen som påtalemyndigheten har anmodet om det.

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

Annet ledd – om tilfeller hvor utlendingen befinner seg i utlandet – er ikke relevant. Utlendingen må befinne seg i Norge for at det skal være aktuelt å bruke utlendingslovens tvangsbestemmelser.

Tredje ledd – om hvem som iverksetter beslutninger – ble i høringsnotatet ikke ansett relevant, siden utlendingsloven § 106 annet ledd regulerer hvem som iverksetter.

I høringsnotatet ble det foreslått at reglene i første ledd om beslutningens form og begrunnelse tas inn i utlendingsloven, og at henvisningen til § 175 skal utgå.

Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet slutter seg til vurderingene i høringsnotatet.

Advokatforeningen mener at det må presiseres at kravet til beskrivelse av grunnen for pågripelsen må være så utfyllende at utlendingen kan vurdere og forstå sin rettsstilling. Herunder må det klart fremkomme hvilket vedtak som er grunnlag for pågripelsen og hvilken handling som har utløst pågripelsen.

Departementets vurdering

Departementet fastholder forslaget i høringsnotatet om at krav til beslutningens form og begrunnelse tas inn i utlendingsloven, og at henvisningen til § 175 utgår. Det foreslås ingen endringer i hvem som har personell kompetanse til å beslutte pågripelse.

Det foreslås ingen endringer i kravet til begrunnelse. Dette kravet innebærer at det kort

må opplyses om det rettslige og faktiske grunnlaget for pågripelsen.

Det vises til lovforslaget § 106 a første ledd.

6.4.2.3 Straffeprosessloven § 177 – Underretning om grunnlag for pågripelse

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 177 lyder:

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

I høringsnotatet ble det forsøkt å tilpasse bestemmelsen slik at en utlending som pågripes etter utlendingsloven § 106 informeres om årsaken til pågripelsen, noe som også kreves etter EMK artikkel 5 nr. 2 og SP artikkel 9 nr. 2.

I høringsnotatet ble det foreslått at det skal fremgå direkte av utlendingsloven at utlendingen skal informeres om grunnen til pågripelsen på et språk utlendingen forstår. Samtidig ble det foreslått en regel om at en utlending som pågripes *kan be om* avskrift av beslutningen.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslagene om at utlendingen skal informeres om grunnen til pågripelsen, og at dette skal skje på et språk utlendingen forstår.

Politiets utlendingsenhet støtter også forslaget om at utlendingen kan be om avskrift av beslutningen. Etter deres syn er det ikke nødvendig at alle som pågripes skal gis kopi av den skriftlige beslutningen. Den vil være på norsk, noe ikke alle som pågripes behersker. Det viktigste er uansett at den pågrepne gis informasjon om grunnlaget for pågripelsen.

Advokatforeningen er kritisk til at det foreslås et unntak fra retten til avskrift av beslutning om pågripelse. Departementet har begrunnet unntaket med at utlendingen normalt ikke forstår norsk. For det første er dette i svært mange tilfeller ikke riktig. Et betydelig antall utlendinger som pågripes kan forstå og lese i hvert fall noe norsk. Uansett bør utlendingen gis en avskrift som kan videreformidles til den som bistår utlendingen, for eksempel advokat, NOAS eller bekjente med norskkunnskaper. Utlendingen vil sjelden ha forutsetninger til å forstå at det kan bes om en slik avskrift.

UDI mener at språket i seg selv ikke er en god begrunnelse for å endre dagens regel. De bemerker at alle vedtak og beslutninger som utlendingsforvaltningen fatter, som hovedregel er på norsk.

Departementets vurdering

Departementet mener at det bør fremgå direkte av utlendingsloven at utlendingen skal informeres om grunnen til pågripelsen på et språk som utlendingen forstår. En slik regel vil ivareta forpliktelser etter EMK artikkel 5 nr. 2 og SP artikkel 9 nr. 2.

I høringsnotatet ble det foreslått at utlendingen *kan be* om avskrift hvis det foreligger skriftlig beslutning. Dette er en lempeligere regel enn straffeprosessloven § 177, hvor avskrift *skal* gis. I høringen har Advokatforeningen fremhevet at mange utlendinger forstår norsk, og at det uansett bør gis en avskrift slik at denne kan videreformidles. Det er anført at det heller ikke er alle som har forutsetninger for å forstå at de kan be om en avskrift.

Departementet har merket seg synspunktene i høringen, men anser det upraktisk med en regel om at det alltid skal deles ut avskrift. Departementet fastholder at det må være tilstrekkelig at dette deles ut dersom søkeren ber om det.

Det vises til lovforslaget § 106 a fjerde ledd.

6.4.2.4 Straffeprosessloven § 178 – Gjennomføring av pågripelse

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 178 lyder:

> Pågripelse foretas så skånsomt som forholdene tillater.
>
> Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, skal tas fra ham. I dette øyemed kan han ransakes.

Første ledd er en generell bestemmelse om hvordan pågripelse skal skje. Både maktanvendelsen og de omstendigheter pågripelsen gjennomføres under, skal være skånsomme. Det finnes ikke noen motsvarende bestemmelser i utlendingsloven. Politiloven § 6 har en mer generell regel om hvordan politiet skal utføre sine oppdrag, blant annet at makt bare skal brukes i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig.

Annet ledd gir en viss adgang til personundersøkelse og beslag i forbindelse med pågripelse. Bestemmelsen er praktisk viktig.

I høringsnotatet ble det foreslått at reglene i straffeprosessloven § 178 inntas i utlendingsloven.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

Advokatforeningen mener at loven savner både en angivelse av hva en personundersøkelse kan gå ut på, og en angivelse av hva som er forutsetningene for at undersøkelse kan foretas. Det spørres om det for eksempel kan foretas rutinemessig nakenvisitasjon av alle som pågripes, herunder om den pågrepne kan pålegges å sitte på huk over et speil for undersøkelse av om vedkommende skjuler noe i kroppens hulrom.

Foreningen viser til at inngripende undersøkelser er problematisk i forhold til EMK artikkel 3, samt CPTs praksis, særlig der de gjennomføres uten konkrete indikasjoner og uten noen konkret vurdering av behovet for undersøkelsene. Til sammenligning gjennomføres ikke denne typen undersøkelser i politiarrestene uten at det foreligger konkrete vurderinger av behovet.

Advokatforeningen mener også at reglene om gjennomføringen av pågripelsen og adgangen til undersøkelse av person bør skilles ut i egne bestemmelser og ikke blandes med reglene om hvem som har kompetanse til å treffe beslutning om pågripelse.

Departementets vurdering

Departementet mener det bør fremgå uttrykkelig av utlendingsloven at pågripelse skal foregå så skånsomt som forholdene tillater. Bestemmelsen i straffeprosessloven § 178 første ledd bør derfor innarbeides direkte i utlendingsloven.

Det samme gjelder bestemmelsen i straffeprosessloven § 178 annet ledd om at ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, kan tas fra vedkommende, og at det i denne sammenheng kan foretas undersøkelse av den pågrepnes person («ransaking» i straffeprosesslovens terminologi).

Det vises til lovforslaget § 106 a tredje ledd.

Når det gjelder Advokatforeningens spørsmål om vilkårene for undersøkelse av person, viser departementet til at bestemmelsen i § 106 a tredje ledd gjelder undersøkelse av person som er pågrepet, slik at det er vilkårene for pågripelse som i disse tilfellene er avgjørende for om det foreligger en undersøkelsesadgang. I øvrige tilfeller er det utlendingsloven § 103 som fastsetter vilkårene for undersøkelse, se kapittel 9 nedenfor.

Når det ellers gjelder det Advokatforeningen tar opp om de integritetsmessige skrankene for undersøkelse av person, viser departementet både til den presisering som nå inntas i utlendingsloven § 106 a tredje ledd om at undersøkelse skal foretas så skånsomt som mulig, og til kapittel 9.2.1.6 og kapittel 9.2.3 nedenfor om utlendingsloven § 103.

Det er også gitt lovhjemler i § 107 fjerde og femte ledd for undersøkelser av utlendinger som er innsatt på Politiets utlendingsinternat. Når det gjelder kroppsvisitasjon og bruk av speil, bemerker departementet at gulvspeilet på utlendingsinternatet ble fjernet i august 2016.

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

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 179 lyder:

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

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

I høringsnotatet ble det foreslått å innarbeide en tilsvarende bestemmelse med en presisering om at spørsmålet om opprettholdelse av pågripelsen må forelegges politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

Departementets vurdering

Departementet mener at pågripelser som er foretatt uten forutgående beslutning bør være gjenstand for legalitetskontroll. En slik regel følger i dag av straffeprosessloven § 179, som krever at spørsmålet om å opprettholde pågripelsen skal forelegges for en av påtalemyndighetens tjenestemenn. Bestemmelsen er en viktig rettssikkerhetsgaranti og en tilsvarende bestemmelse bør innarbeides i utlendingsloven. Departementet fastholder derfor forslaget om at spørsmålet om å opprettholde en pågripelse skal forelegges politimesteren eller den politimesteren har gitt fullmakt.

Det vises til lovforslaget § 106 a annet ledd.

6.4.2.6 Straffeprosessloven § 180 – Forklaringsrett

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 180 lyder:

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

Denne bestemmelsen gir en forklarings*rett* for den som blir pågrepet. En eventuell forklaringsrett i forbindelse med pågripelse i utlendingssak, vil måtte gjelde forhold som er relevante for å vurdere bruk av tvangsmidler og ikke det underliggende vedtaket i utlendingssaken.

I høringsnotatet ble det foreslått å innta en regel om at den pågrepne snarest mulig skal gis adgang til å forklare seg for politiet, unntatt når pågripelse skjer på grunn av fare for unndragelse, og utlendingen allerede har oversittet en fastsatt utreisefrist. Det ble også foreslått å innta henvisninger til straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen er enig i at en forklaringsrett bør følge direkte av utlendingsloven. De mener imidlertid det kan være grunner til at en utlending bør få forklare seg også der pågripelse skjer etter utreisefristen. Advokatforeningen bemerker følgende:

> «Det kan være en rekke nye forhold av betydning for utlendingens situasjon som begrunner oversittelse av utreisefristen som utlendingen bør få anledning til å uttale seg om. Norske myndigheter er pålagt å ikke returnere utlendinger tilbake til land der de risikerer forfølgelse. Det kan ha oppstått en «non refoulement» situasjon også etter utløpt utreiseplikt som Norge er forpliktet til å respektere. Det vises til at pågripelse er et inngripende tiltak, og at utlendingen risikerer å bli uttransportert på urettmessig grunnlag før møte med advokat eller fengslingsmøte finner sted. Det bør derfor ikke gjøres unntak fra forklaringsretten med mindre utlendingen har gjort det klart at det ikke finnes forhold som begrunner oversittet utreisefrist.
>
> Advokatforeningen vil også bemerke at utlendingen har krav på å få oppnevnt prosessfullmektig etter utlendingslovens § 92, 4. ledd fra det tidspunkt spørsmålet om fengsling skulle ha vært tatt opp, uavhengig av om fristen for fremstilling for fengsling overholdes. Det vises i den sammenheng til Rt. 2010 s. 812, der Høyesterett kom til at utlendingsmyndighetenes oversittelse av fremstillingsfristen i utlendingslovens § 106 ikke kunne frata utlendingen retten til å få oppnevnt prosessfullmektig. Det bemerkes at den advokat som har bistått i forvaltningssaken som hovedregel også skal oppnevnes ved fengsling, jf. utlendingsloven § 92 fjerde ledd, fjerde punktum.»

Politidirektoratet støtter departementets forslag om en begrensning i forklaringsretten. De foreslår også noen flere unntak enn i høringsnotatet:

> «Politidirektoratet bemerker at en utlending vil ha forklaringsplikt til utlendingsmyndighetene i den underliggende utlendingssaken, jf. utlendingsloven § 83, og i visse sammenhenger også en forklaringsrett, jf. § 81. Også i andre utlendingssaker enn de som er nevnt i utlendingsloven § 81 har utlendingen fått forklare seg for utlendingsmyndighetene. Dette gjøres for eksempel i søknaden om oppholdstillatelse og dens vedlegg samt i en senere klage og begjæring om utsatt iverksetting. Vi er enig i at det ikke bør være en forklaringsrett i de tilfeller hvor utlendingen pågripes etter utløpet av utreisefristen. Vi viser til uttalelse fra PU:

«Disse utlendingene er gjort kjent med utreiseplikten og at politiet kan føre vedkommende ut av landet om han eller hun ikke reiser. I mange av sakene skjer utsendelsen kort tid etter at pågripelsen har funnet sted. Om så ikke skjer, vil vedkommende få forklare seg i et fengslingsmøte. Uansett vil de bli informert om grunnlaget for pågripelsen og i den sammenheng vil de også ha anledning til å fremme sine synspunkter til tjenestepersonene, uten at dette gjøres som en formell forklaring. Etter innsettelse på Trandum vil den pågrepne også kunne kontakte sin saksbehandler i PU.»

Oslo politidistrikt bemerker at det heller ikke bør gjelde en forklaringsrett i de tilfeller hvor det unnlates å sette en utreiseplikt eller hvor fristen settes til umiddelbart, jf. utlendingsloven § 90 femte ledd. Det vises til nærmere redegjørelse i vedlagte høringsuttalelse. Politidirektoratet støtter Oslo politidistrikts forslag til ordlyd i § 106 a annet ledd tredje punktum:

«Den pågrepne skal snarest mulig gis adgang til å forklare seg for politiet, unntatt når pågripelse skjer på grunn av fare for unndragelse og utlendingen har oversittet en fastsatt frist, eller utlendingen ikke er gitt utreisefrist i medhold av utlendingsloven § 90 femte ledd bokstav a-f.»

PU gjør oppmerksom på at en ganske stor andel av pågripelsene etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b skjer etter at utlendingen blir stanset i en utlendingskontroll etter lovens § 21 og vedkommende da ikke kan sannsynliggjøre sin identitet eller lovligheten av oppholdet i riket. I forbindelse med slike kontroller gjøres det ulike undersøkelser, herunder gjennomføres det samtaler både i kontrollsituasjonen og etter innbringelse etter politiloven. En pågripelse besluttes ofte etter at en samtale med utlendingen er gjennomført. PU mener at det vil føre for langt at det i disse sakene skal gjelde en ny forklaringsrett for politiet. Bestemmelsen bør derfor endres noe, slik at forklaringsretten ikke gjelder om utlendingen allerede har avgitt forklaring i forbindelse med pågripelsen. Politidirektoratet slutter seg til dette.»

Oslo politidistrikt uttaler blant annet:

«Pågripelse i tilknytning til gjennomføring av en uttransport skiller seg i stor grad fra pågripelse etter straffeprosessloven. Pågripelse for å sikre uttransport besluttes i hovedsak på bakgrunn av et allerede fattet negativt vedtak, hvor utlendingens kontradiksjon har blitt ivaretatt gjennom forhåndsvarsel, klageadgang, muligheten for å begjære utsatt iverksettelse, samt en eventuell fremstilling for fengsling. Det vises i tillegg til utlendingsloven § 90 siste ledd som regulerer vurdering av utsatt iverksettelse hvor utlendingen påberoper seg omstendigheter som nevnt i § 28 (asylanførsler). På bakgrunn av dette har utlendingen i stor grad hatt mulighet til å kommentere og forklare seg om grunnlaget for pågripelsen. Videre vises til at bruk av tvangsmidler også varsles gjennom underretting av vedtak om utvisning, hvor utlendingen gjøres oppmerksom konsekvensene av ikke å overholde utreisefristen/unndragelsesfare (beslutning meldeplikt, beslag av reisedokument, pågripelse og fengsling etter utlendingsloven §§ 104-106).

Hertil kommer at forholdsmessighetsvurderingen knyttet til bruk av tvangsmidler også vil foretas gjennom at surrogater som meldeplikt skal vurderes før det besluttes pågripelse.

Også i de tilfeller hvor det unnlates å sette utreisefrist, eller fristen settes til umiddelbart, jf. utlendingsloven § 90 femte ledd, bør det etter vårt syn gjøres unntak fra kravet om forklaringsrett. Det vises til at det i en rekke saker foretas uttransport direkte etter løslatelse fra soning. Dette gjelder i tilfeller hvor det foreligget et utvisningsvedtak som kan iverksettes, utlendingen har hatt mulighet for å begjære utsatt iverksettelse, utreisefristen rent faktisk er satt til umiddelbart, og det foreligger fare for unndragelse. Det vises i denne forbindelse også til utlendingsloven § 90 sjette ledd om at dersom pålegget nevnt i femte ledd ikke blir fulgt, utreisefrist ikke et gitt, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, kan politiet føre utlendingen ut.

Spesielt gjelder ovennevnte hensyn de tilfeller hvor uttransport skjer nokså direkte etter en pågripelse og innenfor fremstillingsfristen. Ved fremstilling for fengsling vil utlendingen kunne uttale seg for retten, og gjennom sin advokat, jf. utlendingsloven § 92 fjerde ledd.»

Departementets vurdering

Departementet mener at det som utgangspunkt bør gjelde en forklaringsrett når en utlending blir pågrepet etter utlendingsloven. Et spørsmål er om reglene i straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd (om nedtegning av forklaringen mv.) bør innarbeides i utlendingsloven eller om reglene kan

beholdes gjennom henvisning. Siden dette gjelder den praktiske fremgangsmåten ved opptak av forklaring, mener departementet at en henvisning til straffeprosessloven må være forsvarlig og tilstrekkelig.

En sentral forskjell mellom utlendingssaker og straffesaker er at en mistenkt i straffesaker kan nekte å avgi forklaring til politiet, jf. straffeprosessloven § 232. En forklaring som avgis i forbindelse med pågripelse vil derfor være frivillig. I utlendingssaker er regelen motsatt: Utlendingen kan pålegges en møte- og opplysningsplikt av politiet, jf. utlendingsloven § 83.

En annen sentral forskjell mellom utlendings- og straffesaker er at i en utlendingssak vil utlendingen ofte forut for pågripelsen ha avgitt en forklaring i en underliggende asyl- eller oppholdssak. I slike underliggende saker vil utlendingen gjøres kjent med mulige konsekvenser av å ikke overholde et negativt vedtak, herunder at politiet har adgang til å føre utlendingen ut av landet. Også i tilfeller hvor utlendingen ikke har en underliggende asyl- eller oppholdssak, slik som ved en alminnelig utlendingskontroll, jf. § 21, vil utlendingen ha avgitt en forklaring til politiet om sin identitet og lovligheten av oppholdet.

Etter departementets syn er forskjellene på en straffeprosessuell og en utlendingsrettslig pågripelse så store at en forklaringsrett i utlendingssaker ikke bør gjøres unntaksfri. Departementet foreslår derfor at det oppstilles unntaksregler for tre tilfeller hvor det ikke vil være behov for å avgi en separat forklaring vedrørende pågripelsen, jf. lovforslaget § 106 a femte ledd.

For det første bør det gjelde et unntak i de tilfeller hvor en utlending, som er utvist og ikke er gitt utreisefrist, pågripes ved løslatelse fra soning av dom. Departementet viser til at utlendingen normalt vil bli varslet av politiet i forbindelse med underrettingen av vedtaket om at det kan være aktuelt å benytte tvangsmidler. Utlendingen vil også være kjent med at uttransportering skal iverksettes ved løslatelse.

For det andre bør det gjelde et unntak i de tilfeller hvor pågripelse skjer på grunn av fare for unndragelse og utlendingen allerede har oversittet en fastsatt utreisefrist. I slike tilfeller vil utlendingen være informert om konsekvensene av ikke å overholde pålagt utreisefrist i vedtaket og ved underretningen. Dersom utlendingen ikke har blitt underrettet om vedtaket, vil vedkommende uansett ha en forklaringsrett, jf. utlendingsloven § 81.

For det tredje bør det gjelde et unntak i de tilfeller hvor pågripelse skjer etter at utlendingen har forklart seg for politiet i en alminnelig utlendingskontroll, jf. utlendingsloven § 21. I forbindelse med slike kontroller gjøres det ulike undersøkelser, herunder gjennomføres det samtaler både i kontrollsituasjonen og etter innbringelse etter politiloven. Departementet mener at det vil være lite hensiktsmessig og unødvendig med en ny forklaringsrett i slike situasjoner. Det må være tilstrekkelig at utlendingen opplyses om grunnen til pågripelsen, se kapittel 6.4.2.3.

For øvrig bemerker departementet at det følger av § 90 siste ledd at dersom en utlending påberoper seg omstendigheter som nevnt i § 28 (beskyttelse) på tidspunktet for iverksetting av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, og det ikke fremgår at det allerede er tatt standpunkt til de forholdene som påberopes, skal politiet forelegge spørsmålet om utsatt iverksetting for den myndigheten som har truffet vedtaket.

6.4.2.7 Straffeprosessloven § 182 – Underretning til nærstående

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 182 lyder:

> Når pågripelse er foretatt, skal påtalemyndigheten sørge for underretning til den pågrepnes husstand eller annen person han utpeker. Dersom den pågrepne ikke ønsker det, gis ikke underretning, med mindre særlige grunner taler for det.
>
> Underretning som nevnt kan unnlates såfremt det antas at den vil være til vesentlig skade for etterforskingen. Spørsmålet skal i så fall forelegges for retten første gang den pågrepne fremstilles.

Det er antatt at denne bestemmelsen også skal gjelde ved fengsling etter utlendingsloven § 106, jf. Vevstad (red.), *Utlendingsloven kommentarutgave,* 2010, s. 580. Hovedregelen er da at pårørende skal varsles. Unntaket i annet ledd krever at hensynet til etterforskningen tilsier unnlatt varsling, noe som ikke er relevant i utlendingssaker, men som kan ha sin parallell i tilfeller hvor det er planlagt pågripelse også av andre familiemedlemmer.

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

I høringsnotatet foreslo departementet at henvisningen til § 182 utgår, men at det i stedet inntas

en bestemmelse i utlendingsloven som er mer tilpasset forholdene i utlendingssaker. Det ble også foreslått en hovedregel om varsling av pårørende, men med unntak dersom utlendingen ikke ønsker slik varsling, dersom de nevnte personene befinner seg i utlandet eller dersom særlige grunner tilsier det.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen mener at der utlendingen har vært representert av advokat, verge eller annen representant bør disse underrettes i tilfeller der utlendingen ikke har nærstående i landet.

Politiets utlendingsenhet slutter seg til forslaget om at varslingsplikten til pårørende skal inntas i utlendingsloven, herunder unntakene fra denne plikten.

Departementets vurdering

Departementet fastholder forslaget fra høringsnotatet om at det på samme måte som i straffeprosessloven § 182 bør innarbeides regler direkte i utlendingsloven om varsling til pårørende ved pågripelse. Det vises til lovforslaget § 106 a sjette ledd.

I likhet med hva som er tilfellet i straffeprosessloven § 182 foreslås det å fastsette i utlendingsloven at det skal gis underretning til den pågrepnes husstand eller annen person vedkommende utpeker. Tilsvarende fastsettes et unntak for de tilfeller hvor den pågrepne ikke selv ønsker at det skal gis slikt varsel. I utlendingsloven foreslås det videre at underretning kan unnlates dersom de aktuelle pårørende befinner seg i utlandet eller særlige grunner tilsier unntak. Ved vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» må det foretas en avveining av de hensyn som taler henholdsvis for og imot varsling, og hvor de hensynene som taler imot varsling må veie klart tyngst for at varsel skal unnlates.

Et eksempel på «særlig grunn» vil være at det også planlegges pågripelse av en av utlendingens pårørende. I utgangspunktet må også hensynet til etterforskning i en straffesak kunne utgjøre en særlig grunn. Departementet understreker likevel at dersom hovedformålet er å unngå bevisforspillelse (straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2) skal det strafferettslige «sporet» velges som grunnlag for pågripelsen og interneringen. Det vises til kapittel 6.3.2.

Begrensningene i underretningsplikten ovenfor gjelder ikke dersom utlendingen ber om at advokaten varsles. Det vises til forslaget i kapittel 6.4.2.12 om å innta en presisering i § 92 fjerde ledd om at en utlending som blir pågrepet eller internert har rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin prosessfullmektig.

I høringsnotatet ble det ikke foreslått noen regel som sikrer domstolskontroll dersom underretningen unnlates mot utlendingens vilje. Etter en fornyet vurdering er departementet kommet til at en slik regel bør gis. Det foreslås derfor at når underretning unnlates mot utlendingens vilje, og ikke skyldes at de aktuelle personene befinner seg i utlandet, skal spørsmålet forelegges for retten første gang utlendingen fremstilles.

6.4.2.8 Straffeprosessloven § 183 – Løslatelse eller fremstilling for fengsling

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 183 lyder:

> Vil påtalemyndigheten beholde den pågrepne, må den snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av fristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken. Kongen kan gi nærmere regler om bruken av og forholdene i politiarrest, herunder regler om elektronisk overvåking. § 187 a gjelder tilsvarende.
>
> Er den pågrepne under 18 år, må slik fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag.
>
> Er siktede under 18 år, skal påtalemyndigheten varsle barneverntjenesten om fengslingen. Barneverntjenesten skal møte til hvert interneringsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak. Reglene i § 118 [regler om vitner som har taushetsplikt] gjelder tilsvarende.
>
> Påtalemyndigheten skal møte med mindre det vil være forbundet med uforholdsmessig ulempe.

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

Straffeprosessloven § 183 første ledd fjerde punktum (at Kongen kan gi forskrift om bruken av politiarrest og om forholdene i politiarresten) er også relevant for de tilfellene hvor utlendingen settes i politiarrest. En henvisning ble imidlertid ikke ansett nødvendig for at delegasjonsbestemmelsen i praksis skal få virkning også for dem som sitter i politiarrest som følge av pågripelse etter utlendingsloven.

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

Straffeprosessloven § 183 tredje ledd, som oppstiller regler for barneverntjenestens rolle ved pågripelse av mindreårige, behandles særskilt i kapittel 7.5.7 nedenfor.

Bestemmelsen i § 183 fjerde ledd om at påtalemyndigheten skal møte hvis det ikke er forbundet med ulempe, «passer» også i utlendingssaker, med den tilpasning at det er «politiet» som må møte siden det er politiet som begjærer internering. I høringen ble det ikke ansett nødvendig med en slik reservasjon som i straffeprosessloven for tilfeller hvor det vil bero på uforholdsmessig ulempe for politiet å møte. Departementet foreslo derfor en regel om at politiet har møteplikt i interneringssaker.

I høringsnotatet ble det etter dette foreslått at henvisningen til straffeprosessloven § 183 utgår.

Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet støtter departementets vurderinger og forslag. De bemerker blant annet følgende:

> «Det følger av [straffeprosessloven § 183 første ledd] at om fremstilling for fengsling ikke skjer dagen etter pågripelsen så skal grunnen til dette merkes i rettsboken. Departementet foreslår at dette inntas i utlendingsloven med den endring at slik merknad først skal inntas om fremstilling ikke skjer den andre dagen etter pågripelsen. Vi slutter oss til dette. Det er fornuftig at dette knyttes til fristen for å oppnevne prosessfullmektig i utlendingssaker.
>
> Vi er enig i at det ikke er nødvendig med noen henvisning til reglene om politiarrest. Disse bestemmelsene vil uansett gjelde om en som pågripes etter utlendingsloven settes inn i politiarrest.
>
> Fremstillingsfristen for barn er allerede regulert i utlendingsloven, slik at strpl. § 183 annet ledd ikke har noen relevans.»

Advokatforeningen er enig i at reglene i straffeprosesslovens § 183 bør fremkomme direkte av utlendingsloven. De har også følgende bemerkninger til fremstillingsfristen:

> «Det presiseres imidlertid at «senest den tredje dagen etter pågripelsen» er å forstå som en 72-timers frist. Dette følger blant annet av Rt. 2015 s. 1142. Utlendingsmyndighetene har imidlertid praktisert regelen i utlendingsloven slik at fremstillingen må skje innen utløpet av den tredje dagen, og således ikke forholdt seg til en tilsvarende 72-timers frist men kalenderdager. Fengsling ut over 72 timer er i strid med Grunnloven § 94, EMK art. 5 og SP art. 9 jf. Rt. 2014 s. 1102. Advokatforeningen påpeker at disse rettighetene er de samme for fengsling etter utlendingsloven som etter straffeprosessloven. Det vises til at departementet har foreslått en tilsvarende presisering for fengsling av barn etter ny § 106 b, annet ledd.
>
> Advokatforeningen mener det foreligger sterke grunner for å harmonisere fremstillingsfristen etter utlendingsloven med fremstillingsfristen etter straffeprosessloven, jf nærmere merknader ovenfor under punkt 4.3.4.»

Vest politidistrikt har også bemerkninger knyttet til fremstillingsfristen:

> «Selv om dette ikke er direkte berørt i forslaget, mener vi at departementet på nytt må se på fremstillingsfristen når det gjelder fengslig forvaring etter utlendingsloven. Med opp til 72 timers transittklarering og frister for varsel om retur/tilbaketakelse i Dublinsaker med mer, er

det vår oppfatning at det brukes unødvendig mye ressurser i domstolen og hos politiet på fremstillinger og fengslingsmøter.

Vi mener å være kjent med at det i Finland er en fremstillingsfrist den fjerde dagen (94 timer) i disse sakene. I 2016 har vi i Vest redusert antall fremstillinger med nesten 1/3 som et resultat av at de fleste av våre uttransporter i 2016 gikk direkte til europeiske land, eventuelt via Kastrup. Det praktiske knyttet til vedtak (bort- og utvisning) tar også noe tid, og særlig i helgene kan dager gå tapt før arbeidet blir igangsatt. I Vest politidistrikt har vi i dag ikke ressurser til å ha personell med bort- og utvisningskompetanse tilgjengelig hele helgen.

En utvidet fremstillingstid vil derfor være ressursbesparende for politi og domstolen.»

Departementets vurdering

Departementet mener at henvisningen til straffeprosessloven § 183 kan utgå.

Det bør innarbeides en bestemmelse i utlendingsloven om at det skal nedtegnes begrunnelse i rettsboken dersom fremstilling ikke har skjedd innen utløpet av den andre dagen etter pågripelsen, jf. lovforslaget § 106 a sjuende ledd. Dette er samme frist som fristen for å oppnevne prosessfullmektig, jf. § 92 fjerde ledd. Bestemmelsen kan bidra til en hurtig fremstilling i saker hvor det allerede på pågripelsestidspunktet, eller kort tid etter, er klart at utlendingen ikke vil bli løslatt eller uttransportert med det første.

Straffeprosessloven § 183 første ledd fjerde punktum henviser til forskrift om bruk av politiarrest. Utlendingsloven § 107 første ledd åpner for at en utlending unntaksvis kan holdes i politiarrest. Det følger av politiarrestforskriften § 1 at den kommer til anvendelse uavhengig av hjemmelsgrunnlaget for oppholdet i arresten. Det er ikke nødvendig med en henvisning fra utlendingsloven for at forskriften skal komme til anvendelse.

Reglene i straffeprosessloven § 183 annet ledd om kortere fremstillingsfrist for mindreårige, er inntatt i gjeldende § 106 fjerde ledd, og foreslås videreført i ny § 106 c tredje ledd.

Straffeprosessloven § 183 tredje ledd, som gir regler for barneverntjenestens rolle ved pågripelse av mindreårige, drøftes særskilt i kapittel 7.7.7. Departementet foreslår at regelen innarbeides i utlendingsloven med tilpasninger.

Straffeprosessloven § 183 fjerde ledd om at påtalemyndigheten som utgangspunkt skal møte i retten, «passer» også i utlendingssaker. Departementet mener at bestemmelsen bør fastsettes i utlendingsloven, og har derfor innarbeidet forslag til bestemmelse i § 106 b første ledd. I stedet for å fastsette at det er «påtalemyndigheten» som skal møte, fastsetter forslaget at møteplikten gjelder «politiet», og departementet anser ikke at det er nødvendig med en slik reservasjon som i straffeprosessloven for tilfeller hvor det eventuelt beror på «uforholdsmessig ulempe» for politiet å møte.

Departementet har merket seg synspunktene fra Advokatforeningen om at fremstillingsfristen etter utlendingsloven § 106 tredje ledd («snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen») må forstås som en 72-timersfrist. Departementet mener imidlertid at fristen skal regnes i dager og ikke i timer. Departementet understreker at ingen av høyesterettsavgjørelsene som Advokatforeningen henviser til fastsetter noen 72-timersfrist. Det er videre ubegrunnet når Advokatforeningen anfører at en fremstillingsfrist ut over 72 timer er i strid med Grunnloven § 94, EMK artikkel 5 og SP artikkel 9. Siden det ikke ble foreslått noen endring av fremstillingsfristen i høringen, går ikke departementet nærmere inn på dette, men henviser til drøftingen av fremstillingsfristen i Prop. 112 L (2013–2014) og Prop. 91 L (2015–2016). I sistnevnte lovproposisjon er for øvrig høyesterettsavgjørelsen i Rt. 2015 s. 1142 (som Advokatforeningen henviser til), særskilt kommentert, jf. kapittel 7.1.6.1 i proposisjonen.

Departementet har også merket seg anbefalingene fra Vest politidistrikt om å utvide fremstillingsfristen ut over det som gjelder i dag. Det vises til at fremstillingsfristen ble utvidet så sent som i 2015, og at ytterligere utvidelse av denne fristen ikke var et tema i høringsforslaget.

6.4.2.9 Straffeprosessloven § 184 – Fengsling

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 184 lyder:

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

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

av kjennelsen at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep.

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

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

Kjennelse om fengsling eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres.

Paragraf 184 første ledd første punktum om at tingretten skal bruke formen kjennelse, fremgår ikke av utlendingsloven. Det gjør heller ikke regelen i annet punktum. Første ledd supplerer derfor utlendingslovens regler i dag. Dette er viktige regler, som departementet i høringen foreslo at bør inntas i utlendingsloven.

Det skjerpede fengslingsvilkåret for personer under 18 år, som man finner i straffeprosessloven § 184 annet ledd annet punktum, er en sentral bestemmelse. Departementet behandler dette i kapittel 7.5.2–3, 7.6.2–3 og 7.7.2–3 nedenfor.

Annet ledd tredje punktum er også relevant i utlendingssaker, for så vidt gjelder kravet om at kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til fengsling. Passusen om at kjennelsen også skal nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, er derimot ikke relevant. Departementet foreslo derfor i høringen at regelen i § 184 annet ledd tredje punktum skrives om og tas inn i utlendingsloven.

Annet ledd fjerde punktum er også relevant i utlendingssaker, og må ses i sammenheng med utlendingsloven § 99 første ledd. Også denne regelen ble det foreslått at bør fremgå direkte av utlendingsloven.

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

Departementet foreslo etter dette at de relevante delene av § 184 tas inn i utlendingslovens § 106, og at henvisningen til straffeprosessloven § 184 utgår i sin helhet.

Høringsinstansenes syn

Når det gjelder de skjerpede interneringsvilkårene for barn under 18 år, behandles dette i kapittel 7.5.2–3, 7.6.2–3 og 7.7.2–3 nedenfor.

Advokatforeningen har anført at det bør lovfestes at det skal fremgå av interneringskjennelser «hvordan muligheten for å anvende mindre inngripende tvangsmidler er vurdert». I høringsnotatet er dette bare foreslått i saker om internering av barn.

Departementets vurdering

Departementet fastholder forslagene fra høringsnotatet om at de relevante delene av § 184 tas inn i utlendingslovens § 106, og at en generell henvisning til straffeprosessloven § 184 utgår i sin helhet.

Når det gjelder forslaget fra Advokatforeningen om å lovfeste at det skal fremgå av rettens kjennelse hvordan muligheten for mindre inngripende tiltak er vurdert, er ikke departementet enig i dette forslaget. Departementet understreker at det allerede følger av lovforslaget at retten skal «angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til interneringen», og at det også skal gå frem av kjennelsen «at internering ikke er et uforholdsmessig inngrep». Departementet finner det ikke riktig å gi ytterligere direktiver om hvilke drøftinger som skal fremgå av rettens kjennelse. Hvor grundig en interneringskjennelse utformes, vil blant annet påvirkes av hvor langvarig internering det er tale om mv.

6.4.2.10 Straffeprosessloven § 184 a – Rettens veilednings- og orienteringsplikt

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 184 a lyder:

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

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

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

Bestemmelsen regulerer rettens ansvar for at den som fremstilles for fengsling får veiledning om

pågripelsesbegjæringen og en eventuell fengslingskjennelse. Bestemmelsen ivaretar den fremstiltes rettssikkerhet, og når man ser bort fra begrepene «siktelsen» og «siktet», passer den også i utlendingssaker.

I høringsnotatet ble det foreslått å beholde henvisningen til straffeprosessloven § 184 a.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* er enige i at henvisningen til straffeprosessloven § 184 a bør beholdes.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus reiser spørsmål om det bør lovfestes en plikt for retten til å melde til barnevernet dersom retten legger til grunn at det ikke er sannsynlighetsovervekt for at en utlending er over 18 år, samtidig som det motsatte er lagt til grunn av utlendingsmyndighetene. Tilsvarende spør Fylkesmannen om det bør gjelde en orienteringplikt i saker hvor barnet interneres sammen med sin familie, men hvor det legges til grunn at barnet er uten fungerende verge, eller hvor det er begrunnet tvil om familierelasjonen til antatte verger.

Departementets vurdering

Departementet fastholder forslaget om å beholde henvisningen til § 184 a.

Når det gjelder spørsmålet fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus om orienteringplikt for retten, blant annet i saker hvor retten ikke finner å kunne legge til grunn at utlendingen er over 18 år (selv om det er lagt til grunn av utlendingsmyndighetene), er dette problemstillinger departementet har behov for å vurdere nærmere. Departementet vil utrede spørsmålet i dialog med blant annet Domstolsadministrasjonen og Barne- og likestillingsdepartementet og vil eventuelt komme tilbake til det i en senere prosess.

6.4.2.11 Straffeprosessloven § 185 – Fengslingstid og forlengelse av fengsling

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 185 lyder:

> Beslutter retten å fengsle den siktede, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for fengslingen, når ikke hovedforhandlingen allerede er påbegynt. Fristen skal være så kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen. Dersom etterforskingens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, kan retten sette en lengre frist. Er hovedforhandling påbegynt når siktede blir fengslet eller når fengslingsfristen løper ut, kan siktede holdes fengslet inntil dom er avsagt.
>
> Er den siktede under 18 år, skal fristen være så kort som mulig og ikke overstige to uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil to uker av gangen.
>
> Dersom det begjæres forlenget fengsling, skal påtalemyndigheten oppgi når saken ventes ferdig etterforsket. Tidspunktet skal opplyses i rettsboken. Påtalemyndigheten skal også kortfattet gjøre rede for den etterforskning som er foretatt siden forrige rettsmøte, og for hvilken etterforskning som gjenstår.
>
> Siktede har rett til å være til stede i retten når spørsmålet om forlengelse av fengslingsfristen skal behandles. Dersom retten finner det nødvendig, skal siktede fremstilles, selv om han ikke ønsker å møte. Retten kan beslutte at rettsmøte om forlengelse av fengslingsfristen kan holdes som fjernmøte med bildeoverføring når retten finner det ubetenkelig ut fra formålet med rettsmøtet og øvrige omstendigheter, og rettsmøtet ellers ville medført omkostninger som ikke står i rimelig forhold til betydningen av at siktede møter. Tvisteloven § 13-1 annet ledd gjelder tilsvarende. Før beslutning om fjernmøte tas, skal påtalemyndigheten og siktede gis anledning til å uttale seg. Siktede skal sikres adgang til direkte og fortrolig kommunikasjon med forsvareren under møtet. Skal retten samtidig behandle spørsmål om ileggelse eller forlengelse av isolasjon etter § 186 a, kan rettsmøtet ikke avholdes som fjernmøte uten siktedes samtykke. Det samme gjelder for rettsmøte om forlengelse av fengslingsfristen når det er gått mer enn 90 dager siden forrige gang siktede hadde rett til å få behandlet fengslingsspørsmålet i ordinært rettsmøte. Kongen kan gi nærmere regler om fjernmøte i forskrift.
>
> Påtalemyndigheten skal fremme begjæring om forlengelse så tidlig at siktede og forsvareren kan få varsel senest dagen før rettsmøtet holdes. Påtalemyndigheten skal varsle partene om rettsmøte innen denne frist. Påtalemyndigheten bør møte, når det ikke etter omstendighetene finnes upåkrevd.
>
> Finner retten på noe tidspunkt at etterforskingen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede.

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

Utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum stenger for muligheten for å internere for mer enn fire uker av gangen i tilfeller der interneringen bygger på annet grunnlag enn § 106 første ledd bokstav a (identitetsavklaring). I tillegg har § 106 femte ledd særskilt strenge vilkår for samlet interneringstid på mer enn 12 uker, og fastslår at internering ut over 18 måneder bare kan skje i helt spesielle tilfeller. Samme sted fremgår det at pågripelse og internering etter § 106 første ledd bokstav g (utlending med asylsøknad som mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet) eller bokstav h (utlending med asylsøknad som skal behandles i løpet av 48 timer) ikke kan overstige henholdsvis sju dager og 72 timer. Slike regler har ikke straffeprosessloven. I høringsnotatet foreslo departementet at reglene om varigheten av internering burde stå samlet i utlendingsloven.

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

Det er likevel ikke gitt at returen alltid vil bli gjennomført. Fordi frihetsberøvelse også er et svært inngripende tiltak og faren for unndragelse kan tenkes å bli redusert i løpet av tiden som utlendingen er fengslet, kan gode grunner tale for at utlendingen etter fire uker bør gis rett til å uttale seg om sin situasjon for en domstol på ny. Dette vil også innebære en rettssikkerhetsgaranti ved at retten må kontrollere at internering fortsatt er nødvendig og forholdsmessig, og at saken har den nødvendige fremdrift. I høringsnotatet ble det ikke foreslått noe unntak fra fireukers-regelen i saker hvor grunnlaget for internering er unndragelsesfare (§ 106 første ledd bokstav b).

Departementet mente at straffeprosessloven § 185 første ledd femte punktum måtte forstås som en særregel for straffeprosessuelle fengsling, og at den ikke passet i forbindelse med internering etter utlendingsloven. Departementet foreslo derfor at henvisningen til straffeprosessloven § 185 første ledd kunne strykes.

Straffeprosessloven § 185 annet ledd har en særregel om at fristen skal være så kort som mulig og ikke overstige to uker dersom den siktede er under 18 år. Spørsmålet om hvorvidt denne regelen også gjelder tilsvarende når barn interneres sammen med foreldrene i utlendingssaker har vært tema i en ankesak for lagmannsretten våren 2017. I høringsnotatet foreslo departementet en ny bestemmelse om at barn som hovedregel bare skal kunne fengsles for to ganger tre døgn. Dette vil også gjelde når barn fengsles sammen med foreldrene. Se nærmere om dette i kapittel 7.5.8.

Etter straffeprosessloven § 185 tredje ledd skal det ved begjæring av forlenget fengsling oppgis når saken ventes ferdig etterforsket. Denne bestemmelsen er gitt av hensyn til den fengsledes rettssikkerhet, og gode grunner taler for å anvende bestemmelsen også i utlendingssaker. Det innebærer at politiet ved begjæring om fortsatt internering skal oppgi hvor lenge den situasjonen som grunngir interneringen antas å vare, for eksempel utredning av personens identitet eller forberedelse av uttransportering. Samtidig må det legges vekt på at det i mange sammenhenger ikke vil være mulig å anslå hvor lenge det er nødvendig med internering fordi dette kan være avhengig av andre aktørers samarbeid og prioritering (for eksempel myndighetene i utlendingens hjemland), eller bero på svært usikre faktorer. Tidsangivelsene skal noteres i rettsboken. Politiet må også gjøre rede for hvilke skritt som er tatt siden forrige rettsmøte og hvilke skritt som gjenstår (for eksempel at hjemlandets myndigheter utsteder nødvendige reisedokumenter). I høringsnotatet ble det foreslått å beholde henvisningen til straffeprosessloven § 185 tredje ledd.

Straffeprosessloven § 185 fjerde ledd om siktedes rett til å være til stede i retten når spørsmålet

om forlengelse av fengslingsperioden behandles, passer også for den som fremstilles i en utlendingssak. Reguleringen av fjernmøte med bildeoverføring i tredje til sjuende punktum er ny fra 2011. Dette er praktisk også i utlendingssaker, og betenkelighetene er ikke større enn ved straffeprosessuelle interneringer. Blant annet på grunn av bestemmelsens omfang og detaljnivå ble det foreslått å beholde en henvisning til straffeprosessloven § 185 fjerde ledd.

Straffeprosessloven § 185 femte ledd har ytterligere regler om fremgangsmåten ved forlengelse av fengsling. Disse er relevante i utlendingssaker og innebærer blant annet at utlendingen og hans prosessfullmektig må varsles om en forlengelsesbegjæring senest dagen før, og at politiet som hovedregel bør stille i interneringsmøtet. I høringsnotatet ble det foreslått at henvisningen til femte ledd burde beholdes.

Straffeprosessloven § 185 sjette ledd gjelder rettens plikt til å løslate siktede, hvis etterforskningen ikke fremmes hurtig nok. Departementet mente at denne bestemmelsen ikke passet særlig godt i utlendingssaker, siden det her ikke foregår etterforskning i vanlig forstand. Bestemmelsen må i tilfelle fortolkes slik at den gjelder tilsvarende dersom utlendingssaken ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet. I tråd med den vurdering som er gjort i Tvangsmiddelrapporten, mente departementet at det måtte være tilstrekkelig å videreføre bestemmelsene i straffeprosessloven § 184 femte ledd og § 187 a om adgangen til å omgjøre en interneringskjennelse og plikten til å løslate dersom interneringsgrunnen faller bort. Departementet foreslo derfor at henvisningen til § 185 sjette ledd kunne utgå. Departementet viste også til forslaget til ny bestemmelse om progresjonskravet i § 106 tredje ledd, som omtales i kapittel 11.2 nedenfor.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen støtter forslaget om å klarere regulere hvor lang tid en interneringskjennelse kan gjelde for, og maksimal sammenhengende interneringstid, og at disse bør stå samlet i utlendingsloven. De understreker blant annet behovet for tilstrekkelig fremdrift i sak om utsendelse må komme til uttrykk i loven.

Politiets utlendingsenhet er enig at reglene om interneringskjennelsens lengde bør inntas i utlendingsloven. De er også enig at det må være tilstrekkelig at utlendingsloven henviser til straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd, samt at det ikke lenger er nødvendig å henvise til bestemmelsens sjette ledd.

Når det gjelder høringsinstansenes syn på særregler om interneringstid for mindreårige utlendinger, viser departementet til kapittel 7.6.8.

Departementets vurdering

Departementet fastholder forslagene fra høringen.

Det foreslås å beholde dagens hovedregel om at fristen for interneringen skal være så kort som mulig, og at den ikke skal overstige fire uker. Interneringen vil kunne forlenges for inntil fire uker av gangen. Det foreslås også å videreføre dagens unntaksregel som gir adgang til å sette en lengre frist for internering dersom interneringsgrunnlaget er utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a (identitetsavklaring). Det vises til lovforslaget § 106 b annet ledd.

Utlendingsloven § 106 femte og sjette ledd gir særlige regler om interneringstid. Departementet foreslår at disse reglene skal flyttes til § 106 b tredje og fjerde ledd. Dette innebærer at reglene om interneringstid vil stå samlet i § 106 b annet til fjerde ledd, noe som vil gjøre loven mer oversiktlig. Forslagene innebærer ingen realitetsendring.

Det foreslås videre å beholde henvisningene til straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd, som gir nærmere regler om fremgangsmåten ved fenglingsforlengelse. Reglene er praktisk viktige, men bestemmelsenes omfang og detaljnivå tilsier at det må være tilstrekkelig med henvisninger. Det vises til lovforslaget § 106 b femte ledd.

Departementet foreslår egne regler om interneringstid når utlendingen er mindreårig, jf. lovforslaget § 106 c siste ledd. Dette er behandlet særskilt i kapittel 7.7.8.

Når det gjelder behovet for å lovfeste et krav om at myndighetene arbeider aktivt med å oppnå målet med interneringen, vises det til kapittel 11.2 nedenfor og lovforslaget § 106 tredje ledd.

6.4.2.12 Straffeprosessloven § 186 – Restriksjoner under pågripelse og fengsling

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 186 lyder:

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

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

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

§ 187 a gjelder tilsvarende.

Ellers gjelder reglene i straffegjennomføringsloven kapittel 4.

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

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

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

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

Av straffeprosessloven § 186 femte ledd fremgår det at straffegjennomføringsloven kapittel 4 gjelder ved straffeprosessuell pågripelse og fengsling. Denne henvisningen er overflødig i utlendingssaker. Når det gjelder utlendinger som plasseres på utlendingsinternat, er det sikker rett at straffegjennomføringsloven ikke gjelder. Da bestemmelsen om utlendingsinternat ble innført i utlendingsloven av 1988, ble dette vedtatt presisert i forgjengeren til straffegjennomføringsloven, fengselsloven. Det vises til Besl. O. nr. 49 (1998–1999), lovforslagets punkt II:

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

Denne presiseringen ble aldri tatt med i den nye straffegjennomføringsloven. Departementet la imidlertid til grunn i høringen at det ikke er tvil om at dette er gjeldende rett.

Når det gjelder utlendinger som plasseres i ordinært fengsel på utlendingsrettslig grunnlag, legger departementet derimot til grunn at plasseringen reguleres av straffegjennomføringsloven, jf. § 1. Dette er også forutsatt i Kriminalomsorgens retningslinjer til loven og forskrift til loven. Videre er det opplagt urimelig at utlendingsinternatforskriften skulle måtte anvendes overfor enkeltindivider plassert i ordinære fengsler.

I høringsnotatet ble det foreslått at henvisningene til straffeprosessloven § 186 annet til femte ledd i sin helhet faller bort.

Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen viser til utlendingsloven § 92 fjerde ledd hvor det fremgår at «dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekost-

ning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes». Advokatforeningen mener at dette ikke etterleves av politiet når de oppnevner advokat, og foreslår en endring i retning av at det «skal» oppnevnes samme advokat som har bistått i forvaltningssaken, «med mindre dette medfører ekstraordinære forsinkelser eller merkostnader, eller klienten selv uttrykker ønske om at en annen advokat skal oppnevnes».

POD viser til at utlendingsloven § 92 fjerde ledd bare omtaler at det er retten som oppnevner advokat, mens det i praksis er politiet som oppnevner utenfor rettens åpningstid. POD foreslår at dette tydeliggjøres i § 92, for eksempel ved en formulering om at reglene i påtaleinstruksen kapittel 9A bør gjelde så langt de passer.

Departementets vurdering

Departementet fastholder forslagene i høringsnotatet. Dette innebærer at det inntas en bestemmelse i utlendingsloven § 92 fjerde ledd om rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med den oppnevnte prosessfullmektigen. Henvisningen til straffeprosessloven § 186 annet, tredje og ferde ledd (om adgangen til å ilegge brev- og besøksforbud og delvis isolasjon av hensyn til etterforskning), utgår. Det samme gjelder henvisningen til § 186 femte ledd om at straffegjennomføringsloven gjelder.

Når det gjelder Advokatforeningens kritikk av at politiet ikke følger lovens utgangspunkt om at det skal oppnevnes samme advokat i interneringssaken som utlendingen allerede har i utlendingssaken, mener departementet at dette bør kunne avklares i dialog mellom POD og Advokatforeningen. Departementet foreslår derfor ingen lovendring på dette punkt.

Når det gjelder innspillet fra POD om å tydeliggjøre at det er politiet som oppnevner advokat utenfor rettens åpningstid, vil departementet komme tilbake til dette i forskrift til utlendingsloven § 92 eller i senere lovforslag.

6.4.2.13 Straffeprosessloven § 187 a – Løslatelse fra fengsling

Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 187 a lyder:

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

Plikten til å løslate dersom fengslingsgrunnen er falt bort eller fengslingsfristen er gått ut, er relevant også i interneringssaker etter utlendingsloven. Noe annet er at dersom et interneringsgrunnlag ikke lenger gjelder, kan det hende at et annet interneringsgrunnlag er eller blir aktuelt. Når utlendingens identitet er avklart, kan det for eksempel oppstå spørsmål om internering for å fremskaffe reisebevis. Dette vil da være et nytt grunnlag for internering, og disse må holdes separate. Departementet foreslo i høringen at en tilsvarende bestemmelse som straffeprosessloven § 187 a tas inn i utlendingsloven.

Høringsinstansenes syn

Både *Advokatforeningen* og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget om å innta en bestemmelse tilsvarende straffeprosessloven § 187 a i utlendingsloven.

Departementets vurdering

Departementet opprettholder forslaget fra høringsnotatet om å innta en bestemmelse tilvarende straffeprosessloven § 187 a i utlendingsloven. Det vises til lovforslaget § 106 b sjette ledd.

6.4.3 Henvisninger som utgår

6.4.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 176 – Pågripelse uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten

Straffeprosessloven § 176 lyder:

> Når det er fare ved opphold, kan politimann foreta pågripelse uten beslutning av retten eller av påtalemyndigheten. Det samme gjelder enhver annen dersom den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.
>
> Den som uten å høre til politiet har foretatt en pågripelse, skal straks overgi den pågrepne til politiet.

Første ledd første punktum er ikke relevant i utlendingssaker, siden utlendingsloven § 106 tredje ledd bestemmer at pågripelse kan besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt eller – ved fare ved opphold – av en polititjenestemann. Annet punktum om «privat» pågripelse ble heller ikke ansett å passe, siden vilkåret om «fersk gjerning eller ferske spor» forutsetter mistanke om en straffbar handling. Andre ledd er

en prosedyreregel for den sistnevnte typen pågripelser, og ble derfor heller ikke anset å passe.

Departementet foreslo derfor at hele henvisningen til § 176 burde utgå.

Straffeprosessloven § 181 – Meldeplikt og bestemt oppholdssted

Straffeprosessloven § 181 lyder:

> Påtalemyndigheten kan unnlate pågripelse eller løslate den pågrepne, mot at han lover å fremstille seg for politiet til bestemte tider eller ikke å forlate et bestemt oppholdssted. Det samme gjelder når mistenkte samtykker i andre vilkår, så som innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis eller liknende. Løftet eller samtykket skal gis skriftlig.
>
> Mistenkte kan straks eller senere kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for pågripelse etter §§ 171-173 foreligger, og om det er grunn til å opprettholde forføyninger som er tatt. Han skal gjøres oppmerksom på denne rett når løfte eller samtykke etter første ledd blir avgitt.
>
> Rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.

Bestemmelsen gjelder fengslingssurrogater basert på samtykke fra den pågrepne. Første ledd første punktum regulerer samtykke til meldeplikt og bestemt oppholdssted. Bestemmelsen må ses i sammenheng med utlendingslovens § 105, som har en spesifikk regulering av når en utlending kan *pålegges* meldeplikt og bestemt oppholdssted. Spørsmålet er om § 105 er ment å være uttømmende eller om slike tiltak også kan baseres på samtykke fra den pågrepne. Det faktum at straffeprosessloven § 181 bare blir vist til i den brede henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 106, og ikke i § 105 som går spesifikt på slike tiltak, tyder på at § 105 er ment å være uttømmende. Så langt departementet er kjent med benyttes ikke prosedyren i straffeprosessloven § 181 i praksis i utlendingssaker. I stedet benyttes adgangen til å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted etter § 105, noe som også virker mest ryddig.

Første ledd annet punktum har en parallell i utlendingslovens § 104 om beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere personens identitet. Pass og førerkort kan for eksempel falle inn under denne bestemmelsen. At utlendingsloven § 104 ikke viser til straffeprosessloven § 181, og at man i praksis har nøyd seg med å bruke adgangen til å pålegge slike tiltak etter utlendingsloven, tyder på at det heller ikke er behov for denne regelen. Da er det heller ikke behov for de særlige prosedyrereglene i annet og tredje ledd.

I høringsnotatet ble det foreslått at hele henvisningen til straffeprosessloven § 181 utgår.

Straffeprosessloven § 186 a – Isolasjon

Straffeprosessloven § 186 a lyder:

> Retten kan ved kjennelse beslutte at den fengslede skal utelukkes fra fellesskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon) når varetektsfengsling er besluttet etter § 184 annet ledd, jf. § 171 første ledd nr. 2, og det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken dersom han ikke holdes isolert. Er den siktede under 18 år, kan isolasjon ikke besluttes.
>
> Retten skal fastsette en bestemt tidsfrist for isolasjonen. Fristen skal være så kort som mulig, og må ikke overstige 2 uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil 2 uker om gangen. Dersom etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter 2 uker vil være uten betydning, og den siktede er fylt 18 år, kan fristen forlenges med inntil 4 uker om gangen.
>
> Den fengslede kan ikke holdes isolert i et sammenhengende tidsrom på mer enn
>
> a. 6 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre straff av fengsel inntil 6 år. Dersom siktelsen gjelder flere straffbare handlinger som samlet kan føre til en straff av mer enn 6 års fengsel, og tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan den fengslede likevel holdes fortsatt isolert utover 6 uker.
> b. 12 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 år. Dersom tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan den fengslede holdes fortsatt isolert utover 12 uker.
>
> § 186 tredje og fjerde ledd gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer ileggelse av fullstendig isolasjon i forbindelse med fengsling. Siden grunnvilkåret etter første ledd første punktum er at det foreligger bevisforspillelsesfare, er ikke bestemmelsen relevant i utlendingssaker.

I høringsnotatet ble det foreslått å sløyfe henvisningen til § 186 a.

Straffeprosessloven § 187 – Fortsatt fengsling etter dom

Straffeprosessloven § 187 lyder:

> Er siktede i varetektsfengsel når det avsies ubetinget dom på frihetsstraff eller dom som forkaster anke over slik dom, kan han fortsatt holdes fengslet i inntil 4 uker etter domsavsigelsen om ikke retten treffer annen bestemmelse. Spørsmålet om forlengelse av interneringen avgjøres av retten etter reglene i § 185.
>
> Frifinnes siktede skal han straks løslates. Det samme gjelder når han får betinget dom eller bare blir ilagt straff av bot, samfunnsstraff eller fengsel som er avsonet ved varetektsfengsel. Blir det på stedet avgitt erklæring om anke over dom, eller om at det vil bli innstilt på slik anke, kan den rett som har avsagt dommen, når særlige grunner taler for det, ved kjennelse bestemme at siktede kan holdes fengslet i et bestemt tidsrom. Spørsmålet om senere forlengelse av fengslingen avgjøres av retten etter reglene i § 185.

Bestemmelsen gjelder situasjonen hvor en siktet person er varetektsfengslet idet han blir idømt straff, og er ikke relevant i forbindelse med utlendingssak. I høringsnotatet ble det derfor foreslått at henvisningen til § 187 burde utgå.

Straffeprosessloven § 188 – Fengslingssurrogater

Straffeprosessloven § 188 lyder:

> I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.
>
> I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet. Slik plassering kan bare skje dersom institusjonen eller kommunen samtykker.
>
> Samtykke ved beslutning etter annet ledd er likevel ikke nødvendig når siktede på fengslingstidspunktet er psykotisk eller psykisk utviklingshemmet og antas å være straffri etter straffeloven § 20 bokstav b eller bokstav c. Vurderingen av om siktede antas å være straffri etter straffeloven § 20 bokstav b må bygge på en entydig sakkyndig utredning. Det regionale helseforetaket i den siktedes bostedsregion bør få anledning til å uttale seg før beslutningen treffes. Det regionale helseforetaket avgjør ellers hvilken institusjon siktede skal oppholde seg i. Dersom siktede er psykisk utviklingshemmet, skal plassering skje i fagenheten for tvungen omsorg, jf. straffeloven § 63.
>
> Når den siktede skal oppholde seg i institusjon eller kommunal boenhet, kan retten fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet.
>
> Reglene i §§ 184, 185 og 187 gjelder tilsvarende.

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

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

I høringsnotatet ble det foreslått å sløyfe henvisningen til § 188. Se for øvrig kapittel 12 nedenfor om alternativer til frihetsberøvelse.

Straffeprosessloven § 189 – Krav til sikkerhetsstillelse mv.

Straffeprosessloven § 189 lyder:

> Den som stiller sikkerhet etter § 188, skal underskrive en erklæring om sikkerhetsstillelse og vilkårene for at sikkerheten skal anses forbrutt.
>
> Hvorvidt en stilt sikkerhet er forbrutt, avgjøres ved kjennelse etter at det så vidt mulig er gitt alle interesserte anledning til å bli hørt. Er siktede unnveket, men innen en måned enten frivillig kommer tilbake eller pågripes, kan retten bestemme at ansvaret skal nedsettes eller helt falle bort.

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

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

Straffeprosessloven § 190 – Opphør av sikkerhetsstillelse

Straffeprosessloven § 190 lyder:

> Sikkerhet som ikke er forbrutt, og andre forholdsregler som er trådt i stedet for fengsling, faller bort når den siktede igjen er brakt i fengsel.
>
> Kausjonisten blir også fri når han fremstiller siktede til fengsling eller har oppsagt kausjonen tidsnok til at det har vært anledning til å fenglse siktede. Det samme gjelder når siktede selv fremstiller seg til fengsling, eller når dom er avsagt og det har vært tilstrekkelig tid til å sette i verk fullbyrding.

Bestemmelsen har sammenheng med §§ 188 og 189, og er heller ikke relevant i utlendingssaker. Departementet foreslo at henvisningen til § 190 burde utgå.

Straffeprosessloven § 191 – Opphevet

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

6.4.3.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet og *Advokatforeningen* er enig i at henvisningene kan utgå.

Vest politidistrikt har påpekt at straffeprosessloven § 176 gir hjemmel til at «enhver» kan foreta pågripelser dersom mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferskt spor. De er noe usikre på om det å fjerne henvisningen også utelukker andre offentlige etater slik som toll og skatt eller private i form av vektere osv.

I tilknytning til straffeprosessloven § 181 (Meldeplikt og bestemt oppholdssted) mener *Advokatforeningen* at det må komme tydeligere frem at internering ikke skal kunne benyttes der det er tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, og at lovgiver må presisere nærmere hvilken risiko for unndragelse som kan aksepteres før det gripes til internering.

I tilknytning til straffeprosessloven § 186 a anfører *Advokatforeningen* at utlendinger på Trandum, også mindreårige, blir underlagt isolasjon og utelukkelse fra fellesskapet uten lovhjemmel. Det vises til at bruk av tvangsmidler innenfor andre regelverk, som psykisk helsevern og straffeprosessloven er lovregulert og kun brukes der det er tvingende nødvendig. Bruk av isolasjon og utelukkelse fra fellesskapet uten hjemmel i lov er i strid med EMK artikkel 8 (og artikkel 5) og barnekonvensjonen, samt Grunnloven § 113.

6.4.3.3 Departementets vurdering

Departementet fastholder forslagene i høringsnotatet. Det foreslås derfor at henvisninger til følgende bestemmelser i straffeprosessloven ikke videreføres eller innarbeides:

- § 176 (Pågripelse uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten)
- § 181 (Meldeplikt og bestemt oppholdssted)
- § 186 a (Isolasjon)
- § 187 (Fortsatt fengsling etter dom)
- § 188 (Fengslingssurrogater)
- §§ 189 og 190 (Sikkerhetsstillelse mv.)
- § 191 (Opphevet)

I høringen reises det spørsmål om utelatelsen av henvisning til straffeprosessloven § 176 avskjærer andre offentlige etater eller private fra å foreta pågripelse i utlendingssaker. Departementet viser til at både ulovlig arbeid og ulovlig opphold er straffbart, og kan straffes med bot og fengsel i inntil seks måneder, jf. utlendingsloven § 108 annet ledd, jf. § 55 første og annet ledd. En borgerarrest kan derfor skje i straffesporet om vilkårene ellers er oppfylt, jf. straffeprosessloven § 176.

Barn under femten år kan ikke straffes for brudd på utlendingsloven, og kan derfor heller ikke pågripes i straffesporet.

Når det gjelder Advokatforeningens synspunkt om at det må tydeliggjøres når det er adgang til å benytte internering i stedet for å pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted, mener departementet at dagens lov er tilstrekkelig tydelig. Det vises til utlendingsloven § 106 annet ledd som lyder:

> «Det skal ikke besluttes pågripelse eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, jf. § 105».

De nærmere vurderinger av når det er «tilstrekkelig» med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, må avgjøres av domstolen i den enkelte sak.

Advokatforeningen reiser også spørsmål om det er adgang til bruk av isolasjon og utelukkelse fra fellesskaper i saker hvor utlendingen er internert etter utlendingsloven. Departementet bemerker at utlendingsloven § 107 sjette ledd gir tydelig hjemmel til bruk av sikkerhetscelle og hel eller delvis utelukkelse fra fellesskap. Det vises til departementets redegjørelse i kapittel 13. Er utlendingen plassert i et fengsel, gjelder straffegjennomføringsloven §§ 37 til 40.

6.5 Anke over kjennelser

6.5.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

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

> «Det har […] vært hevdet i den juridiske teorien at straffeprosesslovens regler for anke (tidligere kjæremål) må gjelde tilsvarende ved anke over fengslinger etter utlendingsloven. Domstolenes praksis synes å følge denne linjen. For eksempel viser Høyesteretts ankeutvalg konsekvent til straffeprosesslovens § 388 om begrenset kompetanse ved videre anke, mens lagmannsrettene ofte viser til straffeprosessloven § 41 (og evt. § 52) om ankeinstansens begrunnelsesplikt. I Rt. 1996.1585 ga Høyesteretts kjæremålsutvalg også en annen type «ikke-henvist» bestemmelse i straffeprosessloven anvendelse i utlendingssaker, nærmere bestemt § 438 om rett til å få saksomkostninger dekket av staten.»

Departementet foreslo i høringsnotatet en bestemmelse om at straffeprosesslovens regler om anke over kjennelse skulle gjelde i saker om internering.

6.5.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget om å lovfeste at det er straffeprosesslovens regler om anke over kjennelser som gjelder.

6.5.3 Departementets vurdering

Departementet mener at det bør fremgå av utlendingsloven at straffeprosesslovens regler om anke over kjennelse skal gjelde ved anke over kjennelser om internering i utlendingssaker.

Utlendingsloven åpner også for at retten skal kunne avgjøre andre spørsmål ved kjennelse, slik som opprettholdelse av beslag (§ 104) og pålegg om bestemt oppholdssted eller meldeplikt (§ 105). Selv om det må antas at det først og fremst vil være interneringskjennelser som blir anket, bør det også være mulig å anke kjennelser som gjelder bruk av andre tvangsmidler etter utlendingsloven. Departementet foreslår derfor at straffeprosesslovens regler om anke over kjennelse bør komme til anvendelse ved alle saker om tvangsmidler etter utlendingsloven som kan bringes inn for retten. Det vises til lovforslaget § 99 a.

7 Særskilt om pågripelse og internering av mindreårige

7.1 Innledning

Nesten alle saker som gjelder pågripelse og internering av barn, gjelder barn som er i følge med én eller begge foreldre (barnefamilier). Det er ikke gitt regler i utlendingsloven som eksplisitt regulerer denne situasjonen.

Pågripelse og internering av barn er drøftet i Tvangsmiddelrapportens kapittel 5.6 «Behov for ytterligere regulering». Her slås det innledningsvis fast at selv om reglene i utlendingsloven i kombinasjon med straffeprosessloven «er i godt samsvar med kravene i barnekonvensjonen», er det et klart behov for å samordne reglene bedre. Et sentralt punkt i denne sammenhengen er nettopp at mindreårige blir pågrepet og eventuelt internert sammen med foreldre, uten at dette er nærmere regulert. Departementet er enig i at det er ønskelig med et tydeligere regelverk på dette punkt. Det bør fremgå tydeligere av utlendingsloven hvilken fremgangsmåte som skal følges ved pågripelse og internering i disse sakene.

7.2 Gjeldende regler i utlendingsloven og praksis mv.

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

I Prop. 138 L (2010–2011) s. 54–55 ble det lagt til grunn at utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågripelse og fengsling av både voksne og mindreårige på Trandum:

> «Barneombudet bemerker i sin høringsuttalelse at soningsforhold ved fengsling må legges til rette for barn. I denne sammenheng viser departementet til forskrift av 23.12.2009 nr. 1890 om Politiets utlendingsinternat (utlendingsinternatforskriften), særlig § 4 om at familier som er fengslet skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv, og at mindreårige skal ha mulighet for å delta i lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og skal, avhengig av oppholdets lengde, ha tilgang til undervisning.»

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

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

Fengsling av barn er også omtalt i Meld. St. 27 (2011–2012), Barn på flukt, kapittel 9.6, jf. blant annet følgende:

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

Tabell 7.1 Barn innsatt på Trandum 2013 – 2016

Botid per innsettelse	2013	2014	2015	2016	Totalsum
<1 døgn	180	230	48	86	544
1–3 døgn	27	90	34	44	195
4–7 døgn	12	3	2	5	22
7–21	9	6	4	5	24
21–60	4			3	7
Over 60		1	1		2
Totalsum	232	330	89	143	794

enslige mindreårige får god tid til å pakke sakene sine før avreise.»

Pågripelse av barnefamilier ble ikke nærmere problematisert under stortingsbehandlingen.

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

Gjennom behandlingen av Prop. 91 L (2015–2016) i juni 2016 ble det vedtatt en ny bokstav h i utlendingsloven § 106 første ledd, som gir hjemmel til pågripelse og fengsling dersom utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer. Bestemmelsen gjelder imidlertid ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse. I proposisjonen understreket departementet at barn og barnefamilier kan bli pågrepet og eventuelt fengslet på annet grunnlag, typisk ved unndragelsesfare, jf. Prop. 91 L (2015–2016) kapittel 7.1.5. Under stortingsbehandlingen var Kommunal- og forvaltningskomiteen positiv til at det ble gjort unntak i bestemmelsen for barn og barnefamilier, jf. Innst. 389 L (2015–2016) s. 9–10.

I praksis pågripes familier med mindreårige barn nesten utelukkende i tilfeller hvor det ligger til rette for en rask uttransportering. Tabell 7.1 viser antall innsettelser av barn på Trandum i perioden 2013 til 2016.

Det følger av tabellen at det i 2016 var 13 barn innsatt på Trandum i mer enn 3 døgn. I 2015 var antallet 7 barn og i 2014 var det 10.

Nesten alle saker som gjelder frihetsberøvelse av barn, gjelder som nevnt barn som er i følge med én eller begge foreldre (barnefamilier). Pågripelse av enslige mindreårige forekommer sjelden (6 barn på Trandum i 2014, 4 i 2015 og 12 i 2016 – og det er her den *anførte* alderen som er lagt til grunn, selv om flere er ansett å være 18 år eller eldre etter endelig aldersvurdering).

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

7.3.1 Forpliktelser etter FNs barnekonvensjon

Når det gjelder de generelle rammene for bruk av tvangsmidler, vises det til fremstillingen i kapittel 4.2.

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 4, og har forrang fremfor utlendingsloven. Konvensjonens artikkel 37 bokstav b stiller strenge vilkår for frihetsberøvelse:

«No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a

> measure of last resort and for the shortest appropriate period of time»

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

Konvensjonens artikkel 37 bokstav a fastslår at intet barn skal utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff. Bestemmelsen stiller dermed krav til hvordan frihetsberøvelsen kan gjennomføres. Departementet legger til grunn at bestemmelsen ikke setter ytterligere skranker enn det som følger av EMK artikkel 3 (se kapittel 7.3.2).

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

> «In partiular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so […]»

At barn som interneres i utlendingssaker holdes sammen med foreldrene, må anses å være det beste for barnet i de aller fleste tilfeller.

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

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

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

Hvorvidt hensynet til barnets beste innebærer at det ikke kan foretas internering vil måtte vurderes konkret i den enkelte sak. Hensynet til barnets beste vil også ha betydning ved vurderingen av hvor lenge et barn kan interneres.

Barnekonvensjonen artikkel 2 gir vern mot diskriminering og straff på grunn av handlinger fra deres foreldre, verger eller familiemedlemmer:

> «1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.
>
> 2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.»

I enkelte sammenhenger har det vært reist spørsmål om pågripelse og internering av utenlandske barn, er å anse som brudd på forbudet mot diskriminering. Norge er bundet av en rekke internasjonale konvensjoner som forplikter statene til å sikre ikke-diskriminering. Av særlig relevans er diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14. I tillegg vises det til Grunnloven § 98.

For å fastslå om det foreligger ulovlig diskriminering, må det først vurderes om saken faller innenfor virkeområdet for én eller flere rettighetsbestemmelser. Det må deretter vurderes om det foreligger en forskjellsbehandling. Dette forutsetter at personen behandles eller stilles dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon. Dersom det foreligger en forskjellsbehandling, må det vurderes om forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig, og om det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den som stilles dårligere.

Utenlandske barn kan pågripes og interneres i medhold av utlendingsloven. Interneringsreglene i utlendingsloven gjelder ikke for norske barn. Bakgrunnen for forskjellsbehandlingen er at norske barn i kraft av sitt statsborgerskap har rett til opphold i Norge, jf. bl.a. Grunnloven § 106 annet

ledd, mens utenlandske barn som pågripes og interneres har ulovlig opphold. Utenlandske barn som kan bli omfattet av interneringsreglene befinner seg følgelig i en helt annen situasjon enn norske barn, og det er dermed ikke tale om forskjellsbehandling av personer som er i sammenlignbare situasjoner.

I debatten har det blant annet også vært vist til at norske barn under 15 år ikke kan pågripes og interneres for brudd på straffelovgivning. Departementet finner dette mindre relevant. De samme begrensningene gjelder også for utenlandske barn som vurderes etter straffelovgivningen.

I den grad det foreligger en forskjellsbehandling, viser departementet til at formålet med pågripelse og internering er saklig. Staten har en legitim interesse i å vite hvem som oppholder seg på statens territorium og i å kunne sikre at uønskede personer forlater riket. Når det gjelder nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen i saker som gjelder barn, legger departementet til grunn at disse ikke går lenger enn de krav som følger av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b.

7.3.2 Forpliktelser etter EMK

EMK artikkel 3 fastsetter at ingen må utsettes for tortur eller for umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff, se kapittel 5.2. I fem avgjørelser mot Frankrike fra 12. juli 2016 har EMD konstatert krenkelse av artikkel 3 ved internering av barnefamilier i forbindelse med retur: *A.B. og andre mot Frankrike* (11593/12), *R.M. og andre mot Frankrike* (33201/11), *A.M. og andre mot Frankrike* (24587/12), *R.K. og andre mot Frankrike* (68264/14) og *R.C. og V.C. mot Frankrike* (76491/14). Dommene er rettskraftige.

De aktuelle familiene hadde oppholdt seg på de franske utlendingsinternatene Toulouse-Cornebarrieu og Metz-Queuleu. Oppholdet varte fra syv til atten dager og barna var fra fire måneder til fire år. Ved vurderingene opp mot EMK artikkel 3, la domstolen vekt på barnas unge alder, varigheten og forholdene ved internatet, se A.B. og andre (11593/12) avsnitt 108. Følgende siteres fra en uoffisiell oversettelse av A.B. og andre (11593/12), og illustrerer hvilke vurderinger domstolen har foretatt:

> «Anvendelse på det foreliggende tilfellet
>
> 110. Domstolen konstaterer at i det foreliggende tilfellet, og i likhet med Muskhadzhiyeva og andre, var klagernes barn sammen med foreldrene sine i perioden for frihetsberøvelse. Domstolen vurderer imidlertid at denne faktoren ikke er av en slik art at det fritar myndighetene fra forpliktelsen til å beskytte barnet og iverksette egnede tiltak med hensyn til de positive forpliktelsene som følger av artikkel 3 i EMK (ibid., nr. 58), og at den svært sårbare situasjonen til barnet er avgjørende og veier tyngre enn at det er tale om utlending med ulovlig opphold (se Popov, tidligere nevnt nr. 91; sammenlign med Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga, tidligere nevnt, nr. 55). Domstolen bemerker at EU-direktivene som regulerer frihetsberøvelse av utlendinger, anser at mindreårige, uavhengig av om de er medfølgende eller enslige, regnes blant sårbare personer som myndighetene må ta spesielt hensyn til. Barn har spesifikke behov på grunn av deres alder og manglende selvstendighet.
>
> 111. Domstolen bemerker at i det foreliggende tilfellet var barnet til klagerne fire år og satt i forvaring sammen med foreldrene sine i atten dager i senteret i Toulouse-Cornebarrieu.
>
> 112. Når det gjelder de materielle interneringsforholdene, konstaterer domstolen at senteret i Toulouse-Cornebarrieu er blant dem som er «godkjent» for å motta familier i henhold til dekretet av 30. mai 2005(…). Det fremgår av besøksrapportene fra dette senteret (…)at myndighetene har sørget for å atskille familier fra andre innsatte, gi dem rom med spesielt utstyr og at utstyr for barnepleie finnes til deres disposisjon. Domstolen peker dessuten på at de ikke-statlige organisasjonene har erkjent at, til forskjell fra det som var tilfelle i den tidligere nevnte Popov-saken, de materielle forholdene i dette senteret ikke var noe problem.
>
> 113. Domstolen konstaterer imidlertid at senteret i Toulouse-Cornebarrieu, som er oppført i umiddelbar nærhet til rullebanene på Toulouse-Blangnac-flyplassen, er eksponert for særlig høy støy, noe som har ført til at området er klassifisert som «ikke bebyggelig» (se nummer 33, 37 og 40). Domstolen bemerker at barna, som har behov for perioder med avkobling utendørs, i særlig grad blir utsatt for denne støyen av et for høyt nivå. Domstolen vurderer, blant annet og uten at det er nødvendig å referere til den medisinske erklæringen fremskaffet av klagerne, at tvangsfaktorene som er iboende for et sted for frihetsberøvelse, som er spesielt tyngende for et barn, samt senterets organisatoriske forhold nødvendigvis har hatt en angstskapende effekt på klagernes barn. Barnet, som ikke kunne overlates til seg

selv, måtte være med foreldrene på alle avtaler knyttet til situasjonen deres, i tillegg til forskjellige rettsmøter og administrative møter. Ved forflytninger har han måttet være side om side med væpnet politi i uniform. I tillegg har han ustanselig vært utsatt for kunngjøringene fra høyttalerne på senteret. Barnet har opplevd at foreldrene har lidd psykisk på et sted for internering, noe som ikke har gitt ham mulighet til å få nødvendig avstand.

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

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

Det fremgår uttrykkelig av dommen at internering for en kort periode under slike forhold som ved det aktuelle senteret, ikke i seg selv vil utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 3. Ved internering ut over en kort periode vil imidlertid gjentakelsen og den samlede effekten av psykiske og følelsesmessige belastninger, føre til skadelige virkninger for små barn, og være så alvorlig at det vil innebære en krenkelse av artikkel 3. Når domstolen har vurdert belastningene ved å være pågrepet og internert sammen med familien, har den lagt vekt på flere konkrete forhold ved situasjonen i det aktuelle internatet.

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

Domstolen påpekte at fransk rett ikke har egne regler om når det er mulig å holde et barn sammen med foreldre som er pågrepet og internert, men at det finnes regulering av enkelte aspekter ved at mindreårige følger med foreldrene som er frihetsberøvet. Under slike forhold anså EMD at tilstedeværelse av et barn som følger med foreldrene sine i et senter for frihetsberøvelse, bare er i overensstemmelse med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f («lovlig pågripelse eller frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering») hvis myndighetene påviser at de har brukt dette tiltaket som siste utvei, og bare etter at de faktisk har kontrollert at ingen andre tiltak som er mindre inngripende for friheten, kan iverksettes.

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

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

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

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

Domstolen uttalte at en person som holdes i forvaring har rett til å etterprøve frihetsberøvelsen,

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

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

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

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

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

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

7.3.3 Andre internasjonale forpliktelser

EUs returdirektiv (som er bindende for Norge) har en særskilt bestemmelse om frihetsberøvelse av mindreårige og familier i artikkel 17. Bestemmelsen forutsetter at frihetsberøvelse kan skje, men stiller særskilte vilkår. Det fremgår uttrykkelig at frihetsberøvelse bare må anvendes som en siste utvei og så kortvarig som mulig:

> «Frihetsberøvelse av mindreårige og familier
>
> 1. Enslige mindreårige og familier med mindreårige skal kun frihetsberøves som siste utvei og så kortvarig som mulig.
>
> 2. Familier som er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv.
>
> 3. Mindreårige underlagt frihetsberøvelse skal ha mulighet for å delta i fritidsaktiviteter, herunder lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og skal, avhengig av oppholdets lengde, ha tilgang til undervisning.
>
> 4. Enslige mindreårige skal så langt det er mulig bo i institusjoner med personale og fasiliteter som ivaretar behovene til personer på deres alder.
>
> 5. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn når mindreårige frihetsberøves i påvente av uttransportering.»

7.3.4 Uttalelser og anbefalinger fra internasjonale organer mv.

7.3.4.1 Kommentarer og anbefalinger fra FNs barnekomité

FNs barnekomité har ved flere anledninger avgitt generelle kommentarer til barnekonvensjonen.

Vekten av slike kommentarer ble behandlet av Høyesterett i dom av 9. oktober 2009 (Rt. 2009 s. 1261). Av avsnitt 40 til 44 fremgår følgende:

> «(40) Det er altså på det rene at General comments etter Rule 73 er noe annet enn de General recommendations som kan gis med direkte hjemmel i konvensjonens artikkel 44 og 45. De er klarligvis ikke bindende, men ment å være veiledende for statene. Veiledningen kan omfatte alt fra hvordan landrapportene skal utformes, hvordan landene best mulig kan strekke seg for å oppfylle sine forpliktelser, og hvordan konvensjonsbestemmelsene bør forstås.
>
> (41) Det er videre på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende. Dette er partene også enige om. Jeg bemerker at Høyesterett i storkammersaken i Rt. 2008 s. 1764 fant det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité måtte ha betydelig vekt som rettskilde, jf. punkt 81. Høyesterett viste i den anledning til at komitéens avgjørelser i enkeltsaker kan gi grunnlag for gjenåpning på linje med avgjørelser av internasjonale domstoler. I den saken forelå en komitéavgjørelse i den såkalte Restauratørsaken om manglende begrunnelse av ankenektelser i straffesaker, og Høyesterett kom, etter en konkret vurdering, til at dette også var gjeldende norsk rett.
>
> (42) Det er ikke etablert noen individklageordning etter barnekonvensjonen. Staten har gjort gjeldende at uttalelsene fra komitéen derfor har mindre vekt. I Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) om inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen – hvor kvinnediskrimineringskomitéen har kompetanse til å behandle individklager – har departementet på side 32 noen betraktninger om betydningen av ulike typer uttalelser. Det heter her blant annet:
>
> «Tradisjonelt har det i menneskerettssamanheng vore vanleg å peike på at sjølv om konvensjonsorgana i FN ikkje på same måte som EMD gjer rettsleg bindande vedtak, skal det leggjast stor vekt på fråsegnene deira. Når statane godkjenner at desse organa har kompetanse til å handsame rapportar og klagesaker, må det innebere at fråsegnene deira skal respekterast.
>
> I vurderinga av kor stor vekt som skal leggjast på fråsegnene i ei konkret sak, må ein sjå på kva samanheng fråsegna er gitt i, kor klar ho er, og om ho er retta mot Noreg eller mot eit anna land, eller om det er ei generell fråsegn.
>
> Når det gjeld dei generelle tilrådingane som kvinnediskrimineringskomitéen kjem med, og som gir uttrykk for komitéens syn på korleis føresegnene i konvensjonen skal tolkast, må det truleg leggjast stor vekt på desse i ein reint folkerettsleg samanheng. Kva innverknad dei har i ei konkret norsk sak, vil kunne variere alt etter kor klar fråsegna er, og i kva grad den konkrete saka er identisk med dei situasjonane komitéen truleg har hatt for auge under utarbeidinga. ...»
>
> (43) Jeg har merket meg at departementet i Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) om endringer i barnelova, på side 26 sier følgende om betydningen av barnekomitéens generelle merknader:
>
> «De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.»
>
> (44) Man kan etter mitt syn ikke legge mer i dette enn at det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges. Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komitéen og den berørte staten.»

Denne drøftelsen har senere fått tilslutning i plenumsdommene Rt. 2012 s. 1985 (avsnitt 136) og Rt. 2015 s. 1388 (avsnitt 151, 271 og 290).

I General Comment no. 6 (2005), *Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin*, uttalte barnekomiteen følgende om frihetsberøvelse:

> «61. In application of article 37 of the Convention and the principle of the best interests of the child, unaccompanied or separated children should not, as a general rule, be detained. Detention cannot be justified solely on the

basis of the child being unaccompanied or separated, or on their migratory or residence status, or lack thereof. Where detention is exceptionally justified for other reasons, it shall be conducted in accordance with article 37 (b) of the Convention that requires detention to conform to the law of the relevant country and only to be used as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time. In consequence, all efforts, including acceleration of relevant processes, should be made to allow for the immediate release of unaccompanied or separated children from detention and their placement in other forms of appropriate accommodation.

62. In addition to national requirements, international obligations constitute part of the law governing detention. With regard to asylum-seeking, unaccompanied and separated children, States must, in particular, respect their obligations deriving from article 31 (1) of the 1951 Refugee Convention. States should further take into account that illegal entry into or stay in a country by an unaccompanied or separated child may also be justified according to general principles of law, where such entry or stay is the only way of preventing a violation of the fundamental human rights of the child. More generally, in developing policies on unaccompanied or separated children, including those who are victims of trafficking and exploitation, States should ensure that such children are not criminalized solely for reasons of illegal entry or presence in the country.

63. In the exceptional case of detention, conditions of detention must be governed by the best interests of the child and pay full respect to article 37 (a) and (c) of the Convention and other international obligations. Special arrangements must be made for living quarters that are suitable for children and that separate them from adults, unless it is considered in the child's best interests not to do so. Indeed, the underlying approach to such a programme should be «care» and not «detention». Facilities should not be located in isolated areas where culturally appropriate community resources and access to legal aid are unavailable. Children should have the opportunity to make regular contact and receive visits from friends, relatives, religious, social and legal counsel and their guardian. They should also be provided with the opportunity to receive all basic necessities as well as appropriate medical treatment and psychological counselling where necessary. During their period in detention, children have the right to education which ought, ideally, to take place outside the detention premises in order to facilitate the continuance of their education upon release. They also have the right to recreation and play as provided for in article 31 of the Convention. In order to effectively secure the rights provided by article 37 (d) of the Convention, unaccompanied or separated children deprived of their liberty shall be provided with prompt and free access to legal and other appropriate assistance, including the assignment of a legal representative.»

Etter departementets syn må uttalelsene hovedsakelig anses som tilrådninger om optimal praksis på konvensjonens område («should»), enn som tolkningsuttalelser om hvilke forpliktelser den innebærer («must«/«cannot»). Forpliktelsene som barnekomiteen trekker frem, er at frihetsberøvelse av barn ikke utelukkende kan være basert på barnets oppholdsstatus. Videre må staten respektere Flyktningkonvensjonen av 1951 artikkel 31 (Flyktninger som ulovlig oppholder seg i tilfluktslandet). Forholdene hvor barnet holdes innkvartert må ivareta hensynet til barnets beste og være i samsvar med artikkel 37 bokstav a og c, og andre internasjonale forpliktelser.

I General Comment no. 20 (2016), *on the implementation of the rights of the child during adolesence*, av 6. desember 2016, uttalte barnekomiteen blant annet følgende:

«In line with the obligation under article 2 to respect and ensure the rights of every child within their jurisdiction, irrespective of status, States should introduce age- and gender sensitive legislation governing both unaccompanied and separated refugee and asylum-seeking adolescents, as well as migrants, underpinned by the best interests principle, prioritizing the assessment of protection needs over the determination of immigration status, prohibiting immigration-related detention and referring to the recommendations in general comment No. 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, addressing the particular vulnerability of those adolescents.»

Etter departementets syn må også denne uttalelsen i General Comment no. 20 anses mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område enn som en tolkningsuttalelse om hvilke forpliktelser den innebærer. For det første

underbygger ikke uttalelsen hvorfor frihetsberøvelse av barn er i strid med konvensjonens artikkel 2. For det andre sies det i uttalelsen at konvensjonspartene «should» gi lovgivning som forbyr frihetsberøvelser i utlendingssaker. Dette står i motsetning til formuleringen «must», som ble benyttet i komiteens utkast til General Comment fra april 2016.

FNs barnekomité har også avgitt anbefalinger. Departementet viser til rapport fra Day of General Discussion 2012, The rights of all children in the context of international migration, avsnitt 78 til 81:

> «78. Children should not be criminalized or subject to punitive measures because of their or their parents' migration status. The detention of a child because of their or their parent's migration status constitutes a child rights violation and always contravenes the principle of the best interests of the child. In this light, States should expeditiously and completely cease the detention of children on the basis of their immigration status.
>
> 79. To the greatest extent possible, and always using the least restrictive means necessary, States should adopt alternatives to detention that fulfil the best interests of the child, along with their rights to liberty and family life through legislation, policy and practices that allow children to remain with family members and/or guardians if they are present in the transit and/or destination countries and be accommodated as a family in non-custodial, community-based contexts while their immigration status is being resolved. Highlighting General Comment No. 10 (CRC/C/GC/10, 2007) of the Committee, it is reiterated that States have the legal obligation to comply with international standards on detention conditions, including the Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (the Havana Rules) which apply to all forms of detention including administrative or non-criminal detention. Such placements should be carefully designed and also be developed in line with the United Nations Guidelines for the Alternative Care of Children and other human rights standards. States should ensure support measures and appropriate alternative care is available for children released from detention centres.
>
> 80. In any instance where a child is nevertheless deprived of liberty, States are urged to impose such measure for the shortest time and in conditions that meet, at least, the minimum standards of detention as set out in human rights law. This includes ensuring a child-friendly environment; separation from adults who are not the child's parent or guardian (even if the child is above the age of 16 years); child protection safeguards; and, independent monitoring.
>
> 81. In the light of concerns for the situation of child migrants going missing or unaccounted for from reception centres and/or other equivalent facilities, States should ensure concrete guidelines for reception centre procedures/facilities and conditions which are in full accordance with the Convention and the United Nations Guidelines for the Alternative Care of Children.»

7.3.4.2 Andre uttalelser og anbefalinger

I UNHCRs anbefalinger knyttet til frihetsberøvelse av asylsøkere anføres det at mindreårige «in principle [should] not be detained at all», jf. *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* avsnitt 51. Det vises til en rekke rettigheter i barnekonvensjonen for å begrunne dette standpunktet. Når det gjelder barn i følge med sine foreldre, uttales følgende i avsnitt 53:

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

Situasjonen er også berørt i punkt 48 om interneringsforhold:

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

Det vises også til *UNHCR's postion regarding the detention of refugee and migrant children in the*

migration context fra januar 2017 hvor de uttrykker følgende:

> «[…] UNHCR's position is that children should not be detained for immigration related purposes, irrespective of their legal/migratory status or that of their parents, and detention is never in their best interests. Appropriate care arrangements and community-based programmes need to be in place to ensure adequate reception of children and their families.»

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

> «33. Reaffirming that all individuals who have crossed or are seeking to cross international borders are entitled to due process in the assessment of their legal status, entry and stay, we will consider reviewing policies that criminalize crossborder movements. We will also pursue alternatives to detention while these assessments are under way. Furthermore, recognizing that detention for the purposes of determining migration status is seldom, if ever, in the best interests of the child, we will use it only as a measure of last resort, in the least restrictive setting, for the shortest possible period of time, under conditions that respect their human rights and in a manner that takes into account, as a primary consideration, the best interest of the child, and we will work towards the ending of this practice.»

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

Departementet viser også til det arbeidet som pågår i EU for å gjøre returarbeidet mer effektivt.

I sin anbefaling av 7. mars 2017 (dokument C(2017) 1600), avsnitt 16-17 skriver Europakommisjonen følgende:

> «Detention can be an essential element for enhancing the effectiveness of the Union's return system, which should only be used if no other sufficient but less coercive measures can be applied effectively in accordance with Article 15(1) of Directive 2008/115/EC. In particular, where necessary, to ensure that illegally staying third-country nationals do not abscond, detention can allow for a successful preparation and organisation of return operations. The maximum duration period of detention currently used by several Member States is significantly shorter than the one allowed by Directive 2008/115/EC and which is needed to complete the return procedure successfully. These short periods of detention are precluding effective removals.»

Om fengsling av mindreårige skriver Kommisjonen følgende i avsnitt 24:

> «In line with Article 17 of Directive 2008/115/EC which defines the conditions under which Member States can use detention in relation to unaccompanied minors and of families with minors as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time, Member States should ensure the availability of alternatives to detention for children. Where however, no such alternatives exist, an absolute prohibition of detention in such cases, may not give full effect to the obligation to take all necessary measures to ensure return, leading to annulment of return operations due to absconding.»

I sine konkrete anbefalinger, avsnitt 10 og 14, formulerer Kommisjonen sine anmodninger på følgende måte:

> «For the purpose of effectively ensuring removals of illegally staying third-country nationals, Member States should:
> (a) use detention as needed and appropriate in the cases provided for in Article 15(1) of Directive 2008/115/EC, and in particular where there is a risk of absconding as provided for in points 16 and 17 of this Recommendation;
> (b) provide in national legislation for a maximum initial period of detention of six months that can be adapted by the judicial authorities in the light of the circumstances of the case, and for the possibility to further prolong the detention until 18 months in the cases provided for in Article 15(6) of Directive 2008/115/EC;
> (c) bring detention capacity in line with actual needs, including by using where necessary the derogation for emergency situations as provided for in Article 18 of Directive 2008/115/EC.
> […]
> In respect of the fundamental rights and of the conditions set by Directive 2008/115/EC,

Member States should not preclude in their national legislation the possibility to place minors in detention, where this is strictly necessary to ensure the execution of a final return decision insofar as Member States are not able to ensure less coercive measures than detention that can be applied effectively in view of ensuring effective return.»

7.4 Rettstilstanden i andre land

Sverige

Vilkårene for internering av mindreårige i Sverige fremgår av utlänninglagen § 2 i kapittel 10:

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

Ett barn får också tas i förvar, om
1. det är fråga om att förbereda eller genomföra verkställigheten av ett beslut om avvisning i andra fall än enligt första stycket eller ett beslut om utvisning enligt 8 kap. 6 eller 10 § eller 8 a kap. 1 eller 5 §, och
2. det vid ett tidigare försök att verkställa beslutet inte visat sig tillräckligt att barnet ställts under uppsikt enligt bestämmelserna i 7 § andra stycket. *Lag (2014:198)*.»

Videre fremgår det av § 5 i kapittel 10 at den maksimale tidsgrensen for internering av barn i svensk rett er 72 + 72 timer:

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

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

Forarbeidene til de svenske reglene viser at det har samme typer erfaringer som norsk politi, jf. SOU 2011:17, avsnitt 4.3.2:

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

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

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

gång är det därför säkert att familjen kan tas i förvar.

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

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

I den senere lovproposisjonen (Prop. 2011/12:60) ble det forutsatt at risiko for unndragelse fra foreldrenes side, kan gi behov for internering også av barn:

«Beträffande risken att ett barn håller sig undan framgår av förarbetena till utlänningslagen att det måste anses att barnet håller sig undan även om det är fråga om ett litet barn som helt utan eget agerande göms undan av sina föräldrar.»

For øvrig inneholder den svenske proposisjonen en oppsummering fra høringsrunden som gir inntrykk av at det i den svenske debatten var bred forståelse for at det må være en viss adgang til internering av barnefamilier i forbindelse med tvangsreturer:

«En majoritet av remissinstanserna har inte något att erinra mot utredningens bedömning. Rädda Barnen anför att lagen bör förtydligas så att det framgår att barn endast får tas i förvar om det är förenligt med vad som är bäst för barnet och som en sista utväg. Barnombudsmannen (BO) vill starkt betona att barn som huvudregel inte ska tas i förvar och att detta tydligt bör framgå av lagtexten. FN:s barnfond – Unicef anför att det uttryckligen bör framgå av lagtexten att ett förvarstagande av ett barn endast får ske som en sista utväg och för kortast lämpliga tid. Rädda Barnen och Röda Korset anför att ensam-kommande barn aldrig ska tas i förvar. BO delar utredningens bedömning att hänsyn till barnets bästa tillgodoses genom portal-paragrafen i 1 kap. 10 § UtlL. Röda Korset anser att barns speciella situation bör framgå av flera paragrafer och att portalparagrafen om barnets bästa inte är tillräcklig.»

Danmark

Den danske utlendingsloven (udlændingeloven) § 36 gir politiet hjemmel til å beslutte frihetsberøvelse for å sikre muligheten til å uttransportere en utlending som ikke har rett til å oppholde seg i landet. Frihetsberøvelse kan ikke besluttes dersom mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige, jf. § 36 stk. 1.

Loven har ingen spesifikke bestemmelser som gir vilkår for frihetsberøvelse av mindreårige. Rigspolitiets praksis bygger imidlertid på at frihetsberøvelse av barn skal unngås hvis mulig og bare skal anvendes som en siste utvei for kortest mulig tid. Det gjelder ingen formell aldersgrense for frihetsberøvelse av barn etter utlendingsloven.

Ved frihetsberøvelse skal utlendingen fremstilles for retten innen tre døgn, jf. § 37 stk. 1. Dette gjelder også mindreårige. Det er ikke regulert om barn kan holdes frihetsberøvet sammen med sine foreldrene, men i forarbeidene er det kommentert at frihetsberøvelse ikke skal brukes hvis det på grunn av personlige forhold vil virke særlig belastende for utlendingen. Det ble også sagt at utlendingen helst ikke skal sendes til utsendelsessenter for uttransport hvis vedkommende har barn under sju år.

Hovedregelen er at frihetsberøvede utlendinger skal plasseres i særlige fasiliteter, jf. § 37 stk.

10 første punktum. I 2015 bestemte den danske regjeringen at *Udrejsesenter Sjælsmark* skal utvides. Senteret ligger i Nordsjælland, og skal ha en kapasitet på omkring 600–700 personer. Det vil primært dreie seg om familier med barn, som har fått endelig avslag på asyl, samt personer omfattet av åpenbart grunnløs-prosedyren eller avviste etter Dublin III-forordningen, som umiddelbart kan uttransporteres.

Enslige mindreårige asylsøkere kan ikke plasseres i vanlig fengsel, jf. § 37 stk. 10 tredje punktum, og må derfor anbringes til et utreisesenter. Dersom den enslige mindreårige varetektsfengsles i påvente av rettergang i straffesak eller iverksetting av en utvisning, jf. § 35, kan han eller hun likevel plasseres i tilpassede institusjoner sammen med andre mindreårige som er siktet eller dømt i en straffesak.

Belgia

Belgia sluttet å internere både enslige mindreårige og medfølgende barn, etter at landet ble felt i Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Belgia innførte et alternativ for medfølgende barn i form av familieenheter i 2008.

I desember i fjor varslet imidlertid belgiske myndigheter at de på ny finner det nødvendig å etablere en ordning for frihetsberøvelse av barn. Følgende siteres fra en norsk oversettelse av et brev fra den belgiske asyl- og innvandringsministeren til Europarådets menneskerettighetskomissær 16. desember 2016:

> «Siden 2008 har familier med mindreårige barn blitt plassert i åpne mottakssentre som drives av Utlendingsdirektoratet (OE).
>
> I slutten av 2014 begynte vi med veiledning i hjemmet hos familier med mindreårige barn. Disse familiene med ulovlig opphold blir i første omgang boende i egen bolig, der de får informasjon og hjelp fra veiledere med sikte på retur til hjemlandet. Dersom dette alternativet til frihetsberøvelse ikke fører fram, kan det gjøres vedtak om å plassere familien i et av OEs åpne mottakssentre, der de på nytt vil få hjelp med sikte på retur til hjemlandet.
>
> Erfaring har vist begrensningene ved dette alternativet til frihetsberøvelse, for antallet familier som samarbeider om retur, er heller begrenset. Da blir de fleste familiene, etter veiledning i hjemmet, overført til et åpent mottakssenter. Om man ser på statistikken for de seks siste årene, fra 2010 til oktober 2016, ser man at 33 prosent av familiene har rømt fra mottakssentrene. Det vil si at en tredjedel av familiene unnslipper OE og forsvinner ut i det ulovlige.
>
> For øvrig er det svært begrenset hvor mange familier som faktisk blir sendt ut; 39 prosent av internerte familier vender tilbake til hjemlandet.
>
> I betraktning av disse begrensningene ser jeg meg nødt til å ty til en form for frihetsberøvelse som er mer inngripende overfor familier med mindreårige barn som til tross for veiledningen i hjemmet ikke vil samarbeide om retur.»

Frankrike

Frihetsberøvelse av en utlending i følge med et mindreårig barn er nærmere regulert i CESEDA (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), se artikkel L 551-1 flg. Loven stiller blant annet krav om at frihetsberøvelsen skal være siste utvei og for kortest mulig periode, at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og at frihetsberøvelse bare skal skje på steder som er tilpasset for familier, med atskilte og tilrettelagte soverom.

Kravet om at frihetsberøvelse er siste utvei innebærer at forvaltningsmyndigheten skal ha undersøkt muligheten for et alternativt tiltak. Det stilles også krav om at unndragelsesfare må underbygges gjennom tidligere hendelser, og ikke antakelser. Slike hendelser kan for eksempel være:

- Unndragelse av et tidligere pålegg om bestemt oppholdssted, manglende overholdelse av meldeplikt, anholdelse utenfor pålagt område for bestemt oppholdssted mv.
- Uttrykk for å motsette seg gjennomføring av uttransportering, gjennom uttrykkelig å motsette seg dette.
- Flukt eller forsøk på flukt i forbindelse med gjennomføring av uttransporteringen.

Når utlending i følge med mindreårige barn blir frihetsberøvet, vil barnet følge med til stedet der utlendingen skal holdes frihetsberøvet. Det treffes imidlertid ikke noe individuelt vedtak om frihetsberøvelse mot barnet.

Vedtaket om administrativ frihetsberøvelse av foreldrene kan påklages til en interneringsdommer innen 48 timer. Dette vedtaket skal ta hensyn til tilstedeværelse av medfølgende barn. Dersom forvaltningsmyndigheten ønsker å holde på utlendingen, må det fremlegges en begjæring til en interneringsdommer om forlengelse innen 48

timer etter at utlendingen er underrettet om vedtaket. Frihetsberøvelsen kan forlenges av interneringsdommeren med 30 dager, og deretter en gang til med 15 dager. Interneringsdommerens kjennelser kan ankes inn for formannen for appelldomstolen eller dennes representant.

I fransk rett treffes det ikke returvedtak mot den mindreårige personlig. En enslig mindreårig blir derfor aldri underlagt frihetsberøvelse.

Storbritannia

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

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

Prosedyrene for retur av barnefamilier i Storbritannia fremgår av *Family Returns Process*, versjon 2.0, publisert av Home Office 12. april 2016.

Familier vil omfattes av familiereturprosedyren når:

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

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

Steg 1 (assistert retur) starter med at familier, som har uttømt alle klagemuligheter og ikke er hindret fra retur, blir invitert til et informasjonsmøte. Formålet med returprosedyren er å oppfordre familien til selv å ta kontroll over egen hjemreise og til å returnere frivillig. På dette møtet samles informasjon om familien som kan være relevant i en returprosess, slik som medisinske behov, utdanning, velferden til berørte barn m.m. Familien vil bli informert om deres valgmuligheter, herunder *egenorganisert retur*, hvor familien selv arrangerer hjemreisen innenfor en gitt tidsramme, og (dersom det er mulig) *assistert retur*, hvor myndighetene bidrar med å arrangere returen. Et returmøte finner sted innen minimum en uke etter informasjonsmøtet, for å diskutere familiens tanker om returmulighetene.

Dersom familien ikke velger egenorganisert eller assistert retur, informeres de i returmøtet om at returprosessen nå går over til *steg 2* (pliktig retur). I denne fasen bestiller myndighetene hjemreise til familien, og familien vil informeres om at de risikerer pågripelse og tvungen retur dersom de ikke returnerer innen denne datoen. En evaluering av returprosessen foretatt i 2013 viser at det er delte meninger om effektiviteten av steg 2 (Home Office, *Evaluation of the new family returns process*, desember 2013, s. 20–21). Det fremgår at både flertallet av ansatte hos utlendingsmyndighetene og familiene selv mener at bestillingen av utreise har liten effekt. Det fremgår av evalueringsrapporten at familier sier at dersom de hadde vært villige til å forlate landet, ville de valgt assistert retur. Representanter fra UK Border Agency og medlemmer fra det uavhengige returpanelet har imidlertid fremhevet viktighet av dette steget, blant annet ved at det gir familiene en siste sjanse og at det bidrar til realitetsorientering.

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

> «While 249 families were referred to the Panel during the reporting period, there were only 96 ensured returns. The two main barriers to removal continue to be family members not being present when Home Office Immigration Enforcement seeks to effect return and outstanding legal barriers to return such as judicial reviews

and injunctions being lodged very late in the process. The Panel has experienced an increase in the use of last minute legal procedures to frustrate return along with an increase in the family absconding after removal directions have been set.»

Når en familie blir pågrepet i forbindelse med retur kan familien bli kjørt direkte til flyplassen, eller i noen tilfeller til et utlendingsinternat. Enhver bruk av internatet, enten som en del av den opprinnelige returplanen, eller som et alternativ, vil inngå i asylsaksdokumentene og bli diskutert med det uavhengige returpanelet. Familien kan som hovedregel ikke holdes pågrepet i mer enn 72 timer.

I spesielle unntakstilfeller kan internering likevel skje i inntil én uke, men dette forutsetter forutgående godkjenning fra innvandringsministeren. Dette kan for eksempel være hvis returen ikke kan gjennomføres fordi et familiemedlem saboterer den, , et rettsmiddel er brukt i siste liten (men er forventet å bli tatt stilling til innen en uke) eller et fly blir kansellert. Disse tidsfristene ble vedtatt ved lov i 2014.

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

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

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

Det viste seg at de finansielle kostandene ved driften av Cedars var betydelige. Statistikk fra Home Office viste også at mens antallet internerte ved Cedars i 2012 og 2013 var henholdsvis 209 og 164, ble antallet i 2014 og 2015 redusert til henholdsvis 54 og 67.

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

Tinsley House ligger rett ved Gatwick flyplass, og har en egen familieenhet som blir brukt for familier som blir stoppet ved grensen og internert forut for retur, i tillegg til familier i familiereturprosedyren som ble ansett som uegnet for Cedars.

7.5 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

7.5.1 Bør det fortsatt være adgang til å pågripe og internere barn?

Som nevnt under kapittel 6.1 gir utlendingsloven § 106 hjemmel for pågripelse og fengsling av utlendinger. Når uttrykket «utlending» benyttes i utlendingsloven menes *enhver* som ikke er norsk statsborger, jf. § 5 første ledd. Det er ingen aldersgrense for pågripelse og internering etter utlendingsloven, slik det er i strafferetten. Det er derfor adgang til å pågripe og internere barn under 15 år etter utlendingsloven.

I høringsnotatet ble det foreslått at adgangen til å pågripe og internere barn skal videreføres, men det ble foreslått endringer i vilkårene mv., som beskrives nærmere nedenfor.

7.5.2 Vilkår for pågripelse og internering av barn på grunn av unndragelsesfare

I henhold til straffeprosessloven § 184 andre ledd annet punktum skal barn ikke fengsles med mindre det er «tvingende nødvendig», jf. kapittel 6.4.2.9. Tidligere gjaldt de samme vilkår for varetektsfengsling av personer under 18 år som ved pågripelse, nærmere bestemt at det måtte være «særlig påkrevd». Formålet med endringen av ordlyden til «tvingende nødvendig» var i første rekke å tydeliggjøre at terskelen for å varetektsfengsle et barn skal være høy, jf. Prop. 135 L (2010–2011) s. 58 og 59. Lovendringen fikk også virkning for internering etter utlendingsloven.

Departementet foreslo i høringen en formulering om at barn bare kan interneres i medhold av § 106 første ledd bokstav b (unndragelsesfare) dersom dette «er helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen». Formålet var å tydeliggjøre hva politiet og domstolene skal vurdere. I denne sammenheng vises det også til det som følger nedenfor om innholdet i kjennelser om internering mv. i kapittel 7.6.4.

7.5.3 Vilkår for internering på grunn av uklar ID mv.

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

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

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

For øvrige tilfeller ble det foreslått å videreføre formuleringen om at barn bare kan interneres dersom det er tvingende nødvendig.

7.5.4 Innhold i kjennelser om internering og spørsmål om separate kjennelser mv.

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

Departementet bemerker at norske domstoler flere ganger har stadfestet at det er formelt i orden å inkludere barna i kjennelsen(e) som gjelder foreldrene.

Det sentrale er etter departementets vurdering at barnet behandles som part i saken, og at det foretas en egen vurdering knyttet til barnet, herunder at det nedtegnes en tilfredsstillende begrunnelse.

Departementet foreslo i høringen å lovfeste at barnets beste skal vektlegges som et grunnleggende hensyn, herunder ved vurderingen av om det kan anvendes mindre inngripende tiltak. Videre ble det foreslått at det skal fremgå av kjennelsen om internering hva som var innholdet i disse vurderingene.

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

Departementet foreslo også særskilte regler om høring av barn, jf. nedenfor, i tillegg til at en rekke særskilte regler for mindreårige etter lovforslaget, eksplisitt vil fremgå av utlendingsloven. Hensynet til mindreårige ville dermed bli synliggjort i regelverket på en helt annen måte enn i dag.

7.5.5 Fremstilling og høring av barn

Grunnloven § 104 første ledd lyder slik i bokmålsversjon:

> «Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.»

Utlendingsloven har i dag ingen særskilte regler om fremstilling og høring av barn i interneringssaker.

EMK artikkel 5 nr. 3 og SP artikkel 9 nr. 3 krever at den som frihetsberøves henholdsvis «straks» og «omgående» skal bli fremstilt for en dommer eller tilsvarende. I saker som gjelder internering av både foreldre og barn, vil det i

praksis være foreldrene som opptrer som verger for barna under rettsmøtet. Verken EMK eller SP kan leses slik at barnet selv må fremstilles for retten i enhver sak.

Barnekonvensjonen artikkel 12 lyder:

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

I medhold av utlendingsloven § 81 annet ledd er det gitt en generell forskriftsbestemmelse i utlendingsforskriften § 17-3 som lyder:

> «Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker som vedrører dem etter utendingsloven.
>
> Barnet kan høres muntlig eller skriftlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes ut fra sakens art og søknadssituasjonen. Utlendingsirektoratet gir utfyllende retningslinjer om hvordan barnets uttalerett skal gjennomføres, tilpasset de ulike sakstyper og søknadssituasjoner.
>
> Barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.»

I høringen foreslo departementet at det skulle inntas en tilsvarende bestemmelse som i utlendingsforskriften § 17-3 i interneringsbestemmelsen § 106, for å tydeliggjøre at prinsippene om høring av barn også gjelder i interneringssaker.

7.5.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder

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

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

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

7.5.7 Barneverntjenestens rolle

Straffeprosessloven § 183 tredje ledd gir regler for barneverntjenestens rolle ved pågripelse av mindreårige. Her fastsettes det for det første at barnevernet skal varsles ved hver fengsling. For det andre fastsetter straffeprosessloven at barnevernet skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første interneringsmøtet er åpenbart unødvendig. Videre skal barneverntjenesten uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og om tiltak som settes i verk.

Det er barneverntjenesten i den kommunen hvor enheten for internering er lokalisert, som vil ha ansvar for saken. Enkelte familier har hatt kontakt med en barneverntjeneste tidligere. I slike tilfeller kan det foreligge en viss informasjon om familien som kan legges til grunn av den barneverntjenesten som får ansvar for saken om internering.

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

Av Politiets utlendingsenhets interne retningslinjer for fremstilling av barnefamilier og enslige mindreårige, går det frem at jourhavende politiadvokat, eller den som skal representere politiet i interneringsmøtet, skal gi beskjed til utlendingsinternatet om at det vil bli begjært internering av en familie som befinner seg der «så snart som mulig» etter at dette er bestemt. Den aktuelle teamleder på Trandum skal varsle barneverntjenesten eller barnevernsvakten så snart slik underretning er mottatt. Vedkommende skal da innhente en skriftlig uttalelse fra barnevernet om

deres vurdering av forsvarligheten av å holde den/de mindreårige på internatet i det tidsrommet politiet ønsker. Det må også avklares om barneverntjenesten kan tilby andre alternativer, for eksempel beredskapshjem eller plassering i institusjon.

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

Departementet foreslo i høringsnotatet at reglene i straffeprosessloven § 183 om barneverntjenestens rolle burde innarbeides i utlendingsloven med visse endringer.

Det ble foreslått politiet skal varsle barneverntjenesten om en sannsynlig begjæring om internering «så snart som mulig». Dersom uttransporteringen mest sannsynlig vil finne sted uten at det blir nødvendig med internering, er det derimot ikke nødvendig at politiet varsler barneverntjenesten.

Videre foreslo departementet å lovfeste at barneverntjenesten *bør* gi en skriftlig uttalelse i alle saker hvor politiet begjærer internering av mindreårige, med mindre retten eller barneverntjenesten selv finner det åpenbart unødvendig. Hvor individuelt rettet uttalelsene kan være, vil avhenge av hvilke muligheter det har vært for kontakt mellom familien og barnevernet. Temaet for barnevernets uttalelse burde være forsvarligheten av at barnet holdes internert sammen med foreldrene i den tiden det gjelder, herunder om det er særskilte forhold knyttet til barnet eller den aktuelle familien som bør tillegges vekt.

Når det gjelder plikten til å delta i møte om internering, foreslo departementet en mer pragmatisk regel enn i straffeprosessloven § 183. Det ble foreslått at barneverntjenesten skal delta i møtet «dersom retten eller barneverntjenesten finner det nødvendig». Dette vil gjelde både ved det første møte om internering og i forbindelse med eventuelle møter om forlengelser.

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

7.5.8 Særskilt om tidsbegrensning ved internering av barn

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

Departementet mener at forholdene ved Toulouse-Cornebarrieu, som fire av EMD-dommene gjaldt, adskiller seg fra forholdene ved Trandum på flere sentrale punkter.

Departementet mente at disse ulikhetene har klar betydning når man skal vurdere EMD-avgjørelsene mot praksis ved Trandum. Departementet opplyste at det for øvrig planlegges en egen familieenhet utenfor Trandum for internering av barnefamilier. Når en slik enhet er på plass, vil det være enda tydeligere at det med norske ordninger kan være adgang til å internere barnefamilier også ut over noen få dager. Samtidig viste departementet til at det i praksis er svært sjelden at det er behov for internering for en lengre periode.

Fordi departementet mente at det ikke var aktuelt å utvide fremstillingsfristen, slik at barneverntjenesten kan involveres sterkere allerede før første gangs internering, foreslo departementet i stedet følgende:

1. Første gangs kjennelse om internering skal bare kunne gjelde for tre døgn.
2. Dersom det er behov for internering ut over tre døgn, kan en ny periode fastsettes til maksimalt tre nye døgn. Før tingretten avgjør spørsmålet om internering ut over den første tredøgnsperioden, vil man på denne måten kunne sikre at barneverntjenesten har møtt familien og barnet, og har kunnet foreta en individuell vurdering som kan inngå i grunnlagsmaterialet for rettens vurdering.
3. Det fastsettes at det i utgangspunktet ikke skal kunne avsies flere kjennelser om internering overfor et barn som har vært frihetsberøvet i 3 + 3 døgn (pluss eventuelt ett døgn i forbindelse med den innledende pågripelsen), med mindre behovet for internering skyldes at familien selv aktivt har motarbeidet utsendelsen etter innsettingen på utlendingsinternat eller en annen «særlig grunn» tilsier det. Eksempler på annen «særlig grunn» ville etter forslaget kunne være at det er avdekket konkrete planer om unndragelse, at familien tidligere har unndratt seg utsendelse ved å holde seg skjult for politiet, at familien har forsøkt å reise videre til et tredjeland innenfor Schengen, familien har blitt

returnert til Norge i henhold til Dublin-regelverket, familien har sittet i kirkeasyl osv. Dersom det finnes grunnlag for å forlenge internering også etter at familien har vært internert 3+3 døgn, skal dette maksimalt kunne besluttes for 1 uke av gangen. Departementet vurderte også om de forlengede interneringsperiodene burde være på 3 døgn, men kom til at det i seg selv kan skape uheldig uro ved situasjonen dersom det legges opp til kortvarige perioder også i de tilfeller hvor det er klart at det er behov for internering over noe lenger tid.

7.5.9 Særskilt om enslige mindreårige

Pågripelse og internering av enslige mindreårige forekommer bare i noen helt få saker hvert år. Statistikk fra Politiets utlendingsenhet viser at innsettelser av enslige mindreårige på Politiets utlendingsinternat på Trandum var 6 i 2014, 4 i 2015 og 12 i 2016. Statistikken tar utgangspunkt i oppgitt alder, og er ikke korrigert selv om utlendingsforvaltningen i flere saker har lagt til grunn at personer er 18 år eller eldre. I tallgrunnlaget er det ikke medregnet alle innsettelser og interneringer som inngikk i det såkalte Afghanistan-prosjektet medio november 2016. I sakene i dette prosjektet anførte samtlige å være mindreårige. Det ble tatt aldersundersøkelser i alle sakene, og etter UDI og UNEs vurdering var personene ikke å anse som mindreårige.

Det forekommer også at enslige mindreårige blir pågrepet og begjært internert av politidistrikter. I slike tilfeller er det ikke uvanlig at personen også er mistenkt for straffbare forhold. Det hender da at utlendingen blir holdt i politiarrest eller i et fengsel med ungdomsenhet frem til uttransportering, eller i påvente av overføring til Politiets utlendingsinternat på Trandum.

I høringsnotatet ble det foreslått at det fortsatt skal være adgang til å pågripe og internere enslige mindreårige. Videre ble det lagt opp til at tidsbegrensningene som ble foreslått for medfølgende barn, se kapittel 7.5.8 ovenfor, også skal gjelde tilsvarende for enslige mindreårige.

7.5.10 Beviskrav ved vurderingen av alder

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

I Tvangsmiddelrapporten omtales problemstillingen under kapittel 5.2.1:

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

Tidligere praksis fra lagmannsretten har vist et sprikende bilde og kan tyde på at problemstillingen har vært uavklart. Departementet viser til gjennomgangen av dette i høringsnotatet. I tre kjennelser av henholdsvis 22. november 2016 (16-186422), 24. november 2016 (16-185815) og 30. november 2016 (16-188445), har imidlertid Borgarting lagmannsrett lagt til grunn at beviskravet ved aldersvurderingen er sannsynlighetsovervekt.

Høyesteretts ankeutvalg tok stilling til problemstillingen i en kjennelse 29. mars 2017 (HR-2017-664-U). En utlending som var internert hadde ved aldersundersøkelse fått sin alder angitt til å være «ca. 19 år», men hadde selv oppgitt å være født i 1999. Utlendingens prosessfullmektig anførte at hensynet til å unngå at barn blir internert, tilsa at et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt burde gjelde ved vurderingen av alder.

I likhet med lagmannsretten, la utvalget til grunn at beviskravet ved aldersvurderingen var alminnelig sannsynlighetsovervekt. Verken Grunnloven eller barnekonvensjonen kunne forstås slik at det må gjelde et strengere beviskrav. Utvalget bemerket at en eventuell usikkerhet ved metodene som benyttes til å fastsatte alder, vil inngå i vurderingen av om kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt er oppfylt. Videre måtte beviskravet avstemmes mot tunge praktiske mot-

hensyn, blant annet den åpenbare faren for misbruk. Beviskravet måtte dessuten ses i sammenheng med kravet til bevis i den underliggende forvaltningssaken.

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at det bør regnes som tilstrekkelig bevist at utlendingen ikke er mindreårig, dersom dette fremstår som mest sannsynlig. Dersom begge muligheter fremstår som like sannsynlige, må tvilen komme utlendingen til gode. Departementet foreslo ingen særskilt lovregulering av beviskravet i utlendingsloven.

7.6 Høringsinstansenes syn

7.6.1 Bør det fortsatt være adgang til å pågripe og internere barn?

POD slutter seg til departementets vurderinger i høringsnotatet, og fremhever at det er svært viktig for politiet at regelverket inneholder tilstrekkelige virkemidler til å oppnå rask uttransportering etter avslag.

Nasjonal institusjon for menneskerettigheter mener at høringsforslaget i utgangspunktet er en forbedring av gjeldende regelverk:

> «Nasjonal institusjon har arbeidet med problemstillinger rundt fengsling av medfølgende barn høsten 2016. Fengsling av medfølgende barn reiser en rekke konstitusjonelle og folkerettslige problemstillinger. På et overordnet nivå mener Nasjonal institusjon at de foreslåtte regelendringene på en bedre måte vil ivareta de strenge vilkår som gjelder for fengsling av barn enn det gjeldende regelverket. […]»

NIM understreker imidlertid at det bør prioriteres å etablere en egen familieenhet utenfor Trandum. NIM har også ellers en rekke kommentarer til enkeltheter i forslaget. Disse blir berørt i senere i fremstillingen nedenfor.

Barneombudet, Barneverntjenesten i Ullensaker kommune, Advokatforeningen, Antirasistisk senter, Den norske kirke, NOAS, Norsk Folkehjelp, Redd Barna, Røde Kors, UNHCR og *UNICEF* mener i utgangspunktet at frihetsberøvelse av barn ikke bør forekomme. Flere av høringsinstansene, bl.a. UNHCR og NOAS, understreker at det må vurderes alternativer til internering.

NOAS mener det er feil å legge til grunn at barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b kan forstås slik at den forutsetter en viss adgang til internering av mindreårige. NOAS viser til forarbeidene til konvensjonen, og anfører at bestemmelsen kun retter seg mot personer under 18 år som er anklaget for kriminelle forbrytelser.

NOAS skriver blant annet videre:

> «Alle relevante ekspertorganer i FN, inkludert barnekomitéen, er enige om at internering av barn og barnefamilier i forbindelse med utlendingskontroll aldri er til barnets beste og derfor bør forbys. I en felles uttalelse [The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, «Children and families should never be in immigration detention – UN experts», 18. desember 2016] heter det følgende:
>
> 'We are concerned that some States appear to be working on the erroneous assumption that detention is sometimes in the best interests of the child or that the Convention on the Rights of the Child, which allows for detention as an exceptional measure in the juvenile justice context, somehow permits it. […]
>
> Let us be clear: immigration detention is never in the best interest of the child. This view has been repeatedly expressed by the Committee on the Rights of the Child, Committee on Migrant Workers, the Working Group on Arbitrary Detention, and the Special Rapporteur on the human rights of migrants, who have called on States to immediately cease any kind of migration-related detention of children and families.
>
> […]
>
> Immigration detention is clear child rights violation and States must prohibit it by law and cease the practice quickly and completely. States must adopt alternatives to detention for children and their families that are non-custodial and community-based. These alternatives are better suited for the next steps of a child´s life, whether they stay in the host country, are re-settled in a third country, or are returned to their country of origin if that is in their best interests. The prohibition of child migration-related detention and the duty to implement alternatives should be guaranteed by law and effectively fulfilled in practice.'»

Videre henviser NOAS blant annet til rapport av 5. mars 2015 fra FNs spesialrapportør mot tortur, om blant annet skadevirkninger på barns helse og utvikling, og de oppsummerer deretter med følgende:

> «I lys av den brede enighet blant alle relevante ekspertorganer i FN-systemet om betydningen av barnekonvensjonen for internering av barn, mener NOAS departementet må legge til grunn alternativer til internering, fremfor tvangsmessige tiltak. Dagens praksis med internering av barn må primært avvikles, sekundært sterkt begrenses. Under ingen omstendighet kan det legges til rette for videre utvidelse av praksisen.»

Det fremgår av *UNHCRs* høringsuttalelse at de har misoppfattet høringsforslaget dit hen at det legger opp til utvidet internering av enslige mindreårige og barn i følge med foreldrene:

> «UNHCR understands the Proposal, in addition to the above amendments, also recommends an increased reliance on detention of unaccompanied children and children with their parents.»

UNHCR gir deretter uttrykk for blant annet følgende synspunkter og anbefalinger:

> «UNHCR emphasizes that children should never be criminalized or subject to punitive measures because of their parents´ migration status. Alternatives to detention should be explored, preferably through family-based alternative care options or other suitable alternative care arrangements as determined by the competent childcare authorities. The detention of a child because of their or their parent´s migration status constitutes a child rights violation and always contravenes the principle of the best interests of the child. Children further have the right to family unity […] and the right not to be separated from their parents against their will […].
>
> […] In light of the above, in particular the recent legal developments with regard to applicable criteria and standards relating to detention of unaccompanied children and children with parents/guardians, UNHCR recommends the Government of Norway to
> – Withdraw the provision authorizing the detention of unaccompanied children and children with their parents for immigration related purposes and expanding the grounds for detention, as such deprivation of liberty is never in the best interests of the child, is grossly disproportionate and may breach international human rights law standards.»

Barneombudet uttaler:

> «Barneombudet mener at man ikke bør fengsle barn i utlendingssaker. Muligheten for å pågripe barn bør også være så snever som mulig. Utgangspunktet i barnekonvensjonen barnekonvensjonen artikkel 37 er at barn kun skal frihetsberøves som en siste utvei og for kortest mulig tid. Når departementet nå likevel går inn for å foreslå fortsatt pågripelse og fengsling av barn i disse sakene, mener vi at det er positivt at forslaget innebærer en klarere regulering av vilkår for fengsling og prosessregler direkte i utlendingsloven. Det er også positivt at departementet foreslår relativt korte fengslingsfrister i disse sakene. Barneombudet mener imidlertid forslaget om en vid unntaksbestemmelse som gir anledning til å fengsle barn utover seks dager er svært bekymringsfullt og åpner for muligheten for å bryte med både barnekonvensjonen og artikkel 3 i den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Det er positivt at departementet ønsker å opprette en egen familieenhet utenfor Trandum. Barneombudet vil anbefale departementet ikke å tillate fengsling av barn til en enhet som er i stand til å ivareta barnas behov er på plass.»

Barneverntjenesten i Ullensaker kommune uttaler bl.a:

> «Barneverntjenesten sin generelle betraktning er at det bør unngås å fengsle barn. Når det likevel ikke kan unngås, vurderer barneverntjenesten på generelt grunnlag at barna har det best sammen med sine foreldre.
>
> Familiene er i en krise ved at de skal sendes ut av Norge, og barneverntjenesten vurderer at det vil påføre barna et nytt traume å i denne fasen også skulle skilles fra sine foreldre. Barneverntjenesten gjør en konkret vurdering i hver enkelt familie som vi får kunnskap om, når det kommer til hvordan det er mest hensiktsmessig for barna at barneverntjenesten følger dem opp.»

Advokatforeningen er positive til at det de siste årene har vært en nedgang i bruk av pågripelse og internering av barn, men Advokatforeningen er av den oppfatning at internering eller internering av barn ikke bør foregå overhodet:

> «Forutsatt at fengsling av barn skal forekomme, bør det etter Advokatforeningens syn fastsettes en absolutt grense for hvor lenge et

barn kan holdes fengslet sammen med sine foreldre. Advokatforeningen foreslår en maksimal fengslingsperiode på 14 dager.»

Advokatforeningen mener at elektronisk fotlenke bør brukes fremfor internering.

Antirasistisk senter viser blant annet til følgende uttalelse i Sivilombudsmannens rapport fra 2015:

> «Miljøet på utlendingsinternatet fremstår som preget av stress og uro. Internatet har i løpet av 2014 og 2015 hatt flere hendelser, inkludert større opptøyer. Hendelsene har omfattet knusing av inventar, selvskading, selvmordsforsøk og maktanvendelse. Dette fremstår ikke som et tilfredsstillende psykososialt miljø for barn. Ved to anledninger har barn også vært vitne til at deres foreldre har skadet seg selv.»

Antirasistisk senter mener at høringsforslaget legger for stor vekt på hensynet til effektiv returpolitikk, snarere enn å ha en tilnærming hvor hensynet til barnets beste står i sentrum.

Redd Barna oppsummerer sine innspill med følgende:

> «Dersom departementet ikke tar vår anbefaling til følge, anbefaler vi:
> - Trandum er uegnet for barn. Redd Barna ber derfor departementet om å vurdere en midlertidig stans av internering av barn på Trandum, inntil en egen enhet for barnefamilier er på plass
> - Det bør være et absolutt forbud mot å fengsle enslige mindreårige i forbindelse med utlendingskontroll, i situasjoner hvor barna ikke har begått eller er mistenkt for å ha begått kriminelle handlinger
> - Redd barna støtter ikke forslaget om nytt vilkår for tvangsmessig tilbakeholdelse på grunn av uklar ID
> - Det må lovfestes en maksgrense for pågripelse og fengsling av barnefamilier på 48 timer i påvente av uttransport.
> - Redd Barna anbefaler at utformingen på den nye familieenheten for barnefamilier må ut på egen høring, eller en annen egnet prosess, for å sikre at relevante aktører kommer med innspill og forslag.
> - Det må stilles tydeligere vilkår for pågripelse i lovtekst. Redd Barna anbefaler også at departementet vurderer å opprette et uavhengig returpanel (jf. Family Return Panel i England), som kan bistå utlendingsmyndighetene og bidra til at det gjøres gode vurderinger av barnets situasjon og sårbarhet, og at returplaner fullt ut tar hensyn til barnets beste.
> - Barnevernets rolle må tydeliggjøres for å sikre at barnevernets rolle blir betydningsfull i praksis og blir i stand til å gjøre individuelle vurderinger i hver enkelt sak. Vi mener at barnevernet skal møte og ha samtale med alle barn på utlendingsinternatet for å foreta vurderinger til barnets beste.
> - Vi er enig med departementet (s. 92) i at det viktigste «alternativet» til frihetsberøvelse og tvangsretur er assistert retur. Vi anbefaler at departementet vurderer å innføre en egen returprosess for barnefamilier hvor familiene veiledes av en egen kontakt basert på prinsipper for returprosessen for barnefamilier i Storbritannia og «case management» modellen til «international detention coalition». Bedre veiledning kan bidra til at flere familier velger assistert (frivillig) retur til hjemlandet, og dermed forebygger behovet for tvangsreturer, pågripelse og fengsling i den forbindelse.»

7.6.2 Vilkår for pågripelse og internering av barn på grunn av unndragelsesfare

Barneombudet er positive til at vilkåret om at pågripelse av barn skal være «særlig påkrevd» tas inn i loven. Ombudet bemerker imidlertid blant annet følgende:

> «Barneombudet vil anbefale departementet å beskrive nærmere hva som skal til for at det foreslåtte vilkåret i utlendingsloven § 106 om at det er «særlig påkrevd» å pågripe et barn skal være oppfylt, og at det blir understreket at i det minste tiden til planlagt uttransport og forholdene for barnet i påvente av uttransportering må inngå i en vurdering av om pågripelsen er «særlig påkrevd» og i den generelle forholdsmessighetsvurderingen etter § 90. Vurderingene må fremgå av den skriftlige pågripelsesbeslutningen.»

NOAS reiser også spørsmål ved hvilke vurderinger som i praksis ligger til grunn for om det er «særlig påkrevd» med pågripelse:

> «NOAS har sett eksempler hvor barnefamilier har blitt pågrepet 24–36 timer før tidspunktet for uttransport og som dermed har vært internert uten kjennelse over én natt på Trandum,

> herunder familier som bodde kun noen timer unna Oslo. Samtidig har vi eksempler på barnefamilier som bor langt unna Oslo og som pågripes 24–36 timer før tidspunkt for uttransport. NOAS' oppfatning er at sistnevnte eksempler har blitt internert uten kjennelse på Trandum av tilsynelatende logistiske hensyn som behov for overnatting fordi de har en lengre reisevei enn familier som bor nærmere Oslo.»

NOAS anbefaler at det gjennomføres en uavhengig utredning av tilfeller hvor barnefamilier har blitt internert uten kjennelse.

Redd Barna uttrykker samme kritiske spørsmål som Barneombudet og NOAS med hensyn til hvilke vurderinger som blir foretatt av om pågripelse er «særlig påkrevd». Redd Barna foreslår i denne forbindelse en ny bestemmelse med følgende ordlyd:

> «Hensynet til barnets beste skal alltid vurderes som et grunnleggende hensyn før saker om pågripelse og i saker om tvangsmessig tilbakehold, herunder ved vurderingen av om det i stedet kan iverksettes alternative tiltak.»

Fylkesmannen i Oslo og Akershus understreker at det er helt sentralt å vurdere alternativer til internering.

Barneombudet, *Nasjonal Institusjon for menneskerettigheter, Redd Barna* og *Advokatforeningen* er opptatt av at forslaget til formulering av vilkåret for internering av barn («helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen») virker mindre strengt enn dagens formulering i straffeprosessloven «tvingende nødvendig». NIM understreker at det må komme tydelig frem i forarbeidene at det ikke er ment noen realitetsendring. De foreslår imidlertid prinsipalt at vilkåret formuleres som «tvingende nødvendig for å gjennomføre utsendelsen».

Politiets utlendingsenhet er kritiske til å erstatte begrepet «tvingende nødvendig»:

> «Vi ser ikke at det er noe poeng å erstatte et godt innarbeidet begrepet med et helt nytt. Departementet har heller ikke begrunnet begrepsendringen i særlig grad. Etter vårt syn kunne vilkåret like gjerne vært formulert som «tvingende nødvendig for å gjennomføre utsendelsen». Det blir også noe uoversiktlig når departementet fastholder at vilkåret skal være «tvingende nødvendig» for frihetsberøvelse etter de andre grunnlagene i utlendingsloven § 106 første ledd.»

UNICEF Norge legger til grunn at FNs barnekonvensjon ikke gir adgang internering av barn på flukt, i situasjoner hvor barna ikke har begått eller er mistenkt for å ha begått kriminelle handlinger. UNICEF Norge mener derfor at forslagene som regjeringen fremmer i høringsnotatet som gir adgang til internering av barn ikke er i samsvar med Norges forpliktelser etter FNs barnekonvensjon. UNICEF Norge mener derfor at forslagene ikke bør gjennomføres.

Videre mener UNICEF Norge at det er oppsiktsvekkende at regjeringen ønsker å åpne opp for at de nye reglene om internering av barn gis et større virkeområde enn det som er tilfellet i dag. UNICEF Norge mener at internering i saker om unndragelsesfare er i strid med FNs barnekonvensjon. I denne typen saker vil det alltid være mulig å finne alternative metoder for å ivareta barnas rettigheter på en forsvarlig måte samtidig som staten gis virkemidler til å kunne utøve både en effektiv returprosess og ID-kontroll.

7.6.3 Vilkår for internering på grunn av uklar ID mv.

POD støtter departementets forslag.

Barneombudet er kritisk til forslaget fra departementet om å formulere en adgang til å internere barnefamilier i situasjoner med ekstraordinært høye ankomster:

> «Etter vårt syn er det sannsynlig at denne typen pågripelse og fengsling mye raskere vil være uforholdsmessig i lys av bl.a. EMK artikkel 3 og barnekonvensjonen artikkel 37 og 3. Vi mener det ikke er i tråd med disse forpliktelsene å internere barn fordi det er praktisk for å gjennomføre administrative oppgaver som asylregistrering, selv om det skulle foreligge en «ekstraordinær situasjon». Mindre inngripende tiltak enn fengsling vil være tilstrekkelig i slike tilfeller. Vi anbefaler departementet å ikke innføre en slik åpning for å fengsle barn på grunn av uklar ID.»

Også *Norsk Folkehjelp* og *Redd Barna* er sterkt kritiske til forslaget, og viser også til Barneombudets uttalelse.

UDI bemerker blant annet følgende:

> «Vi mener at innføringen av kravet i utlendingsloven § 106 tredje ledd om at tvangsmessig tilbakeholdelse kan skje i «ekstraordinære situasjoner» hvis det er helt nødvendig for å sikre identitetskontroll, og ikke nødvendigvis må

være «tvingende nødvendig» slik som resten av bestemmelsen krever, kan være uheldig. Eksempelet som gis er ved «ekstraordinært høye ankomster». Vi mener beskrivelsen av «ekstraordinære situasjoner» og «ekstraordinære høye ankomster» er utydelig. Det er også uklart hva som ligger i vilkåret «helt nødvendig for å sikre identitetskontroll». I høringsbrevet vises det til situasjoner hvor det er ekstraordinære høye ankomster og det er behov for kortvarig tvangsmessig tilbakehold for å kunne gjennomføre «innledende registrering og undersøkelse». Dette er ordinære undersøkelser som politiet må gjøre i alle asylsaker, uavhengig av ankomsttallene. Det kan med andre ord forstås som å være aktuelt i alle asylsaker dersom det er ekstraordinære høye ankomster.

Det er uklart hva som skal til for at det vurderes dithen at det er «ekstraordinær situasjon» eller «ekstraordinære høye ankomster». Det er videre uheldig at barn skal ha svekkede rettigheter fordi forvaltningen er i en presset situasjon. I situasjoner med ekstraordinært høye ankomster vil dette også kunne angå mange barn. I slike tilfeller vil tvangsmessig tilbakeholdelse i tillegg vanskelig kunne gjøres under forhold som er tilstrekkelig tilrettelagt for barn.

UDI mener den foreslåtte ordlyden er for upresis som hjemmel for tvangsmessig tilbakehold av barn på grunn av behov for innledende registrering og undersøkelser.»

Den norske Kirke, Kirkerådet, og Advokatforeningen er imot forslaget. Dersom det likevel skulle bli vedtatt, mener Advokatforeningen at det må presiseres i loven at bestemmelsen bare kan gjelde ved ekstraordinære situasjoner som oppstår utenfor Norges grenser.

NOAS er sterkt kritiske til forslaget:

«NOAS påpeker at dagens § 106 første ledd bokstav a gir adgang til å fengsle en utlending i ID-tilfellene hvor utlendingen «ikke samarbeider» om å klarlegge sin identitet. Spørsmålet om hvorvidt barnet eller foreldrene samarbeider vil etter det nye forslaget ikke nødvendigvis være det eneste momentet i vurderingen av om tiltaket er «helt nødvendig». Forhold som kan anses å gjøre tiltaket «helt nødvendig» kan potensielt ligge utenfor utlendingenes egen kontroll. Departementets nye forslag kan derfor anses å gi større adgang til å internere barn i ekstraordinære situasjoner enn i dag.

I denne forbindelsen viser NOAS innledningsvis til New York-erklæringen for flyktninger og migranter av 13. september 2016 vedtatt av FNs generalforsamling. Departementet viser selv til erklæringen på side 47 i høringsnotatet. Erklæringen gjelder internering av barn ved innreise og frem til en søknad er avgjort. Det fremgår at stater vil ta skritt for å få slutt på denne praksisen:

«[…] Furthermore, recognizing that detention for the purposes of determining migration status is seldom, if ever, in the best interests of the child, we will use it only as a measure of last resort, in the least restrictive setting, for the shortest possible period of time, under conditions that respect their human rights and in a manner that takes into account, as a primary consideration, the best interest of the child, and we will work towards the ending of this practice […].»

Det vises til at Norge hadde en sentral (og etter NOAS' syn en svært negativ) rolle i utformingen av ordlyden sitert ovenfor. Tross alle svakheter i ordlyden har Norge imidlertid politisk forpliktet seg til å ta skritt for å få slutt på internering av barn. I realiteten innebærer departementets forslag innføring av en ny praksis for internering av barn. NOAS mener dette er oppsiktsvekkende.

NOAS påpeker videre at manglende ID-dokumenter ofte er en naturlig konsekvens av fluktsituasjon. Sannsynliggjøring av identitet innebærer vektlegging av ulike momenter, herunder opplysninger under asylintervju, språkanalyse av lydopptak eller bostedskontroll. Slike momenter vurderes som regel av erfarne saksbehandlere i Utlendingsdirektoratet og prosessen er tidkrevende. I dag kan det ta flere måneder. På bakgrunn av dette mener NOAS at Politiets Utlendingsenhet ikke er et egnet organ for å vurdere om internering i en enkeltsak «er helt nødvendig for å sikre ID-avklaring».

På bakgrunn av det som fremgår ovenfor anbefaler NOAS sterkt at dette forslaget forkastes.»

UNICEF Norge mener det er oppsiktsvekkende at regjeringen ønsker å åpne opp for at de nye reglene om internering av barn gis et større virkeområde enn det som er tilfellet i dag. UNICEF Norge mener at internering i saker om på grunn av uklar ID er i strid med FNs barnekonvensjon. I denne typen saker vil det alltid være mulig å finne alternative metoder for å ivareta barnas rettigheter på en forsvarlig måte samtidig som staten gis

virkemidler til å kunne utøve både en effektiv returprosess og ID-kontroll.

7.6.4 Innhold i kjennelser om internering og spørsmål om separate kjennelser mv.

Samtlige av høringsinstansene som har uttalt seg på dette punkt støtter at det lovfestes at barnets beste skal vurderes som et grunnleggende hensyn og at det må fremgå av kjennelsen hvordan barnets situasjon er vurdert.

Advokatforeningen mener det er fundamentalt at barnet behandles som et selvstendig rettssubjekt og har status som part i en sak som går ut på å internere barnet. Også slutningen må særskilt omfatte internering av barnet selv. Videre må det fremgå utførlig av begrunnelsen for internering at hensynet til barnets beste er vurdert.

NOAS anbefaler at også innholdet i forholdsmessighetsvurderingen skal fremgå av kjennelsen. Dette anbefales i saker som angår både voksne og barn.

Barneombudet og *Nasjonal institusjon* påpeker at det individuelle barnets interesser må være utgangspunktet for rettens vurdering i saken. Nasjonal institusjon bemerker:

> «Det utvalget fengslingskjennelser vi har gjennomgått gir indikasjoner på at det i dag er stor variasjon i vurderingen av barnets beste når medfølgende barn fengsles sammen med sine foreldre. Vårt inntrykk er at vurderingen av barnets beste etter dagens praksis i stor grad tar utgangspunkt i foreldrene, som er de som er formelle parter i fengslingssaken. Vurderingene er stort sett at det er nødvendig å fengsle foreldrene grunnet unndragelsesfare, og at det er til barnets beste å være sammen med sine foreldre og ikke overlates til andre. Dette er også i tråd med uttalelser i forarbeidene.
>
> En slik generell tilnærming til barnets beste, som også synes å ta utgangspunkt i foreldrene, er slik vi ser det lite forenlig med Grunnloven og barnekonvensjonen.
>
> Høyesterett har i flere avgjørelser de senere årene tatt stilling til hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Her har det vært en utvikling. I Ashok-saken fra 2009 synes flertallet i Høyesterett å legge til grunn at hensynet til barnets beste skal være et sentralt moment i vurderingen når det gjelder saker som berører barn. Flertallet sluttet seg til UNEs forståelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, som var at bestemmelsen pålegger nemnda å vektlegge hensynet til barnets beste. UNE la videre til grunn at det forhold at barnets interesse skal være et grunnleggende hensyn, ikke utelukker at innvandringspolitiske og andre hensyn kan være relevante og også avgjørende i en sak.
>
> I Maria-saken, som ble avsagt i 2015, utdyper Høyesterett nærmere hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av et utvisningsvedtak overfor en mor som var aleneforsørger for en liten jente som var norsk statsborger. Høyesterett fastslo at Barnekomitéens General Comment No. 14 (2013) utgjør et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Høyesterett uttalte videre følgende;
>
> «Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly appliccable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Det fremheves samme sted at bestemmelsen dessuten virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests». Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise *at barnets interesser er identifisert*, og *hvordan de er veiet mot andre hensyn*. I avsnitt 36–40 utdyper Barnekomiteen selve normen. Det fremgår at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, jf. her også plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 134–136. Men komiteen understreker at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnet ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: *Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.*» (uthevet her)
>
> Under henvisning til ovennevnte tolkning av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, samt at barnets beste har en helt sentral plass under proporsjonalitetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2, tok Høyesterett utgangspunkt i jenta og hva som var i hennes interesse i sin vurdering av om det var forholdsmessig å utvise moren.
>
> Den normen Høyesterett har gitt uttrykk for i Maria-saken, vil slik vi ser det også være retningsgivende for vurderingen av om tvangsmessig tilbakeholdelse av et medfølgende barn er forholdsmessig etter utlendingsloven. Det må foretas en konkret identifisering og vurde-

ring av hva som er det enkelte barns beste. Dette vil være mulig blant annet ved å høre barnets og foreldrenes syn, slik lovforslaget legger opp til. På denne bakgrunn bør det vises forsiktighet med uttalelser i forarbeidene som kan oppfattes som en presumsjon for et gitt utfall.

Barn er etter våre konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser selvstendige rettssubjekter som har krav på å få en individuell vurdering av om vilkårene for å internere dem er oppfylt. I denne vurderingen vil hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn. Tar en utgangspunkt i barnet er det nærliggende å anta at vurderingstemaet kan se noe annerledes ut enn det som er skissert i høringsbrevet. Det er nærliggende å anta at det generelt ikke er til barnets beste å oppholde seg på Trandum. En må så se om det foreligger andre så tungtveiende hensyn at hensynet til barnets beste likevel må vike. Men det må under enhver omstendighet fortas en konkret vurdering, hvor hvert barns interesser individuelt må identifiseres, løftes frem og stå i forgrunnen for den vurdering domstolen skal foreta.

Anbefaling: Nasjonal institusjon anbefaler at det i forarbeidene presiseres at det må foretas en individuell vurdering av hensynet til barnets beste hvor barnets interesser må løftes frem og stå i forgrunnen.»

Politiets utlendingsenhet er enig i at det ikke er nødvendig å innføre et krav om at må utformes separate interneringsbegjæringer og kjennelser for barn. Det viktigste er at det klart fremgår av kjennelsen at den også omfatter barn og at barnets situasjon er konkret vurdert og begrunnet.

Redd Barna og *Nasjonal institusjon* er enig i at barn skal behandles som part i en sak om internering. Nasjonal institusjon bemerker:

«Det kan utledes både av Grunnloven og barnekonvensjonen at barn er selvstendige rettssubjekter som har rett til å få lovligheten av en frihetsberøvelse prøvd for en domstol.

I forarbeidene til utlendingsloven fremgår følgende om medfølgende barns status ved fengslinger etter utlendingsloven;

«Praksis hittil har vært at barns opphold i utlendingsinternat som den store hovedregel har vært avledet av rettslig kjennelse eller pågripelsesbeslutning mot foreldrene, det vil si mot omsorgsperson(er), og at det har vært ansett å være «til barnets beste» å være sammen med sine foreldre, til tross for at oppholdet finner sted i utlendingsinternat.»

Nasjonal institusjon har gjennomgått fengslingskjennelser som finnes på lovdata og som omhandler fengsling av medfølgende barn i perioden 2014–2016. Vår gjennomgang gir indikasjoner på det samme som refereres i forarbeidene, nemlig at fengslingen av medfølgende barn som regel er avledet av en fengslingskjennelse mot foreldrene. I noen av sakene er barna gitt partsstatus i fengslingskjennelsen. I flere av sakene er barna ikke formelt parter i fengslingskjennelsen, men det fremgår av kjennelsen at de er omfattet av politiets fengslingsbegjæring. Det varierer også om barna er nevnt i kjennelses slutning.

For å sikre medfølgende barns menneskerettigheter i praksis, mener Nasjonal institusjon det bør komme tydeligere frem, fortrinnsvis i lovverket, at også medfølgende barn er selvstendige rettssubjekter som skal ha partsstatus. Det bør også komme tydeligere frem at en ved dette går bort fra den praksis som har vært til nå hvor fengsling av medfølgende barn stort sett har vært avledet av en fengslingskjennelse mot foreldrene, uten at barna har vært nevnt som part, og med store variasjoner i vurderingen av om vilkårene for fengsling av hvert enkelt barn er oppfylt.

Anbefaling: Nasjonal institusjon mener det bør komme tydeligere frem at også medfølgende barn er selvstendige rettssubjekter som skal ha partsstatus i saker som gjelder tvangsmessig tilbakehold.»

7.6.5 Fremstilling og høring av barn

Barneombudet og *Nasjonal institusjon for menneskerettigheter* er positive til forslaget om å tydeliggjøre barns rett til å bli hørt gjennom å lovfeste en tilsvarende regel som i utlendingsforskriften § 17-3.

POD viser til at det allerede er en henvisning til utlendingsforskriften § 17-3 i Oslo tingretts *Retningslinje/huskeliste for behandling av barnefamilier i PU-saker.* For å unngå dobbeltregulering, mener POD at det bør vurderes om det vil være tilstrekkelig bare å innta en henvisning til at utlendingsloven § 81 annet ledd og utlendingsforskriften § 17-3 gjelder.

Advokatforeningen støtter også forslaget om å lovfeste en tilsvarende regel som i utlendingsforskriften § 17-3, og understreker samtidig at utgangspunktet må være at den som det begjæres

internering av, må ha rett til å være til stede i sin egen sak.

Også *Redd Barna* og *NOAS* støtter forslaget til bestemmelse i § 106 a om barns rett til å bli hørt av retten ved fremstilling for internering. Både NOAS og Redd Barna stiller seg imidlertid kritisk til at enkelte formuleringer i høringsnotatet kan gi inntrykk av at foreldrene skal kunne avgjøre på vegne av barnet, uten at barnet selv har mulighet til å påvirke avgjørelsen, at barnet ikke skal høres direkte.

NOAS viser for øvrig til sine erfaringer med høring av barn i forbindelse med klager, omgjøringsanmodninger og ved barns personlige fremmøte i nemndmøte hos UNE. Etter en nærmere gjennomgang av erfaringene, oppsummerer de:

> «NOAS'erfaring er at det er viktig å bruke tid på kontaktetablering i forbindelse med å gi informasjon om retten til å bli hørt og ved gjennomføring av høringen, forutsatt at man møter barnet personlig. God tid til å gjennomføre høring og bruk av dialogisk samtalemetodikk med åpne og sonderende spørsmål, er avgjørende for kvaliteten av høringen og informasjonen som fremkommer.
>
> NOAS er bekymret for at den foreslåtte bestemmelsen vil bli vanskelig å gjennomføre i praksis, gitt dagens system for oppnevning av advokater og berammelse av rettsmøter ved Oslo tingrett ved fremstilling for internering for første gang. NOAS mener systemet må gjennomgås for å se hvilke potensielle endringer som må til for å sikre tilrettelegging av høringsretten.»

Når det gjelder forslaget om at det er «[b]arn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter» som skal gis anledning til å bli hørt av retten, anbefaler Redd Barna at aldersangivelsen på 7 år sløyfes:

> «Vi vil imidlertid anbefale at det ikke settes en nedre aldersgrense på 7 år med en skjønnsmessig vurdering knyttet til hvorvidt «barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter» for barn under denne alderen. Verken barnekonvensjonen eller Grunnloven setter noen aldersgrense for barnets rett til å uttrykke sine synspunkter og FNs barnekomité fraråder at partene innfører aldersgrenser, enten det er i lovverket eller i praksis, ettersom dette i realiteten vil begrense barnets rett til å bli hørt i alle forhold som vedrører han eller henne.»

7.6.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder

Politiets utlendingsenhet og NOAS har uttalt seg om spørsmålet om å pågripe bare én av foreldrene.

Politiets utlendingsenhet bemerker:

> «Vi er enig med departementet i at det ikke er hensiktsmessig å lovfeste et krav om at bare en av foreldrene skal frihetsberøves fremfor hele familien. Dette må vurderes konkret og helhetlig i den enkelte sak av politiet og retten.»

NOAS gir omfattende kommentarer om hvordan også pågripelse og internering av bare én forelder kan påvirke barnet negativt, og oppsummerer med en anbefaling om at departementet bør:

- lovfeste en maksgrense for hvor lenge barn kan splittes fra én forelder på grunn av internering
- lovfeste at følgende momenter skal inngå i en vurdering av barnets beste ved internering av kun én forelder:
  - Adskillelsens (forventede) lengde
  - Barnets alder, modenhet og helse
  - Omsorgsevnen til den gjenværende forelderen
  - Barnets/familiens mulighet for å besøke den internerte forelderen
- sikre at familier kan få reisestøtte fra NAV og barnevernet for å besøke forelderen på Trandum, slik barn med foreldre i norske fengsler har anledning til å søke om.
- instruere Politiets utlendingsenehet til å føre statistikk over tilfeller hvor kun én forelder holdes pågrepet eller internert på Trandum
- instruere Politiets utlendingsenhet og politidistriktene til å føre statistikk over tilfeller hvor pågrepne barnefamilier på Trandum ender opp med at én forelder begjæres internert og resten av familien løslates, og om løslatte familier pålegges et alternativt tvangsmiddel
- instruere Politiets utlendingsenhet og politidistriktene til å føre statistikk over hvorvidt løslatte familiemedlemmer som pålegges alternative tvangsmidler, overholder eller unndrar seg disse.

7.6.7 Barneverntjenestens rolle

POD slutter seg til departementets forslag.

UDI bemerker at det «med fordel [kan] fremgå klarere hvordan barnevernet skal involveres». UDI fremmer ikke selv noe forslag i denne sammenheng. UDI viser imidlertid til at det «[p]å

grunn av svært korte frister og intensjon om korte opphold på Trandum, er […] vanskelig å se hva barneverntjenesten i praksis kan tilrettelegge for det enkelte barn». For øvrig siteres følgende fra uttalelsen:

> «UDI påpeker videre at utlendingsmyndighetene i sak om tvangsmidler vil kunne ha behov for opplysninger som kan være av betydning for valg av tvangsmidler mot utlendingen. For enslige mindreårige vil utlendingsloven § 84 b annet ledd være til hinder for at utlendingsmyndighetene kan anmode mottaksansatte og ansatte i omsorgssentre om relevante opplysninger. UDI ber departementet vurdere en egen bestemmelse som gjør det mulig å innhente opplysninger i forbindelse med mulig bruk av tvangsmidler mot enslige mindreårige.»

Barneombudet bemerker følgende:

> «Barneombudet mener at ethvert barn som blir innsatt på utlendingsinternat bør få mulighet til en samtale med barnevernet ved innsettelse. I en slik samtale vil man kunne komme inn på barnets behov under interneringen. Samtalen vil også kunne avdekke eventuell sårbarhet, gi barnet nødvendig informasjon og mulighet til å ytre seg om sin egen situasjon og danne grunnlag for en uttalelse fra barnevernet i de få sakene der politiet begjærer fengsling av barn.
>
> Den kommunale barneverntjenesten er etter alt å dømme ikke rustet til å ivareta disse oppgavene skikkelig i dag. For å sikre et forsvarlig barneverntilbud til alle barn som settes inn på utlendingsinternat, må man enten ruste opp barnevernet lokalt (Ullensaker barnevern og/eller barnevernvakten i Romerike) eller finne en ordning der Bufetat tar ansvar for barnevernfaglig oppfølging av barn på utlendingsinternatet. Vi vil anbefale departementet å få på plass en velfungerende ordning for å ivareta barnas behov mens de er internert så fort som mulig. Som et minimum må man sørge for å ha tilgjengelig ansatte med barnefaglig kompetanse på internatet til enhver tid.
>
> Hvis departementet velger å ikke følge denne anbefalingen om å sørge for at barnevernet møter alle barn som blir innsatt på Trandum, har vi følgende merknader til de foreslåtte lovendringene om barneverntjenestens rolle:
>
> – Det er positivt at politiet skal få plikt til å melde fra til barnevernet så snart som mulig når det er sannsynlig at de vil begjære fengsling. Dette vil forhåpentligvis gi barnevernet en mulighet til å samtale med barnet og komme med en fornuftig uttalelse som kan brukes i et eventuelt fengslingsmøte.
> – Vi mener barneverntjenesten alltid bør møte barnet og avgi en skriftlig uttalelse i forkant av at et barn blir fengslet. Det er døgnåpen barnevernvakt på Romerike som eventuelt får tilføres nødvendige ressurser for å kunne ivareta denne oppgaven uten at fremstillingsfristen utvides.
> – Barneombudet støtter departementets forslag om at barneverntjenesten deltar i fengslingsmøtet «dersom retten eller barneverntjenesten finner det nødvendig» under forutsetning av at barnevernet får anledning til å møte barnet og avgi en god, individuell skriftlig uttalelse som kan opplyse tingretten i interneringsmøtet.»

Ullensaker kommune mener at rask varsling av barnevernet er viktig for å ivareta barnas behov og sikre karlegging. For øvrig siteres følgende fra kommunens merknader:

> «Når det kommer til beskrivelse av barnevernets rolle mener vi dette kan konkretiseres ytterligere. Barneverntjenesten må gis mulighet til å besøke familiene før levering av rapport og vitning i retten i forbindelse med fengsling. Det er som beskrevet i høringen best når barneverntjenesten får tid til å treffe familiene før uttalelsen skal være levert.
>
> Vi ser at arbeidet er ressurskrevende i dag, da Ullensaker kommune har eneansvaret for å utføre dette oppdraget som er tillagt barnevernet i Norge. Når vi får en presisering av regelverk og krav til gjennomføring må kommunens ressurser styrkes tilsvarende. Vi vil be om en dialog med departementet for å løse dette på minnelig vis, slik at forvaltningsnivåene kan samhandle så godt som mulig for å løse oppgaven.»

NOAS har foretatt en omfattende drøfting av forslagene i høringsnotatet om barneverntjenestens rolle. De oppsummerer avslutningsvis sine egne anbefalinger, og bare oppsummeringen siteres her:

> «NOAS mener at departement bør:

- Utrede og avklare barneverntjenestens rolle i dag, og hvordan den bør fungere i fremtiden. Samt å få fram behov for barnefaglig oppfølging og foreldreveiledning. Dette er også av betydning for foreslått utredning av eget utlendingsinternat for barnefamilier og barnefaglig oppfølging, samt for foreldreveiledning for familier, uansett om de er internert uten kjennelse eller med kjennelse.
  - Utrede barneverntjenestens rolle i de tilfeller hvor barn har vært internert (både med og uten kjennelse) på Trandum.
  - Avklare samarbeid og ansvar mellom barneverntjenesten, barnevernsvakten og PU på kveld og i helger, når barnevernstjenesten ikke arbeider.
  - Avklare samarbeid mellom helsetjenester og barnevernstjenesten.
- Nytt § 106 a femte ledd (NOAS' forslag til endringer er markert i kursiv): Politiet skal varsle barneverntjenesten om sannsynlig fremstilling så snart som mulig. *Politiet skal varsle barneverntjenesten i alle tilfeller hvor det er forhold ved foreldrenes omsorgsevne eller -vilje som tilsier at barn har behov for bistand fra barnevernet.* Barneverntjenesten skal avgi skriftlig uttalelse i saken, med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal delta i møte om tvangsmessig tilbakehold, *med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om arbeidet med å iverksette tiltak. Barneverntjenesten skal uttale seg om alternativer etter utlendingsloven § 105. Barneverntjenesten skal uttale seg om kun én forelder bør fengsles med kjennelse fremfor hele familien. Barneverntjenesten skal uttale seg om forsvarligheten av at barnet holdes internert sammen med foreldrene i den tiden det gjelder, herunder blant annet skadevirkningene ved en internering og om det er særskilte forhold knyttet til barnet eller den aktuelle familien som bør tillegges vekt.* Reglene i straffeprosessloven § 118 gjelder tilsvarende.
- Lov- eller forskriftsregulere ansvarsfordelingen mellom barneverntjenesten og utlendingsinternatets barnefaglig ansvarlig og deres konkrete arbeidsoppgaver.
- Styrke kapasiteten og kompetansen om utlendingsfeltet hos Ullensaker barneverntjeneste.»

Redd Barna kommenterer følgende:

«Redd Barna mener det er positivt at barnevernets rolle skal innarbeides i utlendingsloven. Slik vi forstår departementets forslag derimot, vil barnevernets rolle være svært begrenset. Barnevernet vil i praksis kun møte svært få av barna som er innsatt på utlendingsinternatet, de vil ikke har grunnlag til å gi relevante, individuelle uttalelser, og vil kun helt unntaksvis stille i fengslingsmøter. Redd Barna mener det er nødvendig å gjøre vesentlige endringer i forslaget for å sikre at det blir tydeligere hva barnevernets rolle skal være og for å sikre at barnevernets rolle blir betydningsfullt i praksis.

Redd Barna mener at barnevernet bør ha en rolle allerede fra starten av i alle sakene der barn blir innsatt på utlendingsinternatet. Vi viser til barneverntjenestens plikt: å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, jf. barnevernloven § 1-1. Der disse barna kommer til å leve under forhold som dokumentert kan skade deres helse og utvikling, mener vi at rett tid i disse sakene betyr at barnevernet bør ha en rolle fra det øyeblikket barn ankommer utlendingsinternatet. Redd Barna mener at ethvert barn som blir innsatt på utlendingsinternatet bør møte barnevernet fysisk og få mulighet til en samtale ved innsettelse. En slik samtale vil kunne bidra til å avdekke eventuell sårbarhet, gi barnet, nødvendig informasjon og mulighet til å ytre seg om sin egen situasjon og vil også danne grunnlag for individuelle uttalelser fra barnevernet. Videre anbefaler Redd Barna at det lovfestes at barnevernet alltid skal delta i møter om tvangsmessig tilbakehold. Vi viser til at generelle uttalelser fra barnevernet ikke er tilstrekkelig for å sikre en individuell barnets beste-vurdering som er påkrevd jf. Grunnloven, Barnekonvensjonen art. 3 og General Comment nr. l4 om barnets beste.

For å sikre et forsvarlig barneverntilbud til alle barn som settes inn på utlendingsinternatet, må barnevernet styrkes med nødvendig kompetanse og ressurser. Vi viser til at barnevernet i Ullensaker har uttalt at de ikke har kapasitet til følge opp. Det kan være flere måter å løse det på, ved å ha ansatte fast tilknyttet utlendingsinternatet, ruste opp barnevernet

lokalt, eller finne en ordning der Bufetat tar ansvar for barnevernfaglig oppfølging av barn på utlendingsinternatet.»

7.6.8 Særskilt om tidsbegrensning ved internering av barn

POD støtter departementets forslag til regulering av interneringstid. De viser videre til at *Politiets utlendingsenhet* er enige i at det sjelden vil være nødvendig å holde en barnefamilie frihetsberøvet i mer enn syv dager, men at dette kan være tilfelle i noen få saker, og at det derfor er viktig at regelverket tar høyde for dette. POD siterer følgende fra Politiets utlendingsenhets uttalelse:

> «I saker hvor det allerede ved førstegangsfengsling er klart at en ny utreise ikke kan finne sted før om to uker (for eksempel når familien har fått stanset en utreise dagen før og politiet ikke kan sende dem ut til hjemlandet før en ny varslingsfrist på to uker er utventet), så vil det bli noe kunstig om retten bare forholder seg til ordningen med 3+3 dager og først i det tredje rettsmøtet tar stilling til om det foreligger «særlig grunn» for fengsling utover seks døgn. Akkurat dette fremstår som noe upraktisk.»

Advokatforeningen er positive til at det etableres tidsintervaller på inntil 3 + 3 døgn for frihetsberøvelse, men «*mener at det bør oppstilles absolutt øvre grense for hvor lenge et barn kan holdes fengslet maksimalt i inntil 14 dager*.»

Den norske kirke, Kirkerådet, bemerker følgende:

> «For oss fremstår opptil seks døgn som en unødvendig lang periode før en mulig avklaring. Prinsipielt mener vi – som nevnt ovenfor – at tvangsmessig tilbakehold av barn ikke bør forekomme selv i tilfeller der det er fare for unndragelse.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus er positiv til kortere fremstillingsfrist og kortere intervaller mellom hver ny kjennelse om internering.

Barneombudet viser til at de ikke har forutsetning for å si hva som er en fornuftig interneringsfrist:

> «Barneombudet støtter departementets vurdering om at det er grunn til å styrke barns rettsstilling i saker om fengsling etter utlendingsloven. Gitt at man i det hele tatt ønsker å fengsle barn etter utlendingsloven, støtter vi forslagene om at fenglingsfristene må være korte. Det bør også være en absolutt maksgrense.
>
> Barneombudet har ikke forutsetning for å si om akkurat 72 timer er en fornuftig fenglingsfrist. I utgangspunktet mener vi at å internere barn i til syv–åtte dager på Trandum (inkludert tiden før første fremstilling), slik forslaget åpner for, er for lang tid. Forslaget innebærer imidlertid en stor forbedring sett i forhold til dagens regelverk som både er uklart og ikke har egne fengslingsfrister og en maksgrense for fengsling av barn.
>
> Departementet bør etter vårt syn sette en absolutt maksgrense for varigheten av fengsling av barn i utlendingssaker. Fristen bør være kort. I lys av EMD-dommene mot Frankrike som er gjennomgått i høringsnotatet og barnekonvensjonen artikkel 37, bør det stilles svært strenge krav til når man kan beslutte fengsling utover noen få dager. Seks døgn, som egentlig er for lang tid, bør i alle fall være et absolutt maksimum. I løpet av en uke vil myndighetene ha mer enn god nok tid og anledning til å finne egnede alternativer til å fengsle barna som likevel sikrer at familien ikke unndrar seg utsendelse.»

Nasjonal institusjon for menneskerettigheter leverer meget omfattende merknader på dette punkt. NIM anbefaler at unntakene fra de foreslåtte maksimalfristene for internering av barn må snevres inn til «ekstraordinære tilfeller,», slik at det etter NIMs vurdering blir bedre samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Videre oppfordrer NIM til å prioritere en egen familieenhet utenfor Trandum. Departementet gjengir ikke her NIMs gjennomgang av rettskildebildet, men siterer følgende fra NIMs vurderinger:

> «Ettersom barn – og spesielt flyktningbarn – er svært sårbare, vil de organisatoriske og materielle forholdene på et utlendingsinternat ha en sterkere virkning på barn enn på voksne.
>
> Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse (heretter «Forebyggingsenheten»), avga i desember 2015 en besøksrapport på bakgrunn av besøk på Trandum. Forebyggingsenheten bemerket at det «*er gjort en betydelig innsats fra internatets side for å tilpasse de fysiske omgivelsene slik at barna skal gis så verdige rammer som mulig. Likevel fremstår*

utlendingsinternatet ikke som et egnet oppholdssted for barn og unge.»

Nasjonal institusjon besøkte Politiets utlendingsinternat på Trandum 15. desember 2016. Vi kan i stor grad slutte oss til de beskrivelser av familieenheten som er gitt av Forebyggingsenheten.

Departementet redegjør i høringsbrevet for ulikhetene mellom Trandum og de franske utlendingsinternatene.

Nasjonal institusjon er enig i at de fem dommene mot Frankrike ikke nødvendigvis er direkte overførbare på norske forhold. Slik vi ser det er det imidlertid også mange forhold som er sammenliknbare mellom de franske internatene og Trandum. Nasjonal institusjon har ikke vært på de to utlendingsinternatene i Frankrike og kan derfor kun danne seg et inntrykk av forholdene der gjennom de fem dommene hvor forholdene er beskrevet nærmere, jf. ovenfor. På denne bakgrunn bør det også utvises noe forsiktighet i å trekke for bastante konklusjoner.

Slik forholdene er beskrevet er Nasjonal institusjon enig i at det er enkelte ulikheter mellom de franske og norske internatene, særlig hva gjelder bevæpning av vakter og kunngjøring fra høyttalere.

Ut fra beskrivelsene mener vi imidlertid at det også er mange forhold som fremstår like. Trandum er et utlendingsinternat hvor det er gjort en innsats innenfor gjeldende rammer for å tilrettelegge for barnefamilier. Vi opplever også at de ansatte har fokus på å gjøre oppholdet på familieenheten så skånsomt som mulig for barna. Likevel er Trandum fengselspreget, og har i likhet med de franske internatene organisatoriske forhold som er lite egnet for barn. Dette er også påpekt både av Sivilombudsmannens forebyggingsenhet og Psykologforeningens menneskerettsutvalg. Disse forholdene er barna ikke forskånet for på vei inn og ut av familieenheten. Blant annet må familiene gjennom den samme inngangen som øvrige internerte, og foreldrene må gjennom ordinære inkvireringsrutiner, som for eksempel kroppsvisitasjon. De må videre gå gjennom en rekke ganger med tunge, stengte dører som må låses opp på vei mot familieenheten. Dørene til soverommene er også ordinære fengselsdører. De ansatte bærer også uniformer. Området er videre omkranset av høye gjerder med piggtråd, som er synlige både inne fra familieenheten og fra enhetens uteområde. Familieenhetens fellesrom og ett av soverommene har vinduer som vender ut mot luftegården til de enslige mennene, slik at de kan få med seg alt som foregår der. Videre er Trandum plassert i enden av en av rullebanene på Gardemoen flyplass, og dermed utsatt for betydelig flystøy. I den korte perioden Nasjonal institusjon var på besøk var det hyppige innflygninger, og det var ikke mulig å snakke sammen i uteområdet ved innflygning. EMD vektlegger at barn er spesielt utsatt for slik type støy, ettersom det er viktig for barn å være ute for å leke og utfolde seg.

Selv om noe er ulikt, mener Nasjonal institusjon at de organisatoriske forholdene på Trandum er forholdsvis like de franske utlendingsinternatene. I de fleste tilfellene uttransporteres barna dagen etter pågripelse. Selv om Trandum ikke er et egnet sted for barn, synes denne praksisen mindre problematisk i relasjon til EMK artikkel 3. De store likhetene taler imidlertid for at de tilfellene hvor barn har oppholdt seg over lengre tid på Trandum kan være problematiske i relasjon til EMK artikkel 3.

Under enhver omstendighet er norske myndigheters handlingsrom svært begrenset på dette området. Dette snevre handlingsrommet bør reflekteres i regelverket.

Det er derfor svært positivt at lovforslaget legger opp til at barn kun skal kunne tvangsmessig tilbakeholdes i 72 timer ved førstegangs-tilbakeholdelse, og at samlet periode for tvangsmessig tilbakehold ikke kan overstige seks døgn. Nasjonal institusjon mener imidlertid at unntakene fra dette utgangspunktet synes lite forenlig med de strenge normene som kan utledes av de fem dommene mot Frankrike. Som nevnt over er vernet etter EMK artikkel 3 absolutt. EMD synes ikke å vektlegge forhold som at «*familie […] aktivt forsinker uttransporteringen*» i sin vurdering av om EMK artikkel 3 er brutt overfor barnet. Så lenge dette er en begrunnelse for å holde et medfølgende barn fengslet utover seks døgn, er det derfor gode grunner til å stille spørsmål ved om dette vil være i tråd med EMK artikkel 3. Videre er eksemplene på hva som ligger i unntaket «*annen særlig grunn*» svært vidt formulert. Det kan synes som om disse unntakene i stor grad vil omfatte nær sagt alle tilfeller det vil være aktuelt å tvangsmessig tilbakeholde et barn etter utlendingsloven. Inngangsvilkåret for tvangsmessig tilbakehold, at det må være «*helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen*», legger jo allerede sterke begrensnin-

ger på utvalget av saker hvor dette tvangsmiddelet kan benyttes.

Dette er et område hvor det er lite tilrådelig at det norske regelverket balanserer helt på grensen av hva som må anses å være innenfor konvensjonens grenser, ettersom dette lett vil føre til situasjoner hvor Norge faktisk blir dømt i EMD for brudd på artikkel 3 overfor noen av de mest sårbare i vårt samfunn. Dette taler for at unntakshjemmelen innsnevres. Det bør tas høyde for at norske myndigheter klart skal gå klar av konvensjonsbrudd.

Nasjonal institusjon foreslår at unntaket innsnevres til «ekstraordinære tilfeller», og at det bør fremgå at dette er en snever unntakshjemmel. Eksemplifiseringen av i hvilke situasjoner tvangsmessig tilbakehold over seks døgn vil være aktuelt bør videre reflektere helt andre situasjoner enn de som i alminnelighet danner grunnlag for tvangsmessig tilbakehold av barn.»

NOAS anfører at det bør gjelde en absolutt tidsbegrensning på 48 timer for så vidt gjelder frihetsberøvelse av barn, og under ingen omstendighet må interneringstiden overstige én uke (7 døgn). NOAS viser til de fem dommene mot Frankrike fra sommeren 2016, og anfører at dagens norske praksis kan være i strid med EMK artikkel 3. NOAS mener derfor at departementet bør vurdere å stanse internering av barn inntil en ny familieenhet er på plass. Følgende siteres fra NOAS vurderinger:

«NOAS har merket seg departementets påstand om at forholdene som lå til grunn for de fem dommene «adskiller seg fra forholdene ved Trandum på flere sentrale punkter». NOAS mener departementets argumenter ikke er overbevisende.

For det første nevner departementet «involvering av barneverntjenesten som det ikke er beskrevet noe tilsvarende om når det gjelder det franske internatet». Til dette vil NOAS påpeke at barnevernets rolle i disse sakene i dag er svært begrenset. De aller fleste barna internert på Trandum møter aldri barnevernet personlig. Barnevernet har således svært begrenset eller ingen innflytelse på barnas subjektive opplevelse eller objektive forhold, mens de er frarøvet sin frihet.

For det andre nevner departementet at EMD har «trukket frem at barna ved forflytninger på området sammen med foreldrene i forbindelse med administrative møter mv. har måttet være side om side med væpnet politi i uniform», og at dette «ikke [er] tilfelle på Trandum». Til dette vil NOAS påpeke at PUs ansatte på Trandum er i uniform med batong og pepperspray hengende på beltet. NOAS mener disse faktorene kan ha angstskapende effekt på internerte barn.

For det tredje nevner departementet at EMD har trukket frem «den psykisk stressende opplevelsen av stadige kunngjøringer fra høyttalerne på senteret», og at dette «ikke [er] en faktor som er til stede på Trandum». Til dette vil NOAS påpeke at barn internert på Trandum uansett er eksponert for støy fra flyplassen som ligger i nærheten (det samme var tilfelle i de fem dommene mot Frankrike). NOAS mener denne forskjellen mellom norske og franske forhold ikke har «klar betydning», når man skal vurdere EMD-avgjørelsene opp mot praksis ved Trandum.»

NOAS anfører videre at en eventuell adgang til å frihetsberøve ut over 3+3 døgn (som NOAS prinsipalt er imot), eventuelt må være knyttet til klarere vilkår enn «særlig grunn», slik lovforslaget lyder. NOAS redegjør for at de anser formuleringen så vag at de mener den strider mot klarhetskravet som gjelder for lovbestemmelser om tvangsinngrep:

«Alle eksemplene gjelder forhold som familien selv har kontroll over og som kan indikere unndragelsesfare. Forslaget innebærer ikke en reell begrensning av dagens praksis. Potensielt kan alle de nevnte momentene som er listet opp i utl. § 106 a (momenter som kan indikere unndragelsesfare) falle under «*en annen særlig grunn*».

NOAS er svært bekymret for at ordlyden «*en annen særlig grunn*» i tillegg i flere tilfeller vil kunne åpne for forlenget internering. Departementet viser annet sted i høringsnotatet til en sak der det ble opplyst om at «uttransporteringer til Afghanistan må varsles to uker i forveien». NOAS påpeker at slike forhold potensielt vil kunne falle inn under «*en annen særlig grunn*». Ordlyden er så uklar og vid at den etter NOAS' syn, ikke kan oppfylle legalitetsprinsippets krav om forutsigbarhet.

[…] I verste fall bør ordlyden erstattes med en mer begrenset og forutsigbar definisjon eller helst en uttømmende liste av særlige grunner.»

Norsk Folkehjelp gir følgende anbefaling:

«Norsk Folkehjelp anbefaler at det må lovfestes en maksgrense for internering av mindreårige på 48 timer. Internering skal kun kunne skje ved tvangsretur, og returen må være planlagt før barn med eventuell familie blir pågrepet. Under ingen omstendighet kan tillatt maksimal interneringstid overstige seks døgn.»

Følgende siteres fra Norsk Folkehjelps begrunnelse:

«Det er ingen spesialbestemmelse for hvor lenge et barn kan interneres. Etter dagens utlendingslov kan barn derfor interneres like lenge som voksne. Dersom departementet viderefører internering av barn i forbindelse med utlendingskontroll, må det som et minstekrav innføres en kort maksgrense for hvor lenge et barn kan være internert.

I høringsnotatet foreslår departementet å fastsette at første gangs tvangsmessig tilbakehold bare skal kunne gjelde for tre døgn (72 timer). Dersom det er behov for tvangsmessig tilbakehold ut over tre døgn, kan en ny periode gis varighet inntil tre nye døgn (72 timer). I utgangspunktet skal det ikke kunne avsies noen ny kjennelse om tvangsmessig tilbakehold overfor et barn som har sittet tvangsmessig tilbakeholdt i 3 + 3 døgn (samt et døgn i forbindelse med den innledende pågripelsen), med mindre familien selv aktivt har motarbeidet utsendelsen etter innsettingen på utlendingsinternatet eller «annen særlig grunn». Dersom det besluttes at det finnes grunnlag for å tilbakeholde familien mer enn 3 +3 dager, skal dette maksimalt kunne besluttes for én uke av gangen.

Med andre ord er det ingen maksgrense for hvor lenge et barn kan holdes internert. Både Sverige, Nederland og Storbritannia har lovfestet korte maksgrenser. Norsk Folkehjelp er særlig bekymret for departementets formulering om at barn kan interneres mer enn 3+3 døgn av «en annen særlig grunn». Det fremstår for oss uklart hva som kan legges i ordlyden «annen særlig grunn» og ser at denne kan tolkes til å være en generell åpning. Vi anbefaler sterkt at dette leddet fjernes.

Departementet skriver i høringsnotatet at det skal etableres en egen familieenhet utenfor Trandum for barnefamilier. Det står videre at når en slik enhet er på plass vil det være enda tydeligere at det med norske ordninger kan være adgang til å tvangsmessig tilbakeholde barnefamilier også utover 7 dager. Med tanke på Sivilombudsmannens rapport om at Trandum ikke er et egnet sted for barn er det positivt at det nå etableres et bedre tilbud for barnefamilier. Dette kan likevel ikke brukes for å rettferdiggjøre at barn skal interneres over lengre tid. En rekke studier viser at selv om de fysiske forholdene bedres, reduseres ikke skadevirkningene på barns helse og utvikling. Selv svært kortvarig frihetsberøvelse kan påvirke barns kognitive og emosjonelle utvikling.»

Redd barna har langt på vei lignende merknader som NOAS. Følgende siteres fra deres uttalelse:

«Vi mener særlig at delen om at barn kan fengsles utover en uke dersom «en annen særlig grunn tilsier det» er problematisk. Vi mener det er svært uklart hva som potensielt kan falle inn under «en annen særlig grunn». Departementet gir flere eksempler på hva dette «vil kunne være», men unnlater å gi noen definisjon eller klar begrensning.

Redd Barna har tidligere foreslått en maksgrense på 48 timer. Vi mener 48 timer bør være tilstrekkelig. Vi viser til at departementet skriver at pågripelse av barnefamilier bør kun være tillatt når en tvangsretur er planlagt og bestilt. Ifølge statistikk fra Politiets Utlendingsenhet, er de aller feste barnefamiliene som blir satt på Trandum, uttransportert i løpet av 48 timer. Redd Barna mener utlendingsloven under ingen omstendighet bør gi adgang til å forlenge internering når «en annen særlig grunn tilsier det», og vi anbefaler sterkt at denne delen slettes.

Vi merker oss at departementet skriver at «Departementet legger for øvrig opp til at det skal etableres en egen enhet utenfor Trandum for tvangsmessig tilbakehold av barnefamilier. Når en slik enhet er på plass, vil det være enda tydeligere at det med norske ordninger kan være adgang til å tvangsmessig tilbakeholde barnefamilier ut over 7 dager.» Redd Barna mener det er steg i riktig retning at departementet vil etablere en egen enhet for barnefamilier. Dette kan likevel ikke brukes for å rettferdiggjøre at barn skal interneres over lengre tid. En rekke studier viser at selv om de fysiske forholdene bedres, reduseres ikke skadevirkningene på barns helse og utvikling. Selv svært kortvarig frihetsberøvelse kan påvirke barns kognitive og emosjonelle utvikling. Redd Barna vil presisere at vi mener maksgrensen på 48 timer bør gjelde uansett hvor og under

hvilke forhold barna utsettes for frihetsberøvelse.»

7.6.9 Særskilt om enslige mindreårige

Barneombudet, *NOAS*, *Redd Barna* og *UNHCR*, mener i utgangspunktet at det bør gjelde et absolutt forbud mot internering av enslige mindreårige.

Barneombudet påpeker at dersom det finnes absolutt nødvendig, er det etter ombudets syn bedre å åpne for en noe utvidet maksimaltid for internering uten kjennelse i helt spesielle tilfeller, for eksempel 48 timer. Det fremholdes at det i så fall bør stilles ekstra krav til forholdsmessighetsvurderingen før politiet går til pågripelse.

Når det gjelder det gjelder tilfeller med straffedømte enslige mindreårige som er utvist på grunn av alvorlig eller gjentatt kriminalitet, og hvor det er høy unndragelsesfare, bemerker NOAS følgende:

> «NOAS mener at det ikke bør gis generell adgang til å internere enslige barn på bakgrunn av et ekstremt eksempel. Vi anbefaler derfor sterkt at internering av enslige barn primært forbys, sekundært begrenses til klart definerte unntak. Under ingen omstendighet bør det være tillat å internere enslige barn under 15, som er den kriminelle lavalder i Norge.»

UNHCR viser til UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context fra januar 2017 og anfører at:

> «[C]hildren should never be detained for immigration related purposes, irrespective of their legal/migratory status, or that of their parents, as detention could never be said to serve the best interests of a child.»

UNHCR viser også til FNs spesialrapportør mot tortur, som har fremholdt at:

> «[T]he deprivation of liberty of children based on their or their parent's migration status is never in the best interests of the child, exceeds the requirement of necessity, becomes grossly disproportionate and may constitute cruel, inhuman or degrading treatment of migrant children.»

Tilsvarende viser UNHCR til Europarådets menneskerettighetskommissærs uttalelse av 31. januar 2017:

> «The Commissioner referred in this respect to European standards, which establish that detention should be a measure of last resort, while stressing that alternatives to detention were especially pressing for vulnerable persons, such as unaccompanied children.»

UNHCR henviser for øvrig til enkelte avgjørelser hvor EMD – etter konkrete vurderinger – har kommet til at frihetsberøvelse av enslige mindreårige har vært i strid med bl.a. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f og EMK artikkel 3. UNHCR anbefaler at Norge legger innsats i å etablere alternativer til internering.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus understreker at internering av enslige mindreårige bør unngås så langt som overhodet mulig, og bemerker videre:

> «Vi mener slik fengsling i dag forekommer oftere enn det foreslåtte regelverket åpner for. Det nye regelverket må etter vår mening etterfølges av en reell endring i praksis for tvangsmessig tilbakehold av enslige mindreårige. Fylkesmannen mener derfor vilkårene redegjøres nærmere for i forskrift, forarbeider, rundskriv eller instruks, slik at anvendelsesområdet blir klart avgrenset.»

7.6.10 Beviskrav ved vurderingen av alder

Advokatforeningen og *POD* er enig i at det ikke foretas en særskilt lovregulering av beviskravet ved vurdering av alder.

POD og *Politiets utlendingsenhet* slutter seg til departementets vurderinger. Politiets utlendingsenhet bemerker i sitt høringssvar at problemstillingen nå anses å være avklart gjennom flere avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett fra november 2016, hvor det ble lagt til grunn at det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Politidirektoratet mener det er hensiktsmessig at gjeldende bevisregel tydeliggjøres i proposisjonen.

Advokatforeningen peker på at departementet legger til grunn en tilnærming til beviskravslæren som overser betydningen av kvaliteten på beslutningsgrunnlaget. Der det finnes svært få holdepunkter for å vurdere utlendingens alder er beslutningsgrunnlaget dårlig. Og der man har svært få holdepunkter for å vurdere utlendingens alder har det i det hele tatt lite for seg å henvise til

et rent spørsmål om sannsynlighetsovervekt. Det må være et visst minstemål av kvalitet på beslutningsgrunnlaget dersom man skal legge til grunn at en person som kan være mindreårig likevel skal behandles som voksen. Problematikken knyttet til aldersbestemmelse ved vurdering av utlendingens hender (håndrotsanalyse) illustrerer dette på en utmerket måte. Metoden er så omstridt og usikker at hvorvidt en lege måtte mene at utlendingen er mindreårig eller ei, ikke gir et adekvat grunnlag for å treffe en så viktig beslutning som det er om utlendingen skal behandles som barn eller voksen. I slike tilfeller må avgjørelsen i stedet bero på prinsipielle vurderinger uavhengig av den konkrete saken, og som gjenspeiles i prinsipielt begrunnede hovedregler og unntak.

UDI mener det kan være hensiktsmessig å konkretisere nærmere hvordan vurderingene av alder skal gjøres, og at dette med fordel kan knyttes til hvor i saksløpet utlendingssaken er. Etter det UDI kan se, fremgår det ikke av forslaget noen veiledning med hensyn til hvilken alder som skal legges til grunn der det kan være tvil om alderen.

Den norske kirke, Kirkerådet, uttaler at de er kritiske til den eksisterende praksis. De ser at denne praksis er etablert, og videreføres i forslaget, men ser det likevel som viktig å presisere sin kritiske holdning til en slik praksis.

7.7 Departementets vurdering

Som påpekt i Tvangsmiddelrapporten, bør det fastsettes særskilte regler for pågripelse og internering av mindreårige sammen med foreldrene. Det bør fremgå tydeligere av utlendingsloven enn i dag hvilke vurderinger som skal foretas i disse sakene.

I høringsnotatet hadde departementet lagt opp til særskilt regulering av saker som gjelder barn i de respektive bestemmelsene i loven. Etter en fornyet vurdering foreslår departementet nå en samlet bestemmelse om pågripelse og internering av barn, jf. lovforslaget § 106 c. Hva som er grunnlaget for de ulike delene av den foreslåtte bestemmelsen, følger av drøftingene nedenfor.

7.7.1 Bør det fortsatt være adgang til å pågripe og internere barn?

I norsk praksis legges det stor vekt på at retur skal foregå uten bruk av tvang. Barnefamilier (og andre) som får avslag på en søknad om asyl, gis normalt en frist på tre uker til å forlate landet ved endelig negativt vedtak.

Familien står da fritt til å organisere egen reise til hjemlandet, eller til å returnere med praktisk og økonomisk assistanse fra norske myndigheter (assistanse gis gjennom samarbeid mellom norske myndigheter og International Organization for Migration (IOM) m.fl.)

Virkemidler for å motivere til selvorganisert eller assistert retur er blant annet informasjonstiltak i og utenfor mottak, tidsbegrenset innsats rettet mot særskilte grupper og nasjonaliteter, og stønad til retur og reintegrering. Retur- og reintegreringsstønaden består av henholdsvis reisestønad og reintegreringsstønad. Reintegreringsstønaden gis både som kontantstønad og i form av tjenester, såkalt «inkindstønad». Inkindstønad gis kun i tilknytning til særskilte landprogrammer.

En oversikt over hva som gis i individuell støtte, følger av UDIs rundskriv G-02/2016. Reintegreringsstønad til søkere som ikke er omfattet av særskilte landprogram kan gis med inntil 20 000 kr i kontantstønad per person som søker assistert retur før utreisefristen har gått ut. Familier med mindreårige barn kan i tillegg gis inntil 10 000 kr per barn dersom de søker om assistert retur innen utreisefristen. For en familie med to barn blir altså regnestykket som følger:

Far: 20 000 kr
Mor: 20 000 kr
Barn 1: 20 000 kr + 10 000 kr
Barn 2: 20 000 kr + 10 000 kr

Også personer som søker om stønad til assistert retur etter utreisefristen kan gis stønad, men da med reduserte satser.

Norge har et generøst program for å motivere til assistert retur og er blant de landene i Europa som gir mest retur- og reintegreringsstønad til personer som velger å returnere til hjemlandet.

Justis- og beredskapsdepartementet og UDI har gjennomført en rekke informasjonstiltak fra 2015, som blant annet utplassering av returrådgivere ved asylmottakene for å veilede om returplikten og assistanse som tilbys fra norske myndigheter. Mottakene skal legge særlig til rette for at barn og unge får tilbud om retursamtaler, individuelt eller sammen med familien. Se nærmere om innsatsen på dette området i kapittel 12.3 nedenfor.

Erfaring viser likevel at det er en god del barnefamilier (og andre) med avslag som ikke overholder plikten til å forlate landet etter avslag på søknad om asyl. De benytter seg ikke av mulighe-

ten til å søke returstøtte og reise ut gjennom ordninger for assistert retur.

Både i Norge og i Europa ellers er det høy bevissthet om at en effektiv returpolitikk er en forutsetning for et fungerende asylsystem. Det er ikke tilstrekkelig med effektiv saksbehandling og avklaring av hvem som fyller vilkårene for opphold og hvem som plikter å reise ut. Et økende antall personer som blir værende i Europa med ulovlig opphold, tærer på tilliten til asylsystemet og skaper velferdsmessige, arbeidsmarkedsmessige, ordensmessige og sikkerhetsmessige utfordringer.

Norge er blant de land som legger størst innsats i å få til en effektiv returpolitikk. Og fra norsk side var det således velkomment at EU i 2010 fikk på plass et eget returdirektiv om forpliktelser for statene på returområdet.

Politiet må imidlertid ikke bare forholde seg til enkeltpersoner og familier som ikke samarbeider om assistert retur, men også familier som aktivt motarbeider utsendelse gjennom å ta opphold på skjult adresse, familier som tar opphold på ulike adresser for å vanskeliggjøre pågripelse og samlet utsendelse, familier som går i kirkeasyl, familier som forsøker å reise videre til et annet Schengenland før de blir returnert til hjemlandet, familier som kommer i varslet retur etter Dublin-samarbeidet osv.

For utlendingsforvaltningen er det svært viktig at regelverket – også når det gjelder barnefamilier – inneholder tilstrekkelige virkemidler til å oppnå rask uttransportering etter avslag.

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

Erfaring med familier som unndrar seg utsendelse er heller ikke noe spesielt for Norge. Det vises for eksempel til fremstillingen av britisk praksis ovenfor, hvor det fremgår at unndragelsestilfeller er et reelt problem også under den særskilte returprosedyren for familier, jf. følgende uttalelse fra det britiske Independent Family Returns Panel (se også kapittel 7.4 ovenfor):

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

Det vises også til det som er beskrevet om utviklingen i belgisk rett i kapittel 7.4 ovenfor, hvor det fremgår at belgiske myndigheter i 2016 fant det helt nødvendig å gjeninnføre en adgang til frihetsberøvelse av barnefamilier.

Tilsvarende peker departementet på fremstillingen av svensk rett i kapittel 7.4 ovenfor. Der beskrives det blant annet at de strenge vilkårene for internering av barn i svensk rett skaper utfordringer for politiets arbeid med uttransporteringer. Det fremgår for øvrig også at Rikspolisstyrelsen har stilt spørsmål ved «*om det kan anses vara bättre för ett barn att leva gömt i kanske flera år, än att barnet hålls i förvar ett par dagar för att möjliggöra en verkställighet.*»

På europeisk plan har det nå blitt rettet sterkt fokus mot muligheten for frihetsberøvelse. En av de anbefalingene som er gitt til statene fra EU-kommisjonen 7. mars 2017 lyder:

> «In respect of the fundamental rights and of the conditions set by Directive 2008/115/EC, Member States should not preclude in their national legislation the possibility to place minors in detention, where this is strictly necessary to ensure the execution of a final return decision insofar as Member States are not able to ensure less coercive measures than detention that can be applied effectively in view of ensuring effective return.»

Det vises til kapittel 7.4.3.2 ovenfor.

Departementet fastholder etter dette at det er nødvendig å videreføre regler som gir adgang til pågripelse og internering av mindreårige, og viser til de videre drøftingene i punktene nedenfor.

For øvrig understreker departementet at situasjonen umiddelbart forut for en tvangsutsendelse vil kunne oppleves svært traumatisk for flere familier, særlig de som har vært lenge i Norge. Det vil derfor være en risiko for psykiske og følelsesmessige reaksjoner, men uten at dette trenger være knyttet til om man er innplassert i et utlendingsinternat.

Når det gjelder Sivilombudsmannens uttalelse i rapporten av 8. desember 2015 om episoder på Trandum hvor barn har opplevd skremmende situasjoner, gjelder dette enkelthendelser.

7.7.2 Vilkår for pågripelse og internering av barn på grunn av unndragelsesfare

Departementet mener at det fremgår tydelig av fremstillingen i kapittel 7.3 ovenfor at en praksis med pågripelse og internering av barn på utlendingsrettslig grunnlag, ikke i seg selv er i strid med folkerettslige forpliktelser.

For så vidt gjelder EMK er dette lagt til grunn i en rekke avgjørelser fra EMD. Ved vurderingen er imidlertid forhold knyttet til det enkelte barn, herunder alder, sentralt. EMD vurderer både nødvendigheten av interneringen, forholdsmessigheten, omstendighetene rundt frihetsberøvelsen og varigheten av denne.

Departementet har merket seg det som er anført fra enkelte aktører i høringen om at frihetsberøvelse av barn, i seg selv er i strid med barnekonvensjonen artikkel 3. Departementet viser her til drøftingene i avsnitt 7.3.1 ovenfor, hvor vi mener det fremkommer tydelig at heller ikke barnekonvensjonen har noen bestemmelse som fastsetter et generelt hinder mot frihetsberøvelse av barn på utlendingsrettslig grunnlag. Barnekonvensjonen må forstås slik at internering bare må skje som en siste utvei og etter vurdering av hensynet til barnets beste. Barnekomiteens egen General Comment no. 6 (2005) gir uttrykk for nettopp disse prinsippene. De ulike uttalelsene som legger til grunn at frihetsberøvelse ikke *bør* skje, er ikke avgjørende for hva det er folkerettslig adgang til.

Det er også en rekke andre argumenter som underbygger at det ikke er noe rettslig grunnlag for å hevde at barnekonvensjonen innebærer et generelt forbud mot frihetsberøvelse av barn i utlendingssaker:

- EMD har i sin praksis vist til barnekonvensjonen, uten å vurdere at denne inneholder et generelt forbud mot frihetsberøvelse av barn.
- EUs returdirektiv er utformet med egne bestemmelser som forutsetter at det ikke gjelder noe generelt forbud mot frihetsberøvelse av barn (direktivet fastsetter særskilte vilkår for når slik frihetsberøvelse av barn skal kunne skje).
- I New York-erklæringen for flyktninger og migranter 13. september 2016 vedtok FNs generalforsamling en tekst med anbefalinger til statene om sterke begrensninger i bruken av frihetsberøvelse overfor mindreårige i den hensikt å avgjøre deres utlendingsrettslige status. Det ligger implisitt i dette at frihetsberøvelse ikke i seg selv er folkerettsstridig, særlig ikke i situasjoner hvor utlendingsrettslig status er avklart og saken gjelder utsendelse.
- De aller fleste europeiske land har lovgivning som tillater frihetsberøvelse av barn på utlendingsrettslig grunnlag. I saken *A.B. og andre mot Frankrike* avsnitt 83 vises det til at «Østerrike fremstår som den eneste staten som aldri har brukt frihetsberøvelse for mindreårige».
- EU-kommisjonen har 7. mars i år gitt uttrykkelige anbefalinger om at statene ikke bør utelukke en mulighet for frihetsberøvelse av barn på utlendingsrettslig grunnlag.

Departementets syn er med grunnlag i dette at barnekonvensjonen artikkel 3 ikke forbyr internering på utlendingsrettslig grunnlag, men at det må tas utgangspunkt i at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. I denne sammenheng spiller de særskilte omstendigheter ved saker som gjelder barnefamilier inn: Det er normalt ikke forhold som barna selv har kontroll over som er avgjørende for om det foreligger særskilt unndragelsesfare. Det er foreldrenes (forventede) adferd som er sentral.

Departementet understreker i denne sammenheng at barns rett til å bli behandlet som egne rettssubjekter ikke er til hinder for at foreldrenes handlinger kan få konsekvenser for dem. Det vises i denne sammenheng blant annet til EMDs uttalelser i saken *Butt mot Norge* (avsnitt 79):

> «In this regard the Court has noted the general approach of the Borgarting High Court that strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children (see paragraph 34 above). The Court, seeing no reason for disagreeing with this general approach […].»

Det vises også til det som tidligere er refert fra den svenske lovproposisjonen, Prop. 2011/12:60:

> «Beträffande risken att ett barn håller sig undan framgår av förarbetena till utlänningslagen att det måste anses att barnet håller sig undan även om det är fråga om ett litet barn

som helt utan eget agerande göms undan av sina föräldrar.»

I høringsrunden har flere instanser understreket at man ikke kan ta utgangspunkt i at foreldrene skal interneres, og deretter spørre om det er barnets beste at også barna interneres sammen med foreldrene; det anføres at hensynet til barnets beste må vurderes allerede i forbindelse med foreldrenes sak. Departementet er enig i at hensynet til barnets beste må inngå i vurderingen allerede ved spørsmålet om foreldrene skal pågripes og interneres. Hensynet til barnets beste blir dermed et grunnleggende hensyn i to omganger; først når det vurderes om foreldrene skal pågripes og interneres, og deretter når det vurderes om barna skal pågripes og interneres sammen med dem.

Når det gjelder spørsmålet om pågripelse vil politiet sjelden ha noen andre opplysninger å forholde seg til enn at familien ikke har overholdt utreisefristen og at de ikke har medvirket til utreise ved å søke om støtte til assistert retur. Departementet vil i denne sammenheng vise til at det virker å være bred enighet om at det er svært viktig med rask uttransportering av barnefamilier som får avslag, for å unngå at det skapes tilknytning som gjør en tvangsretur enda mer opprivende. Med mindre det er særskilte forhold knyttet til den enkelte familie som tilsier noe annet, må derfor manglende overholdelse av utreisefristen og manglende vilje til å medvirke til assistert retur, normalt være tilstrekkelig til å anse det særlig påkrevd med pågripelse og tvangsretur. Dersom det skulle legges opp til nærmere forhåndskontakt fra politiets side før pågripelse, ville det med all sannsynlighet føre til flere unndragelsestilfeller.

Departementet mener videre at det er svært tydelig at hensynet til barnets beste har stor vekt også i praksis: I de tilfellene norsk politi finner det nødvendig å gå til pågripelse av en barnefamilie, skjer dette i de aller fleste tilfellene med sikte på uttransportering samme dag, eller dagen etter. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje senest dagen etter pågripelse, blir som oftest familien sluppet fra Trandum fremfor at det begjæres internering.

Dersom det først er grunnlag for pågripelse og internering av foreldrene etter en avveining mot hensynet til barnets beste, vil det normalt være til barnets beste å være sammen med foreldrene. Både for barn og for voksne er det for øvrig grunn til å tro at selve pågripelsen og uttransporteringen i seg selv ofte kan oppleves mer belastende enn kortvarig innplassering i en tilrettelagt familieavdeling. Dette kan også være av betydning når retten skal vurdere om en interneringsperiode skal forlenges. Dersom det ligger til rette for en snarlig uttransportering, må belastningen ved forlenget internering vurderes mot risikoen for at foreldrene vil forsøke å unndra seg etter en eventuell løslatelse, med den mulige konsekvens at barna kan bli utsatt for en ny opprivende pågripelse.

Som flere aktører har påpekt, og som departementet også synliggjorde i høringsnotatet, uttrykte Sivilombudsmannen i brev 8. desember 2015 at Trandum ikke er et egnet sted for barn. Med grunnlag i den etterfølgende dialogen med POD, skriver Sivilombudsmannen i oktober 2016 følgende:

> «Sivilombudsmannen påpekte i besøksrapporten at Trandum fremstod som uegnet for barn. Ombudsmannen har notert seg Politiets utlendingsenhets presiseringer om at mindreårige kun helt unntaksvis interneres i korte tidsrom og at det søkes å gjøre oppholdet så skånsomt som mulig. Som påpekt i besøksrapporten er det i saker som omfatter barn likevel avgjørende å forebygge internering og at alternativene til frihetsberøvelse vurderes svært nøye.
>
> Adgangen til å internere barn på utlendingsinternat ble sommeren 2016 gjenstand for prøving av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i flere dommer mot Frankrike der domstolen blant annet slo fast at forbudet mot umenneskelig og nedverdigende behandling, jf. EMK artikkel 3, var krenket. Dommene synes å sette strenge vilkår for internering av barn, både når det gjelder varighet og lokalenes egnethet og beliggenhet. Se EMDs dommer mot Frankrike, alle avsagt 12. juli 2016: A.B. and Others v. France (klagenr. 11593/12); A.M.and Others v. France (klagenr. 24587/12) ; R.C. and V.C. v. France (klagenr. 76491/14) ; R.K. and Others v. France (klagenr. 68264/14) og R.M. and Others v. France (klagenr. 33201/11).
>
> Spørsmålet om adgangen til å internere barn, alene eller med foreldre, vil bli tatt opp i ombudsmannens dialog med Justis- og beredskapsdepartementet.»

Departementet understreker at den nevnte korrespondansen med ombudsmannen ikke gir grunnlag for å hevde at ombudsmannen har konkludert med at det er i strid med barnekonvensjonen eller andre folkerettslige forpliktelser og videreføre en praksis med frihetsberøvelse av barn på Trandum.

Når det gjelder særskilt tilrettelagte familieenheter, må det ut fra de vurderingene EMD foretok i sakene mot Frankrike i fjor sommer, anses klart at en praksis som tillater internering av barnefamilier, ikke i seg selv er i strid med artikkel 3. Det vises til følgende uttalelse fra saken *A.B og andre mot Frankrike* om internering under særskilt tilrettelagte forhold i det franske internatet:

> «114. Domstolen vurderer at slike forhold [som Domstolen hadde beskrevet fra det franske internatet], selv om de nødvendigvis er alvorlige kilder til stress og angst for et lite barn, ikke er tilstrekkelig, i et tilfelle med internering for en kort periode og under interneringsforholdene i denne saken, til å oppfylle minstekravet til alvorlighetsgrad som er nødvendig for å omfattes artikkel 3.»

Når det for øvrig gjelder interneringsforholdene ved Trandum, varigheten av interneringene og planer om en ny interneringsenhet for barnefamilier, vises det til kapittel 7.7.8 nedenfor.

I henhold til straffeprosessloven § 184 andre ledd annet punktum skal barn ikke interneres med mindre det er «tvingende nødvendig». Tidligere gjaldt de samme vilkår for varetektsfengsling av personer under 18 år som ved pågripelse, nærmere bestemt at det måtte være «særlig påkrevd». Formålet med endringen av ordlyden til «tvingende nødvendig» var i første rekke å tydeliggjøre at terskelen for å varetektsfengsle et barn skal være høy, jf. Prop. 135 L (2010–2011) s. 58 og 59. Lovendringen fikk også virkning for internering etter utlendingsloven.

I praksis begjærer Politiets utlendingsenhet som utgangspunkt bare internering i saker hvor:

- det foreligger betydelig unndragelsesfare
- foreldrene aktivt har motarbeidet utsendelse, og hvor
- det er utsikter til nært forestående utsendelse.

Resultatet av at det gjelder en så høy terskel for internering av barn, er at dette bare forekommer i få saker, jf. statistikken som er presentert ovenfor. I 2015 ble bare 89 barn pågrepet totalt sett, og av disse var det bare 7 som satt lengre enn 3 døgn. I 2016 gjaldt dette 143 barn, hvorav 13 satt lenger enn 3 døgn på Trandum.

Departementet ønsker at terskelen for internering i utlendingsrettslig sammenheng skal fremgå direkte av utlendingsloven, og ikke gjennom en henvisning til straffeprosessloven.

I høringsnotatet påpekte departementet at uttrykket «tvingende nødvendig» isolert sett gir lite veiledning om hva som er vurderingstemaet og at uttrykket rent språklig passer bedre for saker etter straffeprosessloven: Når en mindreårig varetektsfengsles i straffesaker vil det være ut fra hensynet til etterforskningen, risiko for gjentakelse av straffbare handlinger eller for å unngå å støte allmennhetens rettsfølelse og for å verne samfunnet og den enkelte. Når departementet nå skal velge en særskilt lovformulering i en egen bestemmelse som handler om å hindre at en barnefamilie unndrar seg uttransportering, er det mindre naturlig å velge uttrykket «tvingende nødvendig».

Departementet fastholder derfor at det sentrale må være å finne en formulering som tydelig markerer hva som skal vurderes og som markerer at terskelen skal være svært høy. Departementet understreker i denne sammenheng – særlig under henvisning til merknaden fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter – at det ikke tilsiktes å senke terskelen for internering sammenlignet med i dag.

Departementet foreslår etter dette en formulering om at barn bare skal kunne interneres «dersom dette er helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre en utsendelse». Denne formuleringen gjør det tydeligere enn i dag hva politiet og domstolene skal vurdere. I denne sammenheng vises det også til det som følger nedenfor om innholdet i kjennelser om frihetsberøvelse mv. i kapittel 7.7.4 nedenfor.

7.7.3 Vilkår for internering på grunn av uklar ID mv.

Bestemmelsen i gjeldende utlendingslov § 106 første ledd bokstav a om adgang til internering på ID-grunnlag, gjelder i prinsippet også overfor barn. I praksis interneres imidlertid ikke barnefamilier på dette grunnlaget. Frihetsberøvelse av barn foretas bare med grunnlag i første ledd bokstav b om unndragelsesfare.

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

Fremfor en formulering om at det må være «tvingende nødvendig» med internering, foreslo

departementet i høringen at kriteriet for internering av barn i ID-tilfellene skulle være at det foreligger en «ekstraordinær situasjon» og at «internering er helt nødvendig for å sikre ID-kontroll».

Flere høringsinstanser oppfatter at forslaget etablerer en ny adgang til å frihetsberøve barnefamilier i forbindelse med ID-klarlegging. Departementet understreker at også gjeldende lov åpner for frihetsberøvelse i ID-tilfellene dersom utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet. Den nye formuleringen innebærer en ny og klar begrensning ved at frihetsberøvelse i ID-tilfellene bare skal skje i ekstraordinære situasjoner.

Departementet har merket seg at enkelte høringsinstanser har bedt om en nærmere beskrivelse av når det foreligger en slik ekstraordinær situasjon som forslaget henviser til. Etter departementets vurdering er formuleringen i forslaget i utgangspunktet tilstrekkelig presis (ekstraordinær situasjon hvor internering er helt nødvendig for å sikre ID-kontroll). Departementet viser til at det alltid vil være domstolsprøving av eventuelle interneringsbegjæringer fra politiet. Og til tross for at gjeldende regelverk gir hjemmel for å begjære internering også av barn i ID-tilfeller, forekommer ikke dette i praksis. Departementet vil videre foreslå at det også i bestemmelsen om internering i ID-tilfellene innarbeides en presisering om at frihetsberøvelse av barn bare skal kunne skje som «en siste utvei».

Departementet har merket seg anførslene fra NOAS om at forslaget ikke samsvarer med erklæringen fra FN-toppmøtet om migrasjon. Departementet viser til at den nye bestemmelsen – med den tilføyelsen som nå foreslås etter høringen – om at internering bare skal kunne anvendes «som en siste utvei» i en «ekstraordinær situasjon» hvor «tiltaket er helt nødvendig for å sikre ID-kontroll». Formuleringene gir etter departementets vurdering tydelig uttrykk for at myndighetene bestreber seg på at frihetsberøvelse av mindreårige i asylsøkerfasen ikke skal skje – helt i samsvar med toppmøteerklæringen.

Departementet viser for øvrig til at § 106 første ledd gjør uttrykkelig unntak for barn i to bestemmelser; første ledd bokstav g om internering når det er mest sannsynlig at en søknad om asyl vil bli nektet realitetsbehandlet etter § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd, og første ledd bokstav h om internering av utlendinger som får saken behandlet i 48-timersprosedyren.

For øvrige tilfeller (§ 106 første ledd bokstav c, d, e, f, g og h), foreslo departementet i høringen å videreføre en formulering om at internering må være «tvingende nødvendig». Med grunnlag i det som er gjennomgått ovenfor, foreslås i stedet en formulering om at barn bare kan interneres i de aktuelle tilfellene dersom «*det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen som gir grunnlag for interneringen*». Det understrekes for ordens skyld at de aktuelle hjemlene i praksis har liten eller ingen anvendelse som interneringsgrunnlag i saker som gjelder barn.

7.7.4 Innhold i kjennelser om internering og spørsmål om separate kjennelser mv.

Departementet mener at barn skal behandles som part i saker og internering. I høringsnotatet var det ikke lagt opp til en presisering av dette i lovforslaget, men departementet ser ved en fornyet vurdering at dette kan være hensiktsmessig. Departementet har derfor foreslått en presisering av i lovforslaget § 106 c annet ledd annet punktum.

Det er imidlertid ikke nødvendig å utarbeide separate kjennelsesdokumenter. Departementet antar at det kan være praktisk at ett og samme kjennelsesdokument retter seg mot flere parter, særlig i de tilfellene hvor en barnefamilie blir fremstilt samlet. Det sentrale er at hensynet til barnet er tilstrekkelig vurdert.

All frihetsberøvelse – selv om den er kortvarig – er et alvorlig inngrep. I saker som berører barn, følger det av det generelle prinsippet i barnekonvensjonen artikkel 3 at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Som fastslått i høyesterettspraksis (se 7.3.1 foran), innebærer imidlertid ikke dette at hensynet til barnets beste alltid må være avgjørende. For eksempel kan innvandringsregulerende hensyn være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste. Samtidig har Høyesterett påpekt at jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn. Hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.

Når det gjelder barnefamilier, må det først vurderes om hensynet til barnets beste veier så tungt at foreldrene ikke kan interneres. Dernest må det vurderes om det er til barnets beste at det skilles fra sine foreldre, eller om barnet i stedet bør holdes sammen med sine foreldre. Departementet legger til grunn at dersom det er grunnlag for internering av foreldrene, vil det normalt være til barnets beste å være sammen med foreldrene, jf. også barnekonvensjonen artikkel 9.

Departementet foreslår at det inntas et krav i utlendingsloven om at hensynet til barnets beste alltid skal vurderes som et grunnleggende hensyn i saker om pågripelse og internering, herunder ved vurderingen av om det i stedet kan iverksettes alternative tiltak. Det bør også stilles krav om at det i kjennelser som omfatter barn, skal fremgå hvordan hensynet til barnets beste og muligheten for alternative tiltak er vurdert, jf. lovforslaget § 106 c annet ledd annet punktum.

Kravet til rettens begrunnelse må imidlertid ses i sammenheng med kravet om at rettens avgjørelse skal treffes så vidt mulig innen rettsmøtets avslutning. Dette legger også rammer for hvor utførlig begrunnelse som kan kreves i den enkelte sak. For øvrig understreker departementet at retten ikke skal vurdere om hensynet til barnets beste er til hinder for *retur*. Dette er et spørsmål som hører til den underliggende asyl- eller oppholdssaken.

7.7.5 Fremstilling og høring av barn

Departementet fastholder forslaget i høringen om å innta en presisering i interneringsreglene av prinsippene for når barn skal høres. Dette har fått klar støtte i høringen, selv om POD har påpekt at Oslo tingretts retningslinjer har en henvisning til bestemmelsen om høring av barn i utlendingsforskriften § 17-3, slik at behovet for særskilt regulering ikke er opplagt.

Departementet mener i utgangspunktet at bestemmelsen i utlendingsforskriften § 17-3 på en god måte tydeliggjør hvilke forpliktelser som følger av Grunnloven og barnekonvensjonen.

I praksis vil situasjonen i saker som gjelder internering av foreldre og barn, ofte være at foreldrene under rettsmøtet opptrer som verger for barna. Verken Grunnloven, barnekonvensjonen eller andre konvensjonsregler er til hinder for dette. Problemstillinger knyttet til motstridende interesser mellom foreldre og barn kommer trolig sjelden på spissen i interneringsaker.

Departementet finner også grunn til å understreke følgende: Når det nå legges opp til bedring av barnevernets arbeidsvilkår (jf. 7.7.7 nedenfor) og en bestemmelse om at første interneringsperiode ikke skal kunne være lenger enn 3 døgn, vil det ha vært direktekontakt mellom barnevernet og berørte barn og familier i flere saker enn i dag. Flere barn vil derfor bli hørt gjennom samtale med barnevernet, og barnevernets uttalelser vil igjen kunne få betydning for rettens vurderinger, eventuelt også for rettens vurdering av om barnet skal høres direkte av retten.

Når det gjelder aldershenvisningen i utlendingsforskriften § 17-3 (7 år), ser departementet etter en fornyet vurdering at det vil være misvisende å overføre denne til interneringssakene. Det vises til at barneverntjenesten også vil møte barn som er yngre enn 7 år, slik at også disse vil bli hørt direkte av et myndighetsorgan som uttaler seg i forbindelse med interneringssaken.

7.7.6 Vurdering av å pågripe bare én forelder

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

Dette er forhold politiet er oppmerksomme på, og det forekommer saker hvor politiet bare velger å begjære internering av den ene forelderen.

Departementet understreker samtidig at det bare vil være helt unntaksvis at internering av én av foreldrene vil gi tilstrekkelig sikkerhet mot unndragelse.

For øvrig er departementet helt enig med NOAS i at også internering av én av foreldrene kan oppleves som et alvorlig inngrep av barna. Departementet understreket derfor i høringen at det ikke kan forutsettes generelt at internering av én av foreldrene er en bedre løsning for barnet enn at familien holdes samlet på Trandum.

De nærmere vurderinger av dette, må skje konkret og individuelt. Departementet vil imidlertid sørge for instruks til POD om at det i fremtiden også må føres statistikk over tilfeller hvor politiet velger å internere bare den ene av foreldrene.

Departementet ser etter dette ikke behov for særskilt lovregulering av spørsmålet om å pågripe og internere bare den ene forelderen.

7.7.7 Barneverntjenestens rolle

Formålet med straffeprosesslovens bestemmelse om barneverntjenestens rolle – å ivareta barns interesser best mulig – gjør seg utvilsomt gjeldende også i utlendingssakene. Samtidig er det store realitetsforskjeller. I saker hvor det er aktuelt med strafferettslige reaksjoner mot en mindreårig, vil det kunne være behov for videre oppfølging fra barneverntjenesten. Dette er annerledes i saker hvor interneringen er knyttet til å gjennomføre en uttransportering.

Departementet mener at reglene i straffeprosessloven § 183 om barneverntjenestens rolle, bør innarbeides i utlendingsloven med visse endringer, jf. forslaget § 106 c fjerde ledd.

Når det gjelder spørsmålet om å tilføre barneverntjenesten økte ressurser for å ivareta oppgaver knyttet til internering av barn, vises det til kapittel 14 nedenfor om økonomiske og administrative konsekvenser.

I høringsnotatet foreslo departementet at politiet skal varsle barneverntjenesten om en sannsynlig begjæring om internering «så snart som mulig». Dette er et strengere krav enn hva som følger av straffeprosessloven. Formålet er at barneverntjenesten skal være i stand til å vurdere egen deltagelse i rettsmøtet om internering og gi tidligst mulig grunnlag for gode skriftlige innspill.

Departementet har vurdert om politiet bør varsle barnevernet om enhver pågripelse. Redd Barna og Barneombudet har argumentert for en slik praksis i høringen, mens NOAS har sagt seg enig i departementets synspunkt i høringsnotatet om at en slik praksis bare vil vanskeliggjøre barneverntjenestens arbeid med å identifisere de tilfeller hvor de bør ha en rolle.

Departementet fastholder synspunktet fra høringen. Det kan ikke anses hensiktsmessig at barneverntjenesten, som en helt generell ordning, skal prioritere innsats overfor en barnefamilie som blir plassert på utlendingsinternatet sammen med sine foreldre for uttransportering samme dag eller dagen etter.

Departementet har merket seg forslaget fra NOAS om at politiet skal varsle barneverntjenesten «*i alle tilfeller hvor det er forhold ved foreldrenes omsorgsevne eller -vilje som tilsier at barn har behov for bistand fra barnevernet*». Departementet er enig i at det kan forekomme enkelttilfeller hvor barneverntjenesten bør varsles selv om uttransportering skal skje før det er behov for å begjære frihetsberøvelse. Departementet foreslår å formulere dette slik at barneverntjenesten også skal varsles «dersom særlige grunner tilsier det». Dette tar høyde for at det kan være et varslingsbehov selv om det gjelder annet enn forhold knyttet til foreldrenes omsorgsevne eller vilje, og selv om det ikke nødvendigvis vil foreligge et behov for bistand fra barnevernet. Et tenkt tilfelle kan for eksempel være at det er risiko for selvskading fra barnets side, og at det er nødvendig med sikkerhetstiltak. Det vises for øvrig til at offentlige myndigheter alltid har varslingsplikt når det er grunn til å tro at det foreligger alvorlig omsorgssvikt, jf. barnevernloven § 6-4 annet ledd.

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

I høringsnotatet ble det foreslått at barneverntjenesten «skal» gi en skriftlig uttalelse med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig. Siden det må tas høyde for enkelttilfeller hvor det ikke vil være praktisk mulig for barneverntjenesten å utforme en skriftlig uttalelse, mener departementet at det er mer realistisk at skriftlig uttalelse «så vidt mulig», «skal» utformes.

Temaet for barnevernets uttalelse bør være om det er særskilte forhold knyttet til barnet eller den aktuelle familien som bør tillegges vekt, og som har betydning for om det er forsvarlig med plassering på Trandum, eventuelt om det er behov for tiltak.

Departementet har merket seg forslaget fra NOAS om at barneverntjenesten bør uttale seg om hvorvidt det som et alternativ bare bør besluttes internering av én av foreldrene. Departementet mener imidlertid at barneverntjenesten ikke bør gis et ansvar for denne avveiningen. Barneverntjenesten vil heller ikke ha forutsetning for å vurdere hvilken unndragelsesfare det innebærer dersom barnet og den andre forelderen slippes fra Trandum.

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

Straffeprosessloven fastsetter at barneverntjenesten alltid skal delta ved (første gangs) interneringsmøte. Redd Barna mener at dette bør lovfestes også for internering etter utlendingsloven. NOAS har foreslått en formulering som ligger nær departementets forslag i høringsnotatet, slik at barneverntjenesten skal delta i møtet «med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig». Departementet fastholder

imidlertid forslaget fra høringen om at det er tilstrekkelig og hensiktsmessig at barneverntjenesten deltar i møtet «dersom retten eller barneverntjenesten finner det nødvendig». Departementet viser her til at det vil foreligge en skriftlig uttalelse fra barneverntjenesten, og da bør det ikke legges ytterligere bånd på barneverntjenestens prioritering i tilfeller hvor verken de selv eller domstolen finner deres deltakelse nødvendig. Departementet har også merket seg at Barneombudet støtter departementets vurderinger på dette punkt.

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

Forslaget om at barneverntjenesten bare trenger å delta i rettsmøtet dersom de eller retten finner det nødvendig, vil i prinsippet gjelde både ved det første møte om internering og i forbindelse med eventuelle møter om forlengelser. Samtidig bemerker departementet at *forventet varighet av internering* vil være et sentralt element i vurderingen av om barneverntjenesten bør stille. Antakelig vil det bare helt unntaksvis være behov for at barneverntjenesten deltar dersom det forventes uttransportering etter én eller to dager.

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

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

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

7.7.8 Særskilt om tidsbegrensning ved internering av barn

Det klare flertallet av innsettelser på Trandum varer bare i inntil ett døgn. Andelen tilfeller hvor innsettelsen varer ut over 3 døgn er lavt, og det er bare et svært lite antall tilfeller hvor innsettelsen varer ut over 7 døgn. Det vises til statistikken i kapittel 7.2 om antall innsettelser på Trandum i perioden 2013 til 2016.

Som det også er påpekt foran, fremgår det tydelig av avgjørelsene fra EMD mot Frankrike fra i fjor sommer at kortvarige opphold på slike tilrettelagte familieenheter som i Frankrike, ikke i seg selv ville representere noen krenkelse av forbudet mot umenneskelig eller nedverdigende behandling i EMK artikkel 3.

Det utfordrende spørsmålet er hvor langvarig innsettelsen på utlendingsinternat kan være før interneringen kommer i konflikt med EMK artikkel 3. I alle de fem dommene mot Frankrike – hvor varigheten av innsettelsen var fra 7 til 18 dager – fant EMD at det forelå slik krenkelse. EMD konstaterte imidlertid ikke i noen av sakene at tiden alene var avgjørende. Avgjørelsene ble i alle sakene begrunnet i en helhetsvurdering, men hvor varighet sto sentralt.

Departementet viser også til EMDs uttalelse i *Popov mot Frankrike* fra 2012, om at internering i 15 dager ikke i seg selv utgjør en krenkelse av artikkel 3:

> «In the present case, the Court finds that the length of detention of the children, over a period of fifteen days, whilst not excessive per se, could be perceived by them as never-ending, bearing in mind that the facilities were ill-adapted to their accommodation and age.»

Departementet mener at forholdene ved Trandum skiller seg fra forholdene ved de franske internatene som avgjørelsene fra 2016 gjaldt.

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

Når det gjelder spørsmålet om å tilføre barneverntjenesten økte ressurser, bemerkes det at

departementet tar sikte på å legge til rette for at det kan etableres en koordinatorstilling som er dedikert til å stille på kort varsel ved behov tilknyttet utlendingsinternatet, og som har barnefaglig bakgrunn og faglig veilederkompetanse. Koordinatoren kan også bli en person som internatet kan samarbeide tett med når det gjelder faglig oppfølging av hver familie og av hvert barn, og som kan bidra med innspill og faglig veiledning til enkeltansatte og ansattegruppen. I tillegg vil familiesenteret på Trandum styrkes med personell med barnefaglig kompetanse, for å bedre kunne tilrettelegge for internerte barn og barnefamilier ved senteret.

For det andre har EMD trukket frem at barna ved forflytninger på området sammen med foreldrene i forbindelse med administrative møter mv. har måttet være side om side med væpnet politi i uniform. Dette er ikke tilfellet ved Trandum. Det kan imidlertid ikke utelukkes at barn som følger foreldrene vil møte ansatte utenfor barneavdelingen som bærer utstyrsbelte med bl.a. håndjern, pepperspray osv.

For det tredje har EMD trukket frem den psykisk stressende opplevelsen av stadige kunngjøringer fra høyttalerne på senteret, jf. bl.a. følgende fra *A.B og andre mot Frankrike* (avsnitt 100, uoffisiell oversettelse):

> «[…] Barnet ble svært sjokkert av høyttalerne, som ved å ustanselig sende ut kunngjøringer, skaper et støymiljø som er vanskelig å håndtere, forverrer tilstanden av håpløshet og gjør de innsatte svært anspente.»

Dette er ikke en faktor som er til stede på Trandum.

Når det gjelder det stressende med opplevelse av flystøy, understreker departementet at lokalene på Trandum er godt støyisolerte. Det er således ved opphold i utearealene at det særlig forekommer sjenerende støy.

Departementet mener at ulikhetene har klar betydning når man skal vurdere EMD-avgjørelsene opp mot praksis ved Trandum. Departementet finner også grunn til å understreke at de ansatte ved Trandum legger stor vekt på å etablere et godt forhold til de innsatte. Det vises til uttalelsen fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter som bemerker at de opplever at de ansatte har fokus på å gjøre oppholdet på familieenheten så skånsomt som mulig for barna. Tilsvarende vises det til Sivilombudsmannens uttalelse i besøksrapporten av 8. desember 2015 om at «[d]et er gjort en betydelig innsats fra internatets side for å tilpasse de fysiske omgivelsene slik at barna skal gis så verdige rammer som mulig». Selv om det ikke var barnefamilier til stede under ombudsmannens besøk, er det også grunn til å merke seg det som refereres fra samtaler med øvrige innsatte i punkt 5.4 i rapporten:

> «De ansatte på internatet fikk i all hovedsak gode tilbakemeldinger fra de internerte. Mange uttalte at de ansatte behandlet dem respektfullt og gav dem nødvendig bistand til daglige gjøremål.»

Departementet mener videre at det må legges vesentlig vekt på at det nå arbeides for å etablere en egen enhet utenfor Trandum for internering av barnefamilier. Flere av de sentrale bekymringene som etter ulike aktørers syn er knyttet til innsettelser på Trandum, vil dermed uansett få mindre aktualitet.

I høringsnotatet foreslo departementet følgende nye ordning:

1. Første gangs kjennelse om internering skal bare kunne gjelde for tre døgn.
2. Dersom det er behov for internering ut over tre døgn, kan en ny periode fastsettes til maksimalt tre døgn. Før tingretten avgjør spørsmålet om internering ut over den første tredøgnsperioden, vil man på denne måten kunne sikre at barneverntjenesten får møtt familien og barnet, og kan foreta en individuell vurdering som kan inngå i grunnlagsmaterialet for rettens vurdering.
3. Det fastsettes at det i utgangspunktet ikke skal kunne avsies flere kjennelser om internering overfor et barn som har vært frihetsberøvet i 3 + 3 døgn (pluss eventuelt ett døgn i forbindelse med den innledende pågripelsen), med mindre behovet for internering skyldes at familien selv aktivt har motarbeidet utsendelsen etter innsettingen på utlendingsinternat eller en annen «særlig grunn» tilsier det. Som eksempler på «annen særlig grunn» ble det vist til at det er avdekket konkrete planer om unndragelse, at familien tidligere har unndratt seg utsendelse ved å holde seg skjult for politiet, at familien har forsøkt å reise videre til et tredjeland innenfor Schengen, men har blitt returnert til Norge i henhold til Dublin-regelverket, at familien har sittet i kirkeasyl osv. Dersom det finnes grunnlag for å forlenge interneringen også etter at familien har vært tilbakeholdt 3+3 døgn, var forslaget at dette maksimalt kan besluttes for 1 uke av gangen.

Departementet har merket seg at flere høringsinstanser mener at det bør gjelde en svært kort maksimalfrist for innsettelsesperioden i utlendingsinternatet. Et underliggende synspunkt i denne sammenheng er at politiet ikke skal pågripe før det ligger til rette for umiddelbar uttransportering. Departementet mener imidlertid at det må påregnes at det i enkelte tilfeller er behov for å holde en familie noe tid før uttransportering lar seg gjennomføre. Følgende eksempler nevnes:

1. Familie A med tre barn på 5, 12 og 17 år, har fått avslag på asylsøknaden fra UNE. De nekter å samarbeide om assistert retur, og blir pågrepet for uttransportering etter utløpet av utreisefristen. I forbindelse med pågripelsen, klarer deres sønn på 17 år å unnslippe og går i skjul. Politiet forventer å finne ham i løpet av et par dager. Fremfor å slippe familien og risikere behov for en ny pågripelse av familien i løpet av kort tid, mener politiet at det er forenlig med hensynet til barnas beste at familien begjæres internert i 3 døgn for sannsynlig uttransportering i løpet av 3–6 døgn.
2. Familien B med to barn på 5 og 7 år har gått i skjul i Norge. Politiet blir kjent med hvor de oppholder seg, og det er viktig å gjennomføre pågripelse og uttransportering for å hindre at det skapes en situasjon med barn som lever i skjul i Norge over tid. Etter pågripelse må politiet fremstille familien for hjemlandets ambassade for uttransportering, men ambassaden opplyser at den trenger 1–2 uker for å bekrefte familiens identitet og akseptere dem for innreise. Det fremstår klart at pågripelsen har vært en opprivende opplevelse for barna, men situasjonen rundt familien på Trandum er nå rolig. Det er ingen andre familier innsatt der, og familien disponerer fellesrommet alene. Det er lagt opp til besøkstur utenfor internatområdet for familien i løpet av perioden.
3. Familien C med to barn på 15 og 17 år er klare for uttransportering 1 uke etter pågripelse. De motsetter seg fysisk i forbindelse med ombordstigning i flyet, og flyselskapet nekter å ta familien om bord. Politiet finner det sannsynlig at en løslatelse av familien både skaper stor risiko for unndragelse og at det kan oppmuntre også andre familier til fysisk å motarbeide uttransportering. Politiet begjærer derfor internering i ytterligere tre døgn inntil det vil være mulig å forsøke en ny uttransportering med økt antall tjenestepersonell i reiseføLget.

Departementet understreker at en kort maksimal interneringsfrist – for eksempel på 48 timer, slik som Redd Barna og Norsk Folkehjelp har foreslått – ville være alt for kort. Og departementet mener at det uansett er uheldig å fastsette en absolutt frist som ikke åpner for unntak og som kan virke som et mål for trenering for dem som vil motsette seg retur.

Departementet mener at statistikken viser at politiet legger stor vekt på å unngå langvarige interneringsperioder, og at det må være rom for å vurdere varigheten individuelt og konkret, herunder ved at det tas hensyn til forholdene under interneringsperioden. Det er åpenbart at det kan være store forskjeller i hvordan et opphold på Trandum vil oppleves:

- Er familien alene på familieenheten?
- Hvor lenge har barna vært i Norge? Det kan være svært viktig om det er tale om barn som har hele sin barndom i Norge, eller om det er barn som nylig er kommet til Norge.
- Hvilken opplevelse har barna med seg av forholdene i hjemlandet?
- Er det klarlagt når uttransportering skal skje, slik at familien har noe konkret å forholde seg til?
- Hvor gamle er barna?
- Hvordan takler foreldrene situasjonen?
- Blir barna tatt med på turer utenfor internatområdet?

Departementet ga i høringen flere eksempler på situasjoner som skulle kunne gi «særlig grunn» til å internere ut over 3 + 3 døgn. Departementet har forståelse for innvendingene i høringsrunden om at fremstillingen kan gi inntrykk av en for vidtrekkende adgang til å internere ut over 3 + 3 døgn. Det må derfor gjøres tydeligere at det skal gjelde kvalifiserte vilkår for å kunne holde noen internert i mer enn 6–7 døgn.

I lovforslaget har departementet inntatt en bestemmelse om interneringen bare skal kunne forlenges dersom det foreligger «særlige og sterke grunner». Videre har departementet foreslått å presisere i lovteksten at dette i første rekke er aktuelt dersom familien eller barnet selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har latt seg gjennomføre innen 6 døgn etter pågripelse, eller dersom det er klarlagt et tidspunkt for uttransportering som ligger nær i tid.

Enkelte høringsinstanser har påpekt at det ikke har betydning for vurderingen etter EMK artikkel 3 om familien selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har kunnet skje tidligere.

Det understrekes derfor at det selvsagt er en forutsetning for å forlenge interneringen ut over 3 + 3 døgn at det foretas en konkret helhetsvurdering, jf. for eksempel betydningen av den type momenter som er listet opp ovenfor, og at internering i det konkrete tilfellet ikke vurderes å stride mot EMK artikkel 3. I denne forbindelse vil det også ha betydning hvor godt tilrettelagte forhold som etableres ved den nye familieenheten. Politiet arbeider med sikte på at familieenheten skal være på plass i løpet av 2017, og den skal ligge utenfor Trandum og ha et mer sivilt preg.

Tilsvarende må det selvsagt alltid foretas en konkret og individuell vurdering av om internering – særlig hvor denne skal vare ut over noen få dager – er forholdsmessig etter EMK artikkel 8 mv. Også her vil den type momenter som er listet opp ovenfor kunne være av sentral betydning.

7.7.9 Særskilt om enslige mindreårige

Departementet understreker at tvangsmessig uttransportering av enslige mindreårige forekommer svært sjelden. Dette har sammenheng med at enslige mindreårige ikke blir ilagt utreiseplikt med mindre det kan legges til grunn at de har en omsorgsperson i hjemlandet. Selv om en enslig mindreårig mellom 16 og 18 år ikke oppfyller vilkårene for oppholdstillatelse, gis vedkommende opphold frem til han eller hun fyller 18 år, dersom det ikke finnes omsorgsperson i hjemlandet.

Dette vil imidlertid stille seg annerledes dersom det for eksempel gjelder uttransportering til et annet europeisk land i medhold av Dublin-regelverket av en enslig mindreårige som forsøker å unndra seg.

Uansett er det klare utgangspunkt at både tvangsmessig uttransportering, pågripelse og internering, er svært sjeldent når det gjelder enslige mindreårige. Statistikk fra Politiets utlendingsenhet viser at innsettelser av enslige mindreårige på Politiets utlendingsinternat på Trandum var seks i 2014, fire i 2015 og tolv i 2016. Statistikken tar utgangspunkt i oppgitt alder, og er ikke korrigert selv om utlendingsforvaltningen i flere saker har lagt til grunn at personer er 18 år eller eldre. I tallgrunnlaget er det ikke medregnet alle pågripelser og interneringer som inngikk i det såkalte Afghanistan-prosjektet medio november 2016. I sakene i dette prosjektet anførte samtlige å være mindreårige. Det ble tatt aldersundersøkelser i alle sakene, og etter UDI og UNEs vurdering var ikke personene å anse som mindreårige.

Det forekommer også at enslige mindreårige blir pågrepet og begjært internert av politidistrikter. I slike tilfeller er det ikke uvanlig at personen også er mistenkt for straffbare forhold. Det hender da at utlendingen blir holdt i politiarrest eller i et fengsel med ungdomsenhet frem til uttransportering, eller i påvente av overføring til Politiets utlendingsinternat på Trandum.

I den grad det forekommer tvangsutsendelse og pågripelse av enslige mindreårige, er det svært sjelden at det er behov for å begjære internering. Det klare hovedregelen er således at uttransportering skjer samme dag eller dagen etter. Som eksempel vises det til innsettelsene i 2016. Av de tolv som var innsatt på Trandum i 2016, var det bare fire personer som ble internert. De resterende åtte var kun pågrepet og hadde botid på ett døgn eller mindre.

Når det gjelder synspunktene fra UNHCR om å unngå internering av enslige mindreårige, oppfatter departementet dette som politiske anbefalinger, og ikke som uttrykk for tolkninger av folkeretten. UNHCR henviser til enkelte avgjørelser hvor EMD har kommet til at internering av enslige mindreårige har vært i strid med ulike bestemmelser i EMK. Det fremkommer imidlertid ikke av disse avgjørelsene at EMD har ansett at det foreligger en generell hindring mot å benytte frihetsberøvelse overfor enslige mindreårige; avgjørelsene er basert på vurderinger i de konkrete sakene. Samtidig er det selvsagt – og helt i tråd med det som er departementets syn – at pågripelse og internering av enslige mindreårige (og barn i barnefamilier) bare skal kunne skje som en siste utvei. Som det fremgår i kapittel 7.7.2 ovenfor, foreslår departementet nå å fastslå dette uttrykkelig i loven.

Som nevnt vil det forekomme tilfeller hvor pågripelse er helt nødvendig for å få gjennomført en Dublin-retur, og det vil forekomme tilfeller hvor det er grunn til innplassering på utlendingsinternat av for eksempel alvorlig kriminelle under 18 år som er utvist og som det pågår en prosess med å uttransportere. Det er også et praktisk problem at personer som pågripes av politiet i forbindelse med kontroller eller annet politiarbeid, anfører at de er under 18 år for å unngå pågripelse og internering på utlendingsrettslig grunnlag. Selv om det ikke kan tas endelig stilling til aldersfastsettelse umiddelbart, må politiet gjøre en vurdering.

Departementet fastholder at det er behov for å anvende pågripelse og internering også i særskilte unntakstilfeller som gjelder enslige mindreårige.

7.7.10 Beviskrav ved vurderingen av alder

Det er et kjent praktisk problem at mange utlendinger oppgir å være mindreårige uten å ha papirer som bekrefter dette. Dette kan for eksempel skje i forbindelse med fremsettelse av en søknad om beskyttelse, eller i forbindelse med pågripelse og etterforskning i en straffesak. I mange saker vil det foreligge vedtak hvor utlendingsmyndighetene har tatt stilling til alderen, men ikke i alle.

Aldersfastsettelse kan ha stor betydning for spørsmålet om en oppholdstillatelse skal gis. Et barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen, jf. § 38 tredje ledd. Det er viktig å sikre at mindreårige gis de rettigheter som de har krav på. Samtidig er det åpenbart at når barn gis særskilte rettigheter, øker faren for at overårige utlendinger oppgir uriktige opplysninger om sin identitet i håp om å bedre sine sjanser for opphold.

Det er også nødvendig å ta stilling til om utlendingen er mindreårig før det besluttes å bruke tvangsmidler i en sak etter utlendingsloven. Aldersvurderingen vil blant annet ha betydning for vilkårene for pågripelse og internering, og for fremstillingsfrist og barnevernets rolle i interneringsmøtet. En problemstilling blir da hvilket beviskrav som skal gjelde ved vurderingen av utlendingens alder.

I sivile saker er hovedregelen at det er det mest sannsynlige faktum som skal legges til grunn. Denne hovedregelen gjelder også ved krav til bevis i forbindelse med prosessuelle forhold i straffesaker, jf. Rt. 1994 s. 1139 og Rt. 2004 s. 1561.

I saker om pågripelse og internering etter utlendingsloven mener departementet at det i tråd med det alminnelige prinsippet innenfor sivilretten, og i tråd med det som er hovedregelen i straffeprosessen, bør regnes som tilstrekkelig bevist at utlendingen ikke er mindreårig, dersom dette fremstår som mest sannsynlig (sannsynlighetsovervekt). Dette beviskravet ble også lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg i kjennelse av 29. mars 2017 (HR-2017-664-U). Dersom begge muligheter fremstår som like sannsynlige, må tvilen komme utlendingen til gode, jf. hovedregelen om tvilsrisiko i sivile saker. Departementet mener at dette er gjeldende rett, og det foreslås derfor ingen særskilt lovregulering av beviskravet i utlendingsloven.

En annen sak er at noen bevis i seg selv kan inneholde en viss grad av usikkerhet. Dette gjelder blant annet ved medisinske aldersundersøkelser. En eventuell usikkerhet ved et bevis hører til *bevisvurderingen*, og innebærer ikke at det generelle beviskravet endres, jf. også Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse av 29. mars 2017 (HR-2017-664-U) avsnitt 16. Politiet og retten må – her som ellers – ta stilling til det aktuelle beviset, herunder dets kvalitet, og hvilken vekt det bør ha i en helhetlig vurdering av hvilket faktum som fremstår som mest sannsynlig. En slik konkret vurdering må gjøres i den enkelte sak.

Aldersfastsettelse er et fagområde i utvikling. Folkehelseinstituttet fikk fra 1. januar 2016 det nasjonale fagansvaret for medisinske aldersundersøkelser av enslige mindreårige asylsøkere og for forskning og utvikling på fagområdet. Oppgaven ble lagt til Avdeling for rettsmedisinske fag, som fra 1.januar 2017 ble overført til Oslo universitetssykehus. Etter en gjennomgang av publisert vitenskapelig litteratur har Avdeling for rettsmedisinske fag lagt fram en kunnskapsoppsummering om de metodene som har vært brukt til nå (en sammenstilling av røntgenundersøkelse av håndrot og tenner). Målet er at metodene som benyttes skal være vitenskapelig basert, objektive og med så lite skjønn som mulig. Det arbeides også med å utvikle nye metoder for aldersestimering. Ny kunnskap kan føre til at nye metoder tas i bruk, og at eldre metoder endres. Departementet mener derfor at det vil være lite hensiktsmessig å gi noen nærmere regulering av hvilke bevis som kan benyttes og hvilken vekt slike bevis bør ha, og at dette er problemstillinger som må finne sine løsninger gjennom praksis.

8 Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted

8.1 Gjeldende rett

Utlendingsloven § 105 gir hjemmel for pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted. De materielle vilkårene fremgår av første ledd.

I § 105 annet ledd er det gitt prosessuelle regler om hvem som treffer beslutning om meldeplikt og bestemt oppholdssted, og det går frem at utlendingen har rett til å kreve domstolsbehandling. Videre er det vist til at straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187 a gjelder «så langt de passer». Her fremkommer det blant annet regler om skriftlighet, saksbehandling i tingretten og løslatelse, jf. kronologisk gjennomgang nedenfor.

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

Utlendingsloven § 105 (meldeplikt og bestemt oppholdssted) lyder:

> En utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når
> a. utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,
> b. det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
> c. utlendingen er asylsøker eller har ulovlig opphold og er ilagt straff for et straffbart forhold eller treffes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold, som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder,
> d. det eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73,
> e. utlendingens søknad om beskyttelse har blitt eller mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd, eller
> f. utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer.
>
> Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for meldeplikt og bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde pålegget. Politiet sørger for at den som rammes av pålegget om meldeplikt og bestemt oppholdssted, blir gjort kjent med denne retten. Straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187 a gjelder tilsvarende så langt de passer.
>
> Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter første ledd.

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

8.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

8.2.1.1 Straffeprosessloven § 175 første ledd annet punktum

Straffeprosessloven § 175 første ledd gjelder direkte pågripelse og lyder:

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

Utlendingsloven § 105 viser her bare til § 175 første ledd annet punktum om beslutningsform (ved

pågripelse). Det fastsettes her at beslutningen om meldeplikt og bestemt oppholdssted skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget. I høringsnotatet ble det foreslått at dette heller skal fremgå direkte av utlendingsloven § 105.

8.2.1.2 Straffeprosessloven § 184

Straffeprosessloven § 184 gjelder direkte fengslingsbeslutninger og er sitert i kapittel 6.4.2.10 ovenfor.

Det er noe uklart hvorfor det er henvist til hele § 184. I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 352 pekes det på at henvisningen innebærer «at pålegg ikke kan ilegges eller opprettholdes hvis det ikke er tilstrekkelig grunn til det eller dersom det fremstår som et uforholdsmessig inngrep». Dette følger imidlertid allerede av utlendingsloven § 99 første ledd. Derimot er det relevant at bestemmelsen i første ledd fastsetter at retten skal treffe sin avgjørelse ved kjennelse og så vidt mulig innen rettsmøtets slutning. I høringsnotatet ble det foreslått at dette skal fremgå uttrykkelig av utlendingsloven § 105.

8.2.1.3 Straffeprosessloven § 187 a

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

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

Bestemmelsen regulerer løslatelse fra varetektsfengsling når grunnen er falt bort. Henvisningen fra § 105 innebærer at pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted skal opphøre når grunnlaget ikke lenger er til stede. Departementet foreslo at dette i stedet skal fremgå direkte av utlendingsloven § 105.

8.2.2 Høringsinstansenes syn

Politidirektoratet og *Politiets utlendingsenhet støtter forslagene.*

Advokatforeningen støtter også forslagene, men bemerker at det bør beskrives hvilket brudd på utlendingsloven som er begått og angis hvilket vedtak som ikke er etterfulgt. Grunnen til at det er viktig å angi type vedtak, er fordi det gjelder forskjellige regler for utsatt iverksetting, jf. utlendingsloven § 90, avhengig av hva slags vedtak det dreier seg om. I tilfelle Politiets utlendingsenhet begjærer internering av en utlending på grunnlag av fare for unndragelse, uten at vedtaket er endelig, er det således av stor betydning hva slags vedtak det dreier seg om.

8.2.3 Departementets vurdering

Departementet fastholder forslagene om at det skal presiseres i utlendingsloven at beslutninger om meldeplikt og bestemt oppholdssted skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget. Kravet til begrunnelse innebærer at det kort må opplyses om det rettslige og faktiske grunnlaget for pålegget. Har pålegget tilknytning til en underliggende sak etter utlendingsloven, bør det fremgå av beslutningen hvilken sak dette gjelder og når siste avgjørelse i saken er truffet.

Departementet opprettholder også forslagene om at det skal presiseres i utlendingsloven at retten skal treffe sin avgjørelse ved kjennelse og så vidt mulig innen rettsmøtets slutning, samt at pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted skal opphøre når grunnlaget ikke lenger er til stede.

Presiseringene i utlendingsloven innebærer at henvisningene i § 105 til straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187 a kan utgå.

9 Undersøkelser

9.1 Gjeldende rett

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

Vilkårene i første ledd suppleres av annet ledd, som stiller opp nærmere vilkår for bruk av undersøkelser som nevnt i punktlisten i første ledd. Vilkårene er blant annet knyttet til vedkommendes utlendingsrettslige status. Departementet viser til kapittel 11.1 for en nærmere drøftelse.

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

Det kan bemerkes at begrepet «undersøkelser» benyttes i stedet for «ransaking» for å markere at det dreier seg om et tiltak som iverksettes i forbindelse med en utlendingssak og ikke i straffesak. I mange tilfeller vil det imidlertid være mulig for politiet å velge straffesakssporet, se kapittel 6.3.1. Ransaking er regulert i straffeprosessloven kapittel 15 (§§ 192 til 202). Visitasjon ved grensekontroll, jf. utlendingsloven § 15, eller i medhold av politiloven § 10, vil for øvrig også kunne være alternative hjemler for undersøkelse av person. Utlendingsloven § 103 regulerer ikke bruken av disse hjemlene.

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

> Det kan foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen
>
> a. ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, oppgir uriktig identitet, eller skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse,
> b. har penger eller andre formuesgoder som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen som utlendingen har plikt til å dekke, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke frivillig vil dekke utgiftene, eller
> c. har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. § 106 a.
>
> Det er ikke adgang til undersøkelse av utlendingens bolig etter første ledd bokstav b og c, med mindre utlendingen har ulovlig opphold som omfattes av straffebestemmelsen i § 108 eller det gjelder undersøkelse etter bokstav c, og utlendingen har unnlatt å etterkomme et pålegg etter § 21 eller § 83 om å legge frem reisedokumenter.
>
> Uten utlendingens skriftlige samtykke kan undersøkelser som nevnt i første ledd bare foretas etter beslutning fra retten. Er det fare ved opphold, kan beslutningen treffes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med undersøkelsen og hva undersøkelsen omfatter. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før undersøkelsen foretas, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med undersøkelsen.
>
> Reglene i straffeprosessloven §§ 198 til 202 gjelder så langt de passer.

I det følgende vil departementet gjennomgå utlendingslovens henvisninger til straffeprosessloven §§ 198 til 202 og gi en vurdering av hvilke bestem-

melser som bør innarbeides direkte i utlendingsloven eller videreføres gjennom henvisninger.

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

9.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

9.2.1.1 Straffeprosessloven § 198 – Ransaking uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten

Straffeprosessloven § 198 lyder (departementets tilføyelse):

> Uten beslutning som nevnt i § 197 [av retten eller påtalemyndigheten] kan politimann foreta ransaking:
>
> 1) på sted som nevnt i § 193,
>
> 2) når mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor, eller
>
> 3) når det er sterk mistanke om en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, og det er nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers vil forspilles.
>
> Personlig ransaking av andre enn mistenkte kan likevel ikke foretas uten samtykke eller beslutning som nevnt i § 197. Første ledd nummer 3 gjelder ikke ved ransaking av redaksjonslokale eller tilsvarende.
>
> Politimann som ifølge påtalemyndighetens eller rettens beslutning skal pågripe en mistenkt, kan i dette øyemed foreta ransaking av hans bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at han oppholder seg.

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

Første ledd nr. 1 gjelder ransaking på steder som nevnt i straffeprosessloven § 193, det vil si offentlig tilgjengelig bygning, hus der det drives virksomhet i kraft av offentlig bevilling (for eksempel skjenkesteder) og militære bygninger og rom. Den «doble» henvisningen (dvs. henvisningen til straffeprosessloven § 198 som igjen henviser til § 193) er uheldig. I høringsnotatet ble det foreslått å innarbeide en kombinasjon av straffeprosessloven §§ 193 og 198 første ledd nr. 1 i utlendingsloven § 103.

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

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

Tredje ledd, som gjelder ransakelse i forbindelse med pågripelse, er praktisk viktig også i utlendingssaker. Bestemmelsen innebærer at i ethvert tilfelle der det er gjort beslutning om pågripelse, kan den politimannen som pågriper utlendingen også foreta husransaking. Departementet foreslo å innarbeide denne regelen i utlendingsloven § 103.

Departementet foreslo at henvisningen til straffeprosessloven § 198 kunne strykes.

9.2.1.2 Straffeprosessloven § 199 – Iverksettelse av ransaking

Straffeprosessloven § 199 lyder:

> Ransakingen settes i verk av politiet så vidt mulig i nærvær av et vitne, som ikke må være ugild etter reglene i domstolsloven § 110 annet ledd.
>
> Det skal på stedet eller snarest mulig settes opp en rapport om ransakingen, og den skal medundertegnes av vitnet.

Denne bestemmelsen passer også i utlendingssaker. I høringsnotatet ble det lagt til grunn at bestemmelsen ikke er så sentral at den må fremgå av utlendingsloven § 103. Det ble derfor forslått å videreføre henvisningen.

9.2.1.3 Straffeprosessloven § 199 a – Ransaking av datasystem

Straffeprosessloven § 199 a lyder:

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

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

I høringsnotatet ble henvisningen foreslått videreført.

9.2.1.4 Straffeprosessloven § 200 – Opplysningsplikt og tilstedeværelse under ransaking

Straffeprosessloven § 200 lyder:

> Før ransaking settes i verk, skal beslutningen leses opp eller forevises. Foreligger det ikke skriftlig beslutning, skal det opplyses om hva saken gjelder og formålet med ransakingen.
>
> Skal noens bolig eller rom ransakes, skal han eller – om han er fraværende – en av hans husstand eller en nabo tilkalles når det kan skje uten opphold. Ved ransaking av redaksjonslokale skal i stedet redaktøren eller dennes stedfortreder tilkalles, når det kan skje uten opphold. Om nødvendig kan det åpnes adgang med makt. Det som er brutt opp, skal så vidt mulig lukkes til etter ransakingen.

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

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

Annet ledd annet punktum gjelder ransaking av redaksjonslokale. Det synes usannsynlig at en slik situasjon skulle oppstå i en utlendingssak. Som det påpekes i Tvangsmiddelrapporten, er det imidlertid en prinsipielt viktig bestemmelse.

Annet ledd tredje punktum åpner for at politiet kan åpne rom, bolig mv. med makt. Fjerde punktum slår fast at det som er brutt opp, så vidt mulig skal lukkes etter ransakingen. Disse bestemmelsene passer også i utlendingssaker.

Departementet foreslo i høringsnotatet å videreføre henvisningen til § 200 annet ledd i sin helhet.

9.2.1.5 Straffeprosessloven § 200 a – Hemmelig ransaking

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

I høringsnotatet ble det foreslått å sløyfe henvisningen.

9.2.1.6 Straffeprosessloven § 201 – Gjennomføring av ransaking

Straffeprosessloven § 201 lyder:

> Ransakingen foretas så skånsomt som forholdene tillater. Bare i påtrengende tilfelle bør den foretas på helligdager eller om natten (mellom kl. 21 og kl. 06), dersom det ikke gjelder hus eller rom der det også til slik tid er alminnelig adgang.
>
> Når hensynet til ærbarhet tilsier det, skal personlig ransaking utføres ved en person av samme kjønn som den ransakingen gjelder.

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

9.2.1.7 Straffeprosessloven § 202 – Undersøkelser i etterforskingsøyemed

Straffeprosessloven § 202 lyder:

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

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

Departementet legger til grunn at bestemmelsen har minimal, om noen, praktisk betydning i utlendingssaker. Det er heller ikke tale om noen materiell regel.

I Tvangsmiddelrapporten ble det foreslått å fjerne henvisningen, og dette ble fulgt opp i høringsnotatet.

9.2.2 Høringsinstansenes syn

Forslagene i høringsnotatet blir støttet av de høringsinstanser som uttaler seg.

Oslo politidistrikt har noen særlige bemerkninger til forslaget om å innarbeide straffeprosessloven § 198 tredje ledd (husundersøkelse i pågripelsesøyemed):

> «For det første synes departementets redegjørelse for dette under pkt. 7.2.2 [i høringsnotatet] å gå ut på at i ethvert tilfelle det er gjort beslutning om pågripelse, kan den politimannen som pågriper utlendingen også foreta husundersøkelse. Dette samsvarer ikke med den foreslåtte ordlyd i § 103 tredje ledd fjerde punktum, som hjemler undersøkelse for disse tilfellene i pågripelsesøyemed. Det antas at intensjonen er at bestemmelsen innholdsmessig skal være i samsvar med straffeprosessloven § 198, slik at den favnet adgang til undersøkelse med sikte på å pågripe. For det andre hersker det etter vår oppfatning tvil om departementet her mener alle pågripelser generelt, eller kun pågripelser på bakgrunn av beslutning fra politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt eller retten, sml. straffeprosessloven § 198. For det tilfelle at utlendingsloven er ment å samsvare med eksisterende bestemmelsen i straffeprosessloven, synes det hensiktsmessig å presisere dette i lovteksten og med det fjerne henvisningen til utlendingsloven §§ 106 og 106 a. Følgende formulering foreslås: «*Polititjenestemann som etter beslutning fra retten eller politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt skal pågripe en utlending, kan i dette øyemed foreta undersøkelse av utlendingens bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at utlendingen oppholder seg.*»
>
> Tildeling av kompetanse også for polititjenestemenn til å foreta undersøkelse etter denne bestemmelsen harmonerer i mye større grad med adgangen til ransaking etter straffeprosessloven, og en endring her har gode grunner for seg. Det har tidligere hersket tvil rundt hvorvidt en polititjenestemann i det hele tatt har hatt anledning til å beslutte slike undersøkelser. I tilfeller hvor det er fare ved opphold synes det i mange tilfellet lite hensiktsmessig at politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt må ta beslutningen. De foreslåtte innarbeidelsene i bestemmelsen favner etter vår oppfatning de tilfellet hvor det haster og det følgelig er polititjenestemannen som er nærmest til raskt å ta beslutningen.»

Politiets utlendingsenhet mener betegnelsen «polititjenesteperson» er å foretrekke fremfor «polititjenestemann».

Advokatforeningen etterlyser en vurdering av forholdet til Grunnloven § 102 som bestemmer at husransakelser ikke må finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Politidirektoratet og *Politiets utlendingsenhet* mener at det bør vurderes om det skal inntas en egen bestemmelse i utlendingsloven om tredjemannsundersøkelser.

Politidirektoratet, Politiets sikkerhetstjeneste og *Politiets utlendingsenhet* påpeker ellers at det er et misforhold mellom adgangen til å undersøke etter (§ 103) og til å ta beslag (§ 104). Utlendingsloven § 103 gir hjemmel til å undersøke dersom det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse. Det er imidlertid ikke gitt korresponderende hjemmel i § 104 til å ta beslag dersom slike opplysninger avdekkes.

9.2.3 Departementets vurdering

Henvisninger til bestemmelser i straffeprosessloven som foreslås innarbeidet

Når det gjelder straffeprosessloven § 198 (ransaking uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten), foreslo departementet i høringen at de relevante delene av denne bestemmelsen burde innarbeides direkte i utlendingsloven. Ingen av høringsinstansene har hatt innvendinger til dette. Departementet fastholder derfor forslaget om delvis innarbeiding, jf. lovforslaget § 103 tredje ledd.

Når det gjelder straffeprosessloven § 198 tredje ledd (husundersøkelse i pågripelsesøyemed) har departementet kommet til at ordlyden som det ble foreslått i høringsnotatet å innarbeide i utlendingsloven, bør justeres noe. Mens det i høringsnotatet var foreslått at en polititjenestemann som skal pågripe en utlending, skulle kunne foreta undersøkelse i pågripelsesøyemed, er det nå presisert i lovforslaget at kompetansen bare gjelder for polititjenestemann som har fått kompetanse til å pågripe av politimesteren eller den politimesteren har gitt fullmakt, jf. lovforslaget § 103 tredje ledd fjerde punktum. Bestemmelsen blir dermed i samsvar med straffeprosessloven. Ingen av høringsinstansene hadde innvendinger mot dette.

Departementet antar at det i noen tilfeller kan være nødvendig at en polititjenestemann foretar undersøkelser uten beslutning fra retten eller politimesteren eller den politimesteren har gitt fullmakt. Selv om det i mange tilfeller vil være mulig å forelegge spørsmålet for en ansvarlig jurist, er det ikke gitt at dette alltid kan skje når det er fare ved opphold. Departementet fastholder derfor forslaget om at det skal inntas en bestemmelse i utlendingsloven § 103 tredje ledd femte punktum som gir en polititjenestemann hjemmel til å foreta undersøkelse når vedkommende har kompetanse til å pågripe fordi det er fare ved opphold.

Henvisninger til bestemmelser i straffeprosessloven som foreslås beholdt

- § 199 (vitne til ransaking),
- § 199 a (pålegg om å gi politiet adgang til datasystem ved ransaking)
- § 200 annet ledd (tilkalling av medlem av husstand eller nabo ved ransaking, og om å åpne adgang med makt mv.)
- § 201 (skånsom ransaking).

Ingen av høringsinstansene hadde merknad til forslaget.

Henvisninger til bestemmelser i straffeprosessloven som foreslås strøket

- § 200 første ledd (opplysningsplikt),
- § 200 a (hemmelig ransaking)
- § 202 (undersøkelser i etterforskingsøyemed).

Ingen av høringsinstansene hadde merknad til forslaget.

I høringen etterlyser Advokatforeningen en vurdering av forholdet mellom undersøkelse etter § 103 og Grunnloven § 102 første ledd annet punktum («Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller»). Departementet viser til at dette spørsmålet ble drøftet i Prop. 138 L (2010–2011) på s. 26–27 og 58. Begrensningene i adgangen til husransakelser etter Grunnloven § 102 er bakgrunnen for at utlendingsloven § 103 annet ledd skjerper vilkårene for å foreta undersøkelser av utlendingens bolig.

Departementet har merket seg uttalelsene fra politiet om forholdet mellom undersøkelse og beslag vedrørende opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse. Dette er noe departementet vil vurdere videre. Det samme gjelder spørsmålet om det bør gis hjemmel i utlendingsloven til tredjemannsundersøkelser.

10 Beslag

10.1 Gjeldende rett

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

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

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

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

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

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

Utlendingsloven § 104 lyder:

> Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydningen for retten til opphold i riket.
>
> Når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, kan det foretas beslag av reisedokumenter og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet. Tilsvarende kan det foretas beslag av billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om størrelsen på beløpet som kan beslaglegges.
>
> Det kan foretas beslag av reisedokumenter til utlendinger hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73.
>
> Avgjørelsen om beslag besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før beslaget iverksettes, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal

det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget.

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

Enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. Politiet sørger for at den som rammes av beslaget, blir gjort kjent med denne retten. Reglene i straffeprosessloven kapittel 16, med unntak av §§ 208 a og 210-212, gjelder så langt de passer.

I det følgende foretas det en gjennomgang av straffeprosessloven kapittel 16 (med unntak av §§ 208 a og 210-212) og en vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides og hvilke det eventuelt fortsatt bør henvises til i utlendingsloven.

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

10.2.1 Straffeprosessloven § 203 – Hva som er gjenstand for beslag

10.2.1.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 203 lyder:

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

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

I høringsnotatet ble det foreslått at henvisningen til straffeprosessloven § 203 kan utgå.

10.2.1.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

10.2.1.3 Departementets vurdering

Departementet mener at straffeprosessloven § 203 ikke passer i utlendingssaker. Henvisningen til bestemmelsen bør derfor utgå.

10.2.2 Straffeprosessloven § 204 – Forbud mot beslag

10.2.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 204 lyder:

> Det kan ikke tas beslag i dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117-121 og 124-125, og som besittes enten av den som kan nekte å forklare seg, eller av den som har rettslig interesse i hemmelighold. I den utstrekning det etter de nevnte bestemmelser kan pålegges vitneplikt i visse tilfelle, gjelder dette tilsvarende for adgangen til beslag.
>
> Forbudet i første ledd gjelder ikke dokumenter eller annet som inneholder betroelser mellom personer som er mistenkt for å være medskyldige i det straffbare forhold. Det er heller ikke til hinder for at dokumenter eller annet blir fratatt urettmessig besitter for å muliggjøre overlevering til rette vedkommende.

Bestemmelsen begrenser beslagsadgangen i § 203 og regulerer tilfeller hvor vitner kan nekte gi forklaring eller ikke har lov til å gi forklaring, blant annet på grunn av lovbestemt taushetsplikt eller av hensyn til forretningshemmeligheter. Utlendingslovens § 104 regulerer beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere en utlendings identitet.

I høringsnotatet la departementet til grunn at bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker. Henvisningen til § 204 ble derfor foreslått fjernet.

10.2.2.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen mener at bestemmelsen også kan være relevant i utlendingssaker. Eksempler kan være dokumenter med kommunikasjon mellom utlendingen og utlendingens advokat eller med helsepersonell. Slike dokumenter kan inneholde opplysninger av betydning for utlendingens identitet, slik at de omfattes av det saklige anvendelsesområdet for beslagsbestemmelsen. Etter Advokatforeningens syn kan det imidlertid ikke være tvilsomt at slike dokumenter bør unntas fra beslag, og bestemmelsen bør derfor beholdes.

Politiets utlendingsenhet er enig i at bestemmelsen ikke er relevant og at henvisningen skal sløyfes. Politiets utlendingsenhet påpeker at det vil være hensiktsmessig dersom utlendingsloven hadde en hjemmel for utleveringspålegg, og ber om at departementet tar dette til vurdering.

10.2.2.3 Departementets vurdering

Departementet har merket seg Advokatforeningens uttalelser om at det ikke kan være tvilsomt at kommunikasjon mellom utlendingens advokat eller med helsepersonell bør unntas fra beslag, og at henvisningen til § 204 derfor bør beholdes. Departementet er enig i dette for så vidt gjelder beslag av dokumenter eller annet som er i tredje persons besittelse. Det foreslås derfor at henvisningen til § 204 skal beholdes.

Forbudet mot beslag etter § 204 gjelder imidlertid ikke når gjenstanden besittes av noen som har plikt til å forklare seg om innholdet i denne. Det vesentlige ved forståelsen av § 204 er at den skal beskytte opplysninger som er dekket av retten til å nekte forklaring etter de bestemmelser § 204 viser til, jf. Bjerke, Keiserud og Sæther, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, 4. utgave 2011, s. 714. I utlendingssaker vil utlendinger kunne pålegges opplysningsplikt, jf. utlendingsloven § 83. Henvisningen til straffeprosessloven § 204 vil derfor ikke være til hinder for at det kan være adgang til å ta beslag i dokumenter og annet som *utlendingen* besitter.

Departementet har også merket seg spørsmålene som reises av Politiets utlendingsenhet knyttet til om det bør gis en hjemmel for utleveringspålegg i utlendingsloven. Dette er noe departementet arbeider med å vurdere og vil komme tilbake til i en senere prosess.

10.2.3 Straffeprosessloven § 205 – Beslutning om beslag mv.

10.2.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 205 lyder:

> Beslag av ting som besitteren ikke vil utlevere frivillig, besluttes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Reglene i § 200 første ledd gjelder tilsvarende.
>
> Når påtalemyndigheten finner at særlige grunner foreligger, kan den bringe spørsmålet om beslag inn for retten. Reglene i denne paragrafs første ledd annet til fjerde punktum og § 209 gjelder tilsvarende for rettens beslutning om beslag. Bestemmelsene i § 208 første og tredje ledd gjelder også når beslag er besluttet av retten etter dette ledd.
>
> Dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, kan ikke beslaglegges uten rettens kjennelse, hvis ikke slikt pålegg allerede er gitt. Dersom politiet vil ta med dokumenter til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren.

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

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

Tredje ledd gjelder dokumenter med et innhold som bare retten kan pålegge noen å forklare seg om. I slike tilfeller kreves alltid rettskjennelse i forkant av beslaget. Det er lite tenkelig at bestemmelsen vil ha noen praktisk relevans i utlendingssaker.

I høringsnotatet ble det foreslått at henvisningen til § 205 utgår i sin helhet.

10.2.3.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet slutter seg til at henvisningen til § 205 kan utgå. De mener at det som er relevant i bestemmelsen allerede er regulert i utlendingsloven § 104.

Advokatforeningen støtter forslaget om å utelate henvisning til § 205 første ledd. Når det gjelder § 205 annet ledd, mener Advokatforeningen at i saker hvor utlendingen ønsker å bringe beslaget inn for retten, så må utlendingen få oppnevnt en prosessfullmektig, jf. utlendingsloven § 92. For øvrig har ikke Advokatforeningen noen merknader til at henvisningen til bestemmelsen sløyfes.

10.2.3.3 Departementets vurdering

Straffeprosessloven § 205 første ledd regulerer hvem som kan treffe beslutning om beslag og hvordan beslutningen skal nedtegnes og oppleses. Dette er allerede regulert i utlendingsloven § 104 fjerde ledd.

Straffeprosessloven § 205 annet ledd gir påtalemyndigheten en anledning til uoppfordret å bringe beslaget inn for retten, og regulerer rettens kompetanse i slike tilfeller. Utlendingsloven § 104 har ikke en tilsvarende regel, men utlendingen kan selv bringe beslaget inn for retten, jf. § 104 sjette ledd. Beslag i utlendingssaker har klare begrensninger, og departementet kan ikke se at det er behov for en tilsvarende regel i utlendingsloven. For øvrig bemerker departementet at det følger av utlendingsloven § 92 fjerde ledd tredje punktum at retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om beslag etter § 104 annet ledd, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig.

Straffeprosessloven § 205 tredje ledd gjelder dokumenter med et innhold som bare retten kan pålegge noen å forklare seg om. I slike tilfeller kreves alltid rettskjennelse i forkant av beslaget. Det er lite tenkelig at bestemmelsen vil ha noen praktisk relevans i utlendingssaker.

På bakgrunn av dette foreslår departementet at henvisningen til § 205 utgår i sin helhet.

10.2.4 Straffeprosessloven § 206 – Beslag uten beslutning av påtalemyndigheten

10.2.4.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 206 lyder:

> Uten beslutning av påtalemyndigheten kan politimann ta beslag når han setter i verk beslutning om ransaking eller pågripelse, og ellers når det er fare ved opphold. Beslag kan tas av enhver når den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.
>
> Beslaget skal straks meldes til påtalemyndigheten. Finner denne at beslaget bør opprettholdes, utferdiger den en skriftlig beslutning med slikt innhold som nevnt i § 205 første ledd annet punktum.

Bestemmelsen regulerer beslag ved fare ved opphold mv. Utlendingsloven § 104 femte ledd har egne regler om beslag ved fare ved opphold og i forbindelse med undersøkelser etter § 103, herunder regler som svarer til straffeprosessloven § 206 annet ledd.

Straffeprosessloven § 206 fastsetter også at beslag kan besluttes av polititjenestemann i forbindelse med *pågripelse*. Dette følger ikke eksplisitt av utlendingsloven § 104 femte ledd. Departementet antar imidlertid at vilkåret om *fare ved opphold* normalt vil være oppfylt når en utlending pågripes etter § 106.

I høringsnotatet ble det foreslått at straffeprosessloven § 206 kan utgå i sin helhet.

10.2.4.2 Høringsinstansenes syn

Oslo politidistrikt og *Politiets utlendingsenhet* er enig i departementets vurderinger og støtter departementets forslag.

10.2.4.3 Departementets vurdering

Utlendingsloven § 104 femte ledd har egne regler om beslag ved fare for opphold og i forbindelse med undersøkelse etter § 103, herunder regler som svarer til straffeprosessloven § 206 annet ledd.

Straffeprosessloven § 206 fastsetter også at beslag kan besluttes av polititjenestemann i forbindelse med *pågripelse*. Dette følger ikke eksplisitt av utlendingsloven § 104 femte ledd. Departementet antar imidlertid at vilkåret om *fare ved opphold* normalt vil være oppfylt når en utlending pågripes etter § 106. Det samme påpekes av høringsinstansene i høringen. Det er derfor ikke behov for en særskilt regel om beslag ved pågripelse.

Departementet opprettholder forslaget fra høringsnotatet om at henvisningen til straffeprosessloven § 206 kan utgå i sin helhet.

10.2.5 Straffeprosessloven § 207 – Gjennomføring av beslag

10.2.5.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 207 lyder:

> Beslaglagte ting skal opptegnes nøyaktig og merkes på en slik måte at forveksling unngås.
>
> Det skal så vidt mulig gis kvittering til den som hadde tingen i sin besittelse.

Bestemmelsen gir praktiske regler om gjennomføring av beslag. I høringsnotatet ble det foreslått å beholde en henvisning til § 207.

10.2.5.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

10.2.5.3 Departementets vurdering

Straffeprosessloven § 207 gir praktiske regler om gjennomføring av beslag, som bør gjelde også i utlendingssaker. Dette støttes også av høringsinstansene som har uttalt seg.

Departementet foreslår derfor å beholde en henvisning til § 207.

10.2.6 Straffeprosessloven § 208 – Domstolskontroll av beslag

10.2.6.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 208 lyder:

> Enhver som rammes av beslaget, kan straks eller senere kreve brakt inn for retten spørsmålet om det skal opprettholdes. Påtalemyndigheten sørger for at han blir gjort kjent med denne rett.
>
> Regelen i første ledd første punktum gjelder tilsvarende når noen som frivillig har utlevert ting til beslag, krever dem tilbake.
>
> Rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.

Bestemmelsen regulerer adgangen til å få beslutningen om beslag overprøvd av en domstol. Henvisningen til første ledd er unødvendig siden utlendingslovens § 104 sjette ledd har en tilsvarende bestemmelse.

Paragraf 208 annet ledd og tredje ledd har derimot ingen paralleller i utlendingsloven. Når det gjelder annet ledd kan den ikke anses relevant i saker etter utlendingsloven, siden utlendingsloven § 104 ikke åpner for samtykke til beslag. Dette i motsetning til i straffesaker, hvor samtykke til beslag er praktisk, jf. straffeprosessloven § 205 første ledd.

I høringsnotatet foreslo departementet at henvisningene til § 208 første og annet ledd ikke burde videreføres. En tilsvarende bestemmelse som i § 208 tredje ledd – om at rettens avgjørelse treffes ved kjennelse – ble foreslått inntatt i utlendingsloven § 104 sjette ledd.

10.2.6.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet er enig i departementets vurderinger. De bemerker:

> «Adgangen til å få prøvd en beslutning om beslag av retten fremgår allerede av utlendingsloven, og det er dermed ikke nødvendig å henvise til strpl. § 208 første ledd. Vi er enig i at bestemmelsens tredje ledd om retten treffer sin avgjørelse ved kjennelse må inntas i utlendingsloven.
>
> Strpl. § 208 annet ledd sier at også den som frivillig har utlevert ting til beslag kan bringe dette inn for retten. Vi er helt enig med departementet i at det ikke er noe behov for å innta en slik bestemmelse i utlendingsloven. I motsetning til i straffesaker, hvor samtykke til beslag er praktisk, jf. strpl. § 205 første ledd (og hvor det ikke kreves at det utferdiges en beslutning), åpner ikke utlendingsloven § 104 for et slikt beslagssamtykke. Uavhengig av graden av frivillighet hos utlendingen vil det være snakk om en beslutning om beslag, og dette vil utlendingen kunne få prøvd av retten etter § 104 siste ledd.
>
> Noe annet er at en frivillig innlevering av for eksempel et pass vil følge av en utlendings medvirkningsplikt til å avklare sin identitet etter utlendingsloven § 83 og utlendingsforskriften § 17-7, se også lovens § 93 første ledd. Dette vil da ikke være en beslutning om beslag etter utlendingsloven § 104. Dersom utlendingen senere krever å få dokumentet utlevert, er dette noe som politiet må ta stilling og ikke noe som kan kreves prøvd av retten. Selv om dette ikke er helt avklart, vil nok politiets avgjørelse om utlevering eller ikke utlevering av innleverte dokumenter være en prosessledende beslutning som ikke kan påklages.»

Advokatforeningen er enig i departementets vurderinger og støtter forslagene.

10.2.6.3 Departementets vurdering

Departementet mener at henvisningen til straffeprosessloven § 208 første ledd er unødvendig fordi utlendingsloven § 104 sjette ledd har en tilsvarende bestemmelse. Når det gjelder straffeprosessloven § 208 annet ledd kan den ikke anses relevant i saker etter utlendingsloven, ettersom utlendingsloven § 104 ikke åpner for samtykke til beslag.

Bestemmelsen i straffeprosessloven § 208 tredje ledd om rettens beslutningsform er derimot relevant. Departementet mener at det bør fremgå av utlendingsloven at rettens avgjørelse skal treffes ved kjennelse.

Departementet opprettholder derfor forslaget fra høringsnotatet om at henvisningen til § 208 første og annet ledd ikke videreføres, og at en tilsvarende bestemmelse som i § 208 tredje ledd inntas i utlendingsloven, jf. lovforslaget § 104 sjette ledd tredje punktum. Henvisningen til § 208 kan dermed utgå.

10.2.7 Straffeprosessloven § 209 – Sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag

10.2.7.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 209 lyder:

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

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

I høringsnotatet ble det foreslått at henvisningen skal utgå.

10.2.7.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet uttaler at sikkerhetsstillelse istedenfor beslag ikke benyttes på utlendingsfeltet, og det er ikke nødvendig å henvise til denne bestemmelsen.

Advokatforeningen støtter ikke forslaget og mener at henvisningen bør stå. Det anføres at det prinsipielt vil være et gode for utlendingen at det kan stilles sikkerhet som et alternativ til beslag. Det faktum at departementet ikke er kjent med at dette brukes i praksis i dag, kan ikke veie tyngre enn den fordelen det vil være for utlendingen å kunne benytte sikkerhetsstillelse der det lar seg gjøre.

10.2.7.3 Departementets vurdering

Departementet har merket seg at Politiets utlendingsenhet og Advokatforeningen er delt i synet på om henvisningen til straffeprosessloven § 209 bør utgå. Departementet er enig med Advokatforeningen i at det prinsipielt vil være et gode for utlendingen om det kan stilles sikkerhet som et alternativ til beslag. Dette kan tale for at henvisningen bør videreføres.

Det må imidlertid tas i betraktning at adgangen til å foreta beslag i medhold av utlendingsloven § 104 er begrenset til følgende tilfeller:

- Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten (første ledd første punktum).
- Dersom det foreligger tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydningen for retten til opphold i riket, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten (første ledd annet punktum).
- Når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, kan det foretas beslag av reisedokumenter og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet (annet ledd første punktum).
- Beslag av billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreise (annet ledd annet punktum).
- Beslag av reisedokumenter til utlendinger hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73 (tredje ledd).

Dersom en eller flere av disse tilfellene foreligger, og det er tilstrekkelig grunn til å foreta et beslag, jf. § 99, er det etter departementets syn vanskelig å se at et løfte fra utlendingen eller sikkerhetsstillelse vil kunne utgjøre et reelt alternativ. Dette underbygges også av at sikkerhetsstillelse ikke blir benyttet i praksis av Politiets utlendingsenhet.

Et hovedformål med proposisjonen er å tydeliggjøre hvilke regler i straffeprosessloven som skal gjelde, og at unødvendige henvisninger skal utgå. Dette tilsier at en henvisning til straffeprosessloven bør strykes når regelen ikke er, og heller ikke kan forventes tatt i bruk. Departementet mener derfor at henvisningen til straffeprosessloven § 209 bør utgå.

10.2.8 Straffeprosessloven § 213 – Varighet av beslag

10.2.8.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 213 lyder:

> Viser det seg innen saken er endelig avgjort, at det ikke lenger er behov for beslaget, skal dette heves av påtalemyndigheten eller retten. Dersom det er fare for at en gjenstand som er beslaglagt med sikte på inndragning, raskt vil bli ødelagt, kan retten tillate politiet å avhende gjenstanden.
>
> For øvrig faller beslaget bort når saken er endelig avgjort. Retten kan bestemme at beslag av bevismidler skal opprettholdes også etter at det foreligger rettskraftig dom i saken, såfremt og så lenge det er grunn til å regne med at saken kan bli begjært gjenåpnet eller andre særlige forhold tilsier det.

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

I høringsnotatet ble det foreslått å innføre egne regler i utlendingsloven om at beslaget faller bort når vilkårene i § 104 første til tredje ledd ikke lenger er til stede, når det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken eller når utlendingen forlater riket dersom vedtaket innebærer en plikt til dette. Om det på et tidligere tidspunkt viser seg at det ikke lenger er behov for beslaget, skal dette heves av politiet eller retten.

10.2.8.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen støtter forslaget.

Politiets utlendingsenhet støtter også forslaget. De bemerker:

> «Departementet foreslår egne regler om varigheten av beslag i utlendingsloven § 104 syvende ledd. Der heter det at beslaget skal heves når behovet faller bort eller vilkårene ikke lenger er til stede, og ellers når «det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken eller når utlendingen forlater riket dersom vedtaket innebærer en plikt til dette». Vi slutter oss til dette som er i samsvar med den forståelse av strpl. § 213 som har blitt ført i utlendingssakene. Beslag heves når behovet eller vilkårene ikke lenger er til stede, og uansett når utlendingen enten gis oppholdstillatelse eller sendes ut av riket.»

UDI bemerker:

> «Bestemmelsen kan forstås slik at beslag skal bortfalle når det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken. Erfaringsmessig kan det imidlertid være problematisk å effektuere endelige vedtak med tvang, og behovet for beslag vil kunne være til stede frem til uttransport. Vi foreslår derfor at alternativet «når det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken» strykes.»

10.2.8.3 Departementets vurdering

Utlendingsloven har behov for regler om varighet av beslag. Departementet mener imidlertid at ordlyden i straffeprosessloven § 213 kan fremstå noe uklar når den skal anvendes i utlendingssaker. Departementet er derfor kommet til at det bør inntas egne regler i utlendingsloven om varigheten av et beslag, og at henvisningen til straffeprosessloven § 213 ikke bør videreføres.

Det foreslås at beslaget skal falle bort når vilkårene for beslaget ikke lenger er til stede, eller når utlendingen forlater riket dersom vedtaket innebærer en plikt til dette. Om det på et tidligere tidspunkt viser seg at det ikke lenger er behov for beslaget, skal beslaget heves av politiet eller retten. Det vises til lovforslaget § 104 sjuende ledd.

I høringsnotatet ble det foreslått at beslaget også skulle falle bort når «det er fattet endelig vedtak i utlendingssaken». Etter en fornyet vurdering har departementet kommet til at dette alternativet ikke bør vedtas. Det vises til at utlendingsloven § 38 femte ledd åpner for at en utlending

kan gis begrenset midlertidig oppholdstillatelse når det er tvil om utlendingens identitet. Det vises også til bestemmelsen om midlertidige tillatelser i utlendingsloven § 74 for utlending som har vernet mot utsendelse etter § 73 som sitt eneste grunnlag for opphold. Departementet mener det vil være uheldig dersom et vedtak om å gi en begrenset tillatelse skulle føre til at beslaget måtte oppheves, hvis beslaget fortsatt er nødvendig i det videre arbeidet med å avklare utlendingens identitet mv.

10.2.9 Straffeprosessloven § 214 – Tilbakelevering av beslaglagte gjenstander

10.2.9.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 214 lyder:

> Ting som er fravendt noen ved en straffbar handling, skal utleveres til fornærmede når beslaget er falt bort. Er det tvist om hvem som har rett til tingen, avgjør retten ved kjennelse om den skal holdes tilbake inntil det har vært anledning til å få spørsmålet avgjort ved dom, eller om utlevering skal skje straks, mot eller uten at det blir stilt sikkerhet.
>
> Andre ting leveres tilbake til den de er beslaglagt hos, når beslaget er falt bort. Gjør noen annen krav på å få tingen utlevert, gjelder bestemmelsene i første ledd annet punktum tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer fremgangsmåten for tilbakelevering av beslaglagte gjenstander. Det er behov for slike regler også i utlendingssaker.

I høringsnotatet ble det foreslått å beholde henvisningen til § 214.

10.2.9.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

10.2.9.3 Departementets vurdering

Departementet mener at det er behov for regler om fremgangsmåten for tilbakelevering av beslaglagte gjenstander også i utlendingssaker. Det er imidlertid ikke nødvendig at reglene fremgår direkte av utlendingsloven. Departementet foreslår derfor å beholde henvisningen til straffeprosessloven § 214, som regulerer dette i straffesaker.

10.2.10 Straffeprosessloven § 214 a – Inndragning av en beslaglagt gjenstand

10.2.10.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 214 a lyder:

> Påtalemyndigheten kan beslutte inndratt beslaglagte gjenstander som er egnet til bruk ved kroppskrenkelse, og beslaglagte etterlikninger av våpen dersom gjenstandene kan inndras etter straffeloven §§ 69 første ledd bokstav c eller 70 første ledd annet punktum. Beslutningen skal være skriftlig og begrunnet. Når påtalemyndigheten utferdiger forelegg, begjærer saken pådømt ved tilståelsesdom eller reiser tiltale med påstand om straff, skal inndragningskravet likevel tas med i saken.
>
> Eieren eller besitteren av en beslaglagt ting skal så vidt mulig gis skriftlig underretning om påtalemyndighetens beslutning om inndragning ved kopi av beslutningen, med mindre tingen er av ubetydelig verdi. Saken kan kreves forelagt for retten innen 1 måned etter at underretningen er kommet frem. Har underretning ikke vært gitt, er fristen for å kreve saken inn for retten 6 måneder fra beslaget ble foretatt. Et krav som er fremsatt etter at fristen er utløpt, kan likevel tas til følge når oversittelsen ikke bør legges den til last som har fremsatt kravet, eller når særlige omstendigheter ellers tilsier det.

Bestemmelsen trådte i kraft 1. oktober 2015 samtidig med ny straffelov, og åpner for at påtalemyndigheten i visse tilfeller kan beslutte inndragning av beslaglagte gjenstander som er egnet til bruk ved kroppskrenkelser og beslaglagte etterlikninger av våpen.

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker, og det ble derfor foreslått at henvisningen burde utgå.

10.2.10.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

10.2.10.3 Departementets vurdering

Utlendingsloven § 104 henviser i dag til straffeprosessloven § 214 a, som trådte i kraft 1. oktober 2015 samtidig med ny straffelov. Bestemmelsen åpner for at påtalemyndigheten i visse tilfeller kan

beslutte inndragning av beslaglagte gjenstander som er egnet til bruk ved kroppskrenkelser og beslaglagte etterlikninger av våpen.

Departementet mener at straffeprosessloven § 214 a ikke er relevant i utlendingssaker. Dette støttes også av høringsinstansene som har uttalt seg. Henvisningen kan derfor utgå.

10.2.11 Straffeprosessloven § 214 b – Inndragning av en beslaglagt ting uten kjent eier, lovbryter eller besitter

10.2.11.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 214 b lyder:

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

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

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker, og det ble derfor foreslått at henvisningen burde utgå.

10.2.11.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen støtter forslaget.

Politiets utlendingsenhet er i utgangspunktet enig i at straffeprosessloven § 214 b ikke er relevant i utlendingssaker. De påpeker imidlertid at det ikke er uvanlig med beslag etter utlendingsloven § 104 som ved en nærmere gjennomgang viser seg ikke å tilhøre den angjeldende utlending, og hvor det heller ikke er mulig å spore opp en annen eier eller besitter. Som oftest dreier det seg om gjenstander som ikke kan overføres til hittegods, og som da må destrueres uten at dette er rettslig regulert. Politiets utlendingsenhet mener at det kan være praktisk å innta en bestemmelse som omhandler noe av det samme som straffeprosessloven § 214 b i utlendingsloven.

10.2.11.3 Departementets vurdering

Departementet viser til merknadene fra Politiets utlendingsenhet om at det ikke er uvanlig med beslag etter utlendingsloven § 104 som ved en nærmere gjennomgang viser seg ikke å tilhøre den angjeldende utlending, og hvor det heller ikke er mulig å spore opp en annen eier eller besitter. Som oftest dreier det seg om gjenstander som ikke kan overføres til hittegods, og som da må destrueres uten at dette er rettslig regulert.

Departementet mener at det er behov for en regulering av situasjonen der det er tatt beslag i en gjenstand uten kjent eier eller besitter. Det foreslås derfor at det inntas regler i utlendingsloven § 104 nytt åttende ledd etter mønster av straffeprosessloven § 214 b, med noen tilpasninger.

Politiet bør kunne beslutte inndragning av en ting som er beslaglagt i medhold av utlendingsloven, dersom verken eieren eller besitteren er kjent. I tillegg bør det stilles krav om at inndragningen må være rimelig overfor eieren. Et slikt krav følger av straffeloven 2005 § 74 annet ledd første punktum, og gjelder også ved inndragning av beslag etter straffeprosessloven § 214 b. Beslutningen må være skriftlig og begrunnet

Den som påberoper seg å være eier eller besitter må kunne kreve saken forelagt for retten innen seks måneder etter at vedtak om inndragning er fattet. Departementet bemerker at en rettslig prøving kun vil være aktuelt dersom politiet bestrider at vedkommende er eier eller besitter av tingen. Er det klart at vedkommende er eier eller besitter av tingen, vil alminnelige (ulovfestede) forvaltningsrettslige regler gi hjemmel for omgjøring av vedtaket om inndragning.

Den som påberoper seg å være eier eller besitter må også kunne kreve saken forelagt for retten etter utløpet av seksmånedersfristen, dersom politiet fortsatt har hånd om tingen, og oversittelsen ikke bør legges vedkommende til last eller når særlige forhold ellers tilsier det. Det vises til sammenligning til lovutkast til ny straffeprosesslov § 19-5 tredje ledd, fremsatt i NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*. Departementet mener bestemmelsen bør praktiseres slik straffeprosesslovutvalget foreslår på s. 616:

> «Fristoppregning på grunn av oversittelse som ikke bør legges vedkommende til last […] bør normalt gis hvis den det gjelder, faktisk har vært ukjent med inndragningen frem til utløpet av fristen og ikke har opptrådt straffbart eller kritikkverdig i saken. Sentralt for vurderingen av om det foreligger «særlige forhold» som til-

sier fristoppreisning, er om den inndratte gjenstand er verdifull, eller om den det gjelder, kan påvise et særlig behov for eller interesse i tingen.»

10.2.12 Straffeprosessloven § 215 – Hjemmel for forskriftsregulering

10.2.12.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 215 lyder:

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

Siden utlendingslovens henvisning til straffeprosessloven kapittel 16 eksplisitt gjør unntak fra §§ 211 og 212, og disse følgelig ikke er relevante i utlendingssaker, ble det foreslått i høringsnotatet at henvisningen til § 215 burde utgå.

10.2.12.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen og *Politiets utlendingsenhet* støtter forslaget.

10.2.12.3 Departementets vurdering

Utlendingsloven § 104 henviser til straffeprosessloven § 215. Denne bestemmelsen gir hjemmel til å gi nærmere forskrifter til gjennomføring av reglene i §§ 211 og 212. Disse reglene er ikke omfattet av henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 104 sjette ledd.

Departementet mener derfor at henvisningen til straffeprosessloven § 215 bør utgå.

10.2.13 Straffeprosessloven § 215 a – Sikring av elektronisk lagrede data

10.2.13.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 215 a lyder:

> Påtalemyndigheten kan som ledd i etterforskning gi pålegg om sikring av elektronisk lagrede data som antas å ha betydning som bevis.
>
> Pålegg om sikring av data i en sending som besittes av en tilbyder av tilgang til elektroniske kommunikasjonsnett eller elektronisk kommunikasjonstjeneste, kan bare gis dersom vilkårene i første ledd er oppfylt og det er grunn til å tro at det er begått en straffbar handling.
>
> Den som har rådigheten over de data som omfattes av sikringspålegget, skal underrettes om pålegget. En mistenkt skal underrettes straks dataene er sikret og han får status som siktet i saken. For øvrig skal underretning gis straks dataene er sikret.
>
> Sikringspålegget gjelder for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn nødvendig og høyst 90 dager om gangen. Dersom sikringspålegget gis etter anmodning fra fremmed stat, gjelder pålegget for minst 60 dager. § 197 tredje ledd, § 208 første og tredje ledd og § 216 i gjelder tilsvarende.
>
> Den pålegget retter seg mot, skal etter begjæring utlevere de trafikkdata som er nødvendige for å spore hvor dataene som omfattes av sikringspålegget kom fra og hvor de eventuelt ble sendt til.

Bestemmelsen regulerer sikring av elektronisk lagrede data som skal brukes i etterforskning. Beslagleggelse i utlendingssaker dreier seg ikke om etterforskning i straffeprosessuell forstand, og utlendingen er ikke å anse som mistenkt eller siktet. Politiet har i dag adgang til å ta beslag i elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av, jf. uttrykket «annet materiale» i utlendingsloven § 104 første ledd.

I høringsnotatet ble det foreslått at henvisningen til straffeprosessloven § 215 a burde utgå. Det ble også foreslått å innta en presisering i utlendingsloven § 104 første ledd om at beslag også kan gjelde elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av.

10.2.13.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen støtter forslaget. De forstår den foreslåtte ordlyden i § 104 kun som en presisering av dagens ordlyd, da det må antas at «elektronisk lagrede data» allerede i dag er omfattet av «annet materiale».

Politiets utlendingsenhet slutter seg til departementets vurderinger. De mener det er positivt at departementet nå foreslår en presisering i utlendingsloven § 104 om at beslag også kan gjelde elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av.

10.2.13.3 Departementets vurdering

Departementet viser til at straffeprosessloven § 215 a regulerer sikring av elektronisk lagrede data som skal brukes i etterforskning. Beslagleggelse i utlendingssaker dreier seg ikke om etterforskning

i straffeprosessuell forstand, og utlendingen er ikke å anse som mistenkt eller siktet. Ordlyden i bestemmelsen passer derfor ikke. Et slikt virkemiddel har dessuten større berettigelse i straffesaker, og kan i alle tilfeller benyttes dersom det parallelt løper en strafferettslig etterforskning. Departementet opprettholder derfor forslaget om at henvisningen til straffeprosessloven § 215 a utgår.

Departementet foreslår samtidig å innta en presisering i utlendingsloven § 104 første ledd om at beslag også kan gjelde elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av. Politiet har allerede en slik adgang i dag, jf. uttrykket «annet materiale» i første ledd, og en lovendring innebærer dermed ingen realitetsendring.

10.2.14 Straffeprosessloven § 216 – Forholdsregler ved sikring av bevis

10.2.14.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

Straffeprosessloven § 216 lyder:

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

Bestemmelsen regulerer påtalemyndighetens eller politiets kompetanse til å treffe ulike forholdsregler i samband med sikringen av bevis. I utlendingssaker er det ikke bevissikring i vanlig forstand.

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at det er tilstrekkelig at det foreligger hjemmel for slik sikring i de tilfellene der det også foregår straffeprosessuell etterforskning mot utlendingen. Det ble foreslått at henvisningen burde utgå.

10.2.14.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet er enig med departementet at det ikke er behov for en bestemmelse tilsvarende straffeprosessloven § 216 i utlendingssakene.

Advokatforeningen er enig i at henvisningen kan utgå, men viser til sine kommentarer vedrørende situasjoner hvor det både kan reises siktelse mot utlendingen etter straffeprosessloven, og hvor han omfattes av utlendingslovens regler. Advokatforeningen mener at i slike tilfeller skal straffeprosesslovens regler gå foran.

10.2.14.3 Departementets vurdering

Departementet mener at det ikke er nødvendig at utlendingsloven skal henvise til straffeprosessloven § 216. Henvisningen kan derfor utgå. Straffeprosessloven § 216 regulerer påtalemyndighetens eller politiets kompetanse til å treffe ulike forholdsregler i samband med sikringen av bevis. I utlendingssaker er det ikke bevissikring i vanlig forstand, og det vil være tilstrekkelig at det foreligger hjemmel for slik sikring i de tilfellene der det også foregår straffeprosessuell etterforskning mot utlendingen.

Når det gjelder spørsmål knyttet til valg av interneringsgrunnlag i de tilfeller hvor det er grunnlag får pågripelse og internering i både utlendingssak og straffesak, vises det til kapittel 6.3.2 ovenfor.

10.2.15 Oppsummering

Endringene vedrørende henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 104 blir dermed som følger:

Henvisninger til bestemmelser i straffeprosessloven som innarbeides
- § 208 tredje ledd (avgjørelsesform ved spørsmål om opprettholdelse av beslag)
- § 213 (varighet av beslag)
- § 214 b (inndragning av en beslaglagt ting uten kjent eier, lovbryter eller besitter)

Henvisninger til bestemmelser i straffeprosessloven som beholdes
- § 204 (forbud mot beslag)
- § 207 (gjennomføring av beslag)
- § 214 (tilbakelevering av beslaglagte gjenstander)

Henvisninger til bestemmelser i straffeprosessloven som utgår
- § 203 (hva som er gjenstand for beslag)
- § 205 (beslutning om beslag mv.)
- § 206 (beslag uten beslutning av påtalemyndigheten)
- § 208 første og annet ledd (hvem som kan bringe spørsmål om opprettholdelse av beslag inn for domstolene)
- § 209 (sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag)
- § 214 a (inndragning av en beslaglagt gjenstand)
- § 215 (hjemmel for forskriftsregulering)
- § 215 a (sikring av elektronisk lagrede data)
- § 216 (forholdsregler ved sikring av bevis)

11 Generelle problemstillinger

11.1 På hvilket stadium av en utlendingssak kan det benyttes tvangsmidler?

11.1.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

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

Utlendingsloven § 99 annet ledd presiserer imidlertid at tvangsmidler også kan benyttes forut for dette:

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

Bestemmelsen innebærer for eksempel at en asylsøker kan pågripes dersom det er konkrete holdepunkter for at vedkommende vil unndra seg effektuering ved et eventuelt avslag.

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

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

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

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

En tilsvarende presisering ble også foreslått i § 106 første ledd bokstav e, slik at det går klart frem at utlendingen kan pågripes og interneres forut for vedtak når vedkommende ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument.

11.1.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen er enig i at det er behov for en generell avklaring og tydeliggjøring av hvilke krav som stilles til «status» i utlendingssaken for at tvangsmidler skal kunne benyttes. De støtter imidlertid ikke forslaget. Foreningen etterlyser en nærmere presisering av forholdet til flyktningkonvensjonen (FK) artikkel 26 (se sitat av bestemmelsen i avsnitt 11.1.3 nedenfor). Advokatforeningen mener at uten noen form for prejudisiell prøving av forvaltningens vedtak i asylsaken risikerer norske domstoler å internere en konvensjonsflyktning i strid med FK artikkel 26. Advokatforeningen kan følgelig ikke se at internering på grunn av unndragelsesfare vil være lovlig før det foreligger et endelig avslag på asylsøknaden etter en betryggende saksbehandling. Videre er de bekymret for at internering av utlendingen under behandlingen av saken i forvaltningen vil påvirke utfallet av forvaltningssaken på grunn av «forhåndsdømming», og bidra til å svekke tilliten til at utlendingen får en rettssikker behandling.

Vest politidistrikt mener skjæringstidspunktet for når tvangsmidler kan anvendes fremstår som uklart i forslaget. Det spørres om det er et vilkår at det må være åpnet sak i Datasystemet for utlendings- og flyktningsaker (DUF), eller om det er tilstrekkelig at det er besluttet at det *skal åpnes* sak. I det siste tilfellet vil det i noen tilfeller være liten notoritet.

Politiets utlendingsenhet er enig i at det ikke alltid er enkelt å fastslå hvilken «status» en utlendingssak må ha for at tvangsmidler skal kunne benyttes. De foreslår at formuleringen «for å sikre iverksettingen av et vedtak» fjernes fra bestemmelsen i § 99 annet ledd. De viser til at en rekke av tvangsmidlene i utlendingsloven har et annet formål enn å sikre iverksettingen av et vedtak. For eksempel vil tvangsmidler for å identifisere en utlending kunne brukes helt fra en utlending påtreffes og frem til vedkommende blir norsk borger. Ved å endre § 99 annet ledd, vil dette komme klarerer frem. Bestemmelsen vil da gjelde generelt for alle tvangsmidlene i §§ 100 femte ledd og 103-106.

Politiets utlendingsenhet støtter forslagene om å endre § 104 annet ledd, § 105 første ledd bokstav b og § 106 første ledd bokstav b, selv om dette vil føre til en dobbeltregulering (adgangen til å pågripe før vedtak vil fremkomme både i § 99 annet ledd og i de enkelte bestemmelser). Det foreslås at departementet også bør vurdere om § 103 første ledd bokstav c bør endres. Når det gjelder forslaget til endring i § 106 første ledd bokstav e (fremstilling for ambassade), antar Politiets utlendingsenhet at bestemmelsen vil få liten praktisk betydning i asylsaker fordi utlendingen ikke kan pålegges å ta kontakt med hjemlandets myndigheter dersom dette kan komme i konflikt med et eventuelt beskyttelsesbehov, jf. § 83 annet ledd tredje punktum. I andre utlendingssaker kan det imidlertid foreligge et behov for å fremstille uten at det er fattet vedtak, for eksempel i rene utvisningssaker.

UDI er enig i at det kan være behov for å ta i bruk tvangsmidler selv om det ikke er fattet vedtak i saken. De mener imidlertid at den foreslåtte ordlyden i de enkelte bestemmelsene ikke er egnet til å presisere hvilket stadium i en ikke-avgjort utlendingssak det faktisk kan benyttes tvangsmidler. UDI mener at det er viktig med en tydelig presisering slik at det ikke som utgangspunkt kan omfatte de fleste saker, og mener at dagens «kan føre til et slikt vedtak» ikke er en god nok presisering fordi den favner for vidt.

Politiets sikkerhetstjeneste (PST) viser til at departementet i sitt høringsbrev ikke har berørt forholdet til § 130, som gjelder bruk av tvangsmidler i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser. De er av den oppfatning at når departementet nå går gjennom alle tvangsmiddelbestemmelsene i kapittel 12, ville det vært en fordel om man også fikk en fullstendig regulering av reglene for pågripelse og internering i sikkerhetssakene etter kapittel 14. Slik § 130 nå er utformet, kan det oppstå tolkningstvil på hvilket stadium det i en sak etter kapittel 14 skal være anledning til å benytte seg av pågripelse og internering etter § 130. Etter PSTs oppfatning bør § 130 også uttrykkelig regulere adgangen til å pågripe og internere «under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak». Videre reiser PST spørsmål om det i sikkerhetssakene etter kapittel 14 bør være en videre adgang til pågripelse og internering som ikke nødvendigvis forutsetter unndragingsfare mv.

11.1.3 Departementets vurdering

Departementet merker seg at det ikke er noen innvendinger i høringsrunden mot utgangspunktet om at regelverket enkelte steder bør tydeliggjøres. Departementet fastholder derfor at § 99 annet ledd bør endres slik at det presiseres at den gjelder, med mindre noe annet følger av de enkelte bestemmelsene i loven eller i forskrift i medhold av loven.

Departementet bemerker at formuleringen «*kan føre til*» i § 99 annet ledd, innebærer at det må foreligge konkrete holdepunkter som tilsier at

utlendingen risikerer å bli pålagt en plikt til å forlate riket. Det kan ikke alltid kreves at det er åpnet en formell sak før tvangsmiddelet tas i bruk. Et absolutt krav ville blant annet vanskeliggjøre politiets arbeid med bortvisnings- og utvisningssaker som oppdages i forbindelse med grense- og utlendingskontroll. Departementet vil for øvrig vurdere bruken av tvangsmidler i slike situasjoner nærmere i tilknytning til arbeidet med ny grenselov. I asylsaker vil det i praksis som oftest foreligge vedtak i begge instanser før det er aktuelt å ta i bruk tvangsmidler.

I høringen har Advokatforeningen reist spørsmål om forholdet mellom adgangen til internering og FNs konvensjon om flyktningers stilling artikkel 26 (bevegelsesfrihet). Bestemmelsen lyder slik i norsk oversettelse:

> Hver kontraherende stat skal tilstå flyktninger som lovlig oppholder seg på dets territorium, rett til å velge bopel og til fritt å bevege seg innenfor dets territorium, dog med forbehold om slike bestemmelser som måtte være gitt anvendelse på utlendinger i sin alminnelighet i samme stilling.

Artikkel 26 må ses i sammenheng med artikkel 31, som lyder slik i norsk oversettelse:

> 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.

Etter artikkel 31 nr. 2 fremkommer det at statene ikke skal pålegge flyktninger som er kommet inn i landet uten tillatelse andre begrensninger i bevegelsesfriheten enn de som er nødvendige. Slike begrensninger skal bare stå ved makt inntil deres forhold i landet er ordnet eller de får adgang til et annet land. Under forarbeidene til konvensjonen var det enighet om at statene måtte ha adgang til å innskrenke bevegelsesfriheten, herunder internere flyktninger som ennå ikke hadde fått avklart sin status i landet hvor de søkte om beskyttelse. Departementet viser også til Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37)*, 1997, note 3 til artikkel 26, hvor det blant annet uttales følgende:

> «The expression «refugees lawfully in (the) territory» as used in Article 26 must, however, be seen in conjunction with the provision contained in Article 31 (2). The latter provision subjects a refugee who enters or is present in the territory «without authorization», i.e. unlawfully, to certain movement restrictions, until his status is «regularized. «It seems that when the status of an illegal entrant is «regularized», he will be not only «lawfully» but also «lawfully staying» in the country – in other words, in his case it will not be sufficient to show a «récépissé provisoire» in order to enjoy the benefit of Article 26; something more is required.»

Departementet legger til grunn at retten til bevegelsesfrihet etter artikkel 26 først inntrer når utlendingen er anerkjent som flyktning. At en utlending har en søknad til behandling kan derfor ikke i seg selv være til hinder for at tvangsmidler kan benyttes før asylsaken er avgjort, dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at utlendingen vil unndra seg effektueringen av et negativt vedtak. En typisk situasjon vil være at utlendingens asylsøknad fremstår som et konstruert forsøk på å unngå utsendelse etter at utlendingen er pågrepet på grunn av ulovlig opphold. Det vises her også til at UNHCRs retningslinjer om frihetsberøvelse (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012), eksplisitt åpner for internering i slike tilfeller, jf. punkt 33:

> «As a general rule, it is unlawful to detain asylum-seekers in on-going asylum proceedings on grounds of expulsion as they are not available for removal until a final decision on their claim has been made. Detention for the purposes of expulsion can only occur after the asylum claim has been finally determined and rejected. However, where there are grounds for believing that the specific asylum-seeker has lodged an appeal or introduced an asylum claim merely in order to delay or frustrate an

> expulsion or deportation decision which would result in his or her removal, the authorities may consider detention – as determined to be necessary and proportionate in the individual case – in order to prevent their absconding, while the claim is being assessed.»

Når det gjelder andre internasjonale forpliktelser som kan sette grenser for bruk av tvangsmidler mot en utlending under behandling av en asylsøknad, vises det til departementets drøftelser i Prop. 91 L (2015–2016) kapittel 4.

Departementet er kommet til at forslagene om å endre ordlyden i gjeldende §§ 104 annet ledd, 105 første ledd bokstav b og 106 første ledd bokstav b – som gjelder å tydeliggjøre at det er adgang til å benytte tvangsmidler før det foreligger vedtak – bør opprettholdes. Selv om dette vil innebære en dobbeltregulering, er det viktigere at det tydeliggjøres at tvangsmidler kan benyttes etter disse grunnlagene også under behandlingen av en sak som kan føre til et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket.

Tilsvarende foreslår departementet at det bør inntas en presisering i § 103 første ledd bokstav c, som gjelder undersøkelser for å avdekke reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av et vedtak, i tilfeller hvor det er unndragelsesfare. Etter gjeldende rett er det klart at § 103 første ledd bokstav c også gjelder før det er truffet vedtak, jf. § 99 annet ledd. Dette innebærer ingen realitetsendring, men en tydeliggjøring.

I høringsnotatet ble det foreslått at det også bør inntas en presisering i § 106 første ledd bokstav e, slik at det går klart frem at utlendingen kan pågripes og interneres også under behandlingen av en sak når vedkommende ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument. Under høringen ble det reist spørsmål ved om det er behov for en slik presisering, sett hen til at en utlending ikke kan pålegges å ta kontakt med hjemlandets myndigheter om dette kan komme i konflikt med et eventuelt beskyttelsesbehov, jf. § 83 annet ledd. Departementet ser denne innvendingen, men bemerker at det også i andre utlendingssaker kan tenkes å oppstå et behov for fremstilling, for eksempel under behandlingen av en sak om utvisning eller tilbakekall. Departementet fastholder derfor forslaget i høringsnotatet.

Departementet har vurdert om det bør gis særskilte regler om politiets adgang til bruk av makt under en fremstilling i medhold av § 106 første ledd bokstav e, men er kommet til at dette ikke er nødvendig eller hensiktsmessig. Departementet mener at dette er tilstrekkelig regulert i politiloven § 6, som gir alminnelige regler om hvordan polititjenesten skal utføres, herunder hjemmel for bruk av makt. Når en utlending kan pågripes og interneres for det formål å fremstille vedkommende for en utenriksstasjon, ligger det også her en klar forutsetning om at bruk av makt kan være nødvendig for å gjennomføre fremstillingen.

For øvrig har departementet merket seg innspillene fra Politiets sikkerhetstjeneste om behovet for en gjennomgang av reglene om bruk av tvangsmidler i sikkerhetssaker etter kapittel 14 i utlendingsloven. Dette er noe departementet vil komme tilbake til.

11.2 Progresjonskravet ved pågripelse og internering

11.2.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

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

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

Vilkåret om at staten må arbeide aktivt for å få utsendelsen gjennomført, innebærer ikke at det kan oppstilles en generell tidsgrense for hvor lenge internering kan vare. EMD krever imidler-

tid at perioden for internering ikke skal være lenger enn hva som er rimelig å anse nødvendig ut fra formålet. Videre må staten kunne vise at den arbeider aktivt for å få utsendelsen gjennomført og at en utsendelse fremstår som realistisk, jf. Prop. 138 L (2010–2011) s. 15–16.

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

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

I høringsnotatet ble det foreslått å tydeliggjøre i § 106 første ledd at pågripelse og internering etter første ledd bokstav b (unndragelsesfare) og d (vedtak om utvisning på grunn av straff) bare kan skje når «det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse».

Når det gjelder pågripelse og internering i medhold av bokstav a (manglende samarbeid om klarlegging av identitet), er det ikke nedfelt et tilsvarende progresjonskrav i EMK. I praksis fremmes det ikke begjæring om internering med mindre det er utsikter til å avklare utlendingens identitet. Høyesterett har dessuten innfortolket et progresjonskrav i forholdsmessighetsvurderingen i norsk rett, jf. Rt. 2009 s. 797:

> «Jo lengre interneringstiden blir, jo tyngre må de hensyn som begrunner interneringen være, jf. Rt-1999-1460. Etter hvert som tiden går, vil det også måtte stilles skjerpede krav til politiets innsats for å avdekke utlendingens identitet.[…]
>
> Utvalget legger til grunn at etter hvert som interneringstiden blir lang, må domstolene også stille tiltagende krav til grunnlaget for fortsatt internering, til innsatsen og til fremdriften fra utlendingsmyndighetenes side, til dokumentasjon for gjennomførte tiltak, og til oversikt med hensyn til gjenstående undersøkelser.»

Departementet så ikke et behov for å lovfeste et særskilt progresjonskrav i § 106 første ledd bokstav c, e, f og g.

11.2.2 Høringsinstansenes syn

Politiets utlendingsenhet mener det er en selvfølge at tvangsmidler bare skal benyttes når det er utsikter til å få oppnådd formålet med bruken, herunder at det også må stilles krav til fremdriften i saken. Politiets utlendingsenhet støtter departementets forslag, men mener imidlertid at det bør vurderes å innføre et helt generelt progresjonskrav for alle grunnlagene for frihetsberøvelse i § 106 første ledd. En slik generell bestemmelse kunne da lyde: «Pågripelse og fengsling etter første ledd kan besluttes når det treffes tiltak med sikte på å oppnå formålet med tvangsmidlet.»

Politiets utlendingsenhet påpeker at når det gjelder § 106 første ledd bokstav c, fremgår det av forarbeidene til bestemmelsen (Prop.138 L (2010–2011) pkt. 7.3.3.3) at det er et vilkår at det er en aktiv saksprosess. Tilsvarende er ikke uttalt i lovforarbeidene til de bestemmelsene i § 106 første ledd bokstav e, f og g, men Politiets utlendingsenhet mener at det også ved bruk av disse grunnlagene må gjelde et krav om aktiv saksprosess.

Ved interneringsforlengelser som Politiets utlendingsenhet har ansvaret for, er fremdrift i politiets arbeid ett av de sentrale tema. I tillegg til de krav som følger av EMK art. 5 og aktuelle avgjørelser fra EMD, er det gitt føringer for dette i avgjørelser fra Høyesterett, hvor Rt. 2009 s. 797 og Rt. 2014 s. 727 er de mest sentrale kjennelsene. I praksis stilles det samme krav til progresjon uavhengig om utlendingen er internert etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a eller b. For politiet er det viktig at det ikke stilles for strenge og konkrete krav til fremdrift i utlendingsloven. Identifisering og retur av utlendinger som ikke samarbeider om dette kan være en svært tidskrevende og komplisert prosess. Fremdriften vil nesten alltid være avhengig av i hvilken grad utlendingen samarbeider med politiet og i hvilken grad hjemlandets myndigheter kan gjøre selvstendige undersøkelser, herunder den saksbehand-

lingstiden de opererer med ved verifisering av egne borgere. Etter Politiets utlendingsenhets vurdering stilles det ikke for strenge krav til progresjon i departementets forslag til bestemmelser. Om fremdriften er tilfredsstillende, må uansett vurderes konkret av retten i det enkelte sak. Retten må foreta en bred vurdering av dette hvor det også legges vekt på utlendingens samarbeidsvilje og svartiden til hjemlandets myndigheter.

Politidirektoratet slutter seg til Politiets utlendingsenhets merknader og forslag til generell bestemmelse.

Vest politidistrikt viser til at særlig i ID-saker kan utlendingen vanskeliggjøre utsendelsen ved å ikke medvirke eller forsettlig motarbeide en verifisering. Enkelte land arbeider også etter det prinsippet om at utlendingen må ønske å reise hjem før det utstedes reisedokumenter. Forslaget bør ikke legge opp til at slik motarbeidelse av utsendelsen kan føre til en rask løslatelse med begrunnelse av at det ikke vil være mulig å få uttransportert utlendingen i overskuelig fremtid.

UDI mener at kravet til progresjon ikke fremkommer tydelig nok i den foreslåtte formuleringen i ny § 106 første ledd og foreslår en formulering som ligger nærmere returdirektivets artikkel 15 («uttransportering er under forberedelse og gjennomføres med tilstrekkelig hurtighet»). Departementets formulering om progresjon er ikke tatt inn i bokstav c, e, f og g. UDI mener at denne begrensningen ikke er i overensstemmelse med returdirektivets artikkel 15 fordi artikkel 15 gjelder for alle tilfeller av frihetsberøvelse av utlending med ulovlig opphold.

11.2.3 Departementets vurdering

Departementet er enig i anbefalingen fra Tvangsmiddelrapporten om at progresjonskravet er så sentralt at det i utgangspunktet bør fremgå tydelig i loven.

Departementet har vurdert ulike formuleringer for et generelt progresjonskrav; for eksempel «det må treffes tiltak med sikte på å oppnå formålet med tvangsmidlet».

For å oppnå en klarest mulig lovgivning, bør det imidlertid tydeliggjøres hva som er innholdet i progresjonskravet, og dette vil variere med de ulike pågripelses- og interneringsgrunnlag. Som eksempel vises det til at det i ID-tilfellene vil være et krav at det treffes tiltak med sikte på å avklare identitet, mens det i unndragelsestilfellene vil være et krav at det treffes tiltak med sikte på utsendelse. Det var mot denne bakgrunn at departementet foreslo et særskilt progresjonskrav for henholdsvis ID-tilfellene og unndragelsestilfellene.

Departementet har for unndragelsestilfellene vurdert et tilsvarende progresjonskrav som i returdirektivet («uttransportering er under forberedelse og gjennomføres med tilstrekkelig hurtighet»), men siden progresjonskravet skal gjelde både i saker hvor det ennå ikke er truffet vedtak (og hvor returdirektivet ikke gjelder) og i saker hvor det er truffet vedtak, har departementet blitt stående ved å videreføre dagens formulering «treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse» som etter departementets vurdering er godt egnet.

Når det gjelder enkelte av pågripelses- og interneringsgrunnlagene er det dessuten helt overflødig med et eget progresjonskrav, enten fordi bestemmelsene angir særskilte tidsfrister som nettopp skal ivareta progresjon eller fordi grunnlaget er knyttet til en spesifikk situasjon eller hendelse.

Departementet anser derfor at det mest hensiktsmessige er at det i lovutkastet § 106 tredje ledd formuleres (ulike) progresjonskrav til bare enkelte av interneringsgrunnlagene. Tabell 11.1 gir oversikt over hvordan reguleringen dermed blir i tilknytning til de ulike bokstavbestemmelsene i § 106 første ledd:

11.3 Forholdet til forvaltningsloven

11.3.1 Gjeldende rett og forslag i høringsnotat

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

I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 20. mars 2015 (LB-2015-19930), som gjaldt gyldigheten av et pålegg etter utlendingsloven § 105, ble det drøftet om forvaltningsloven også gjelder ved bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven kapittel 12. Det var fra utlendingens side gjort gjeldende at forvaltningslovens saksbehandlingsregler, herunder regler om forhåndsvarsling og begrunnelse, får anvendelse for pålegg etter utlendingsloven § 105. Det ble vist til utlendingsloven § 80.

Lagmannsretten fant støtte i forarbeidene for at forvaltningslovens regler ikke var ment å gjelde for bruk av tvangsmidler. Når det gjaldt forhåndsvarsling anså retten det som «åpenbart at det lett ville kunne skade muligheten for effektiv håndhevelse av tvangsmidlene i utlendingsloven kapittel 12 dersom utlendingen skulle ha krav på for-

Tabell 11.1 Oversikt over forslag til progresjonskrav knyttet til de enkelte bokstaver i § 106 første ledd

Bokstav a (ID-interneringer)	Det inntas en bestemmelse i § 106 tredje ledd om at det må «treffes tiltak med sikte på å avklare identiteten»
Bokstav b (Unndragelsestilfeller)	Det inntas en bestemmelse i § 106 tredje ledd om at det må «treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse»
Bokstav c (utlending som ikke overholder pålagt meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, og har søknad til behandling eller utreisefristen er ennå ikke utløpt).	Blir omfattet av samme bestemmelse i § 106 tredje ledd som den som er nevnt over for unndragelsestilfellene
Bokstav d (utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff og det er personlige forhold ved utlendingen som innebærer fare for nye straffbare handlinger)	Blir omfattet av samme bestemmelse i § 106 tredje ledd som den som er nevnt over for unndragelsestilfellene
Bokstav e (fremstilling for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument)	Er knyttet til en bestemt hendelse, og fordrer ikke et særskilt progresjonskrav
Bokstav f (utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse)	Situasjonens karakter fordrer ikke et særskilt progresjonskrav.
Bokstav g (søknaden om beskyttelse vil mest sannsynlig bli nektet realitetsbehandlet etter § 32 første ledd bokstav a eller d – gjelder ikke for familier med mindreårige)	Det følger av lovutkastet § 106 b tredje ledd at pågripelse og internering ikke kan overstige 7 dager. Det er ikke behov for noe særskilt progresjonskrav ut over dette.
Bokstav h (søknaden antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer – gjelder ikke for familier med mindreårige)	Det følger av lovutkastet § 106 b tredje ledd at pågripelse og internering ikke kan overstige 72 timer. Det er ikke behov for noe særskilt progresjonskrav ut over dette.

håndsvarsel». Det ble også vist til at utlendingens mulighet i slike saker ivaretas gjennom adgangen til rettslig prøving, og til lang og ensartet praksis for at det ikke gis forhåndsvarsling før pålegg etter utlendingsloven § 105.

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

Etter departementets syn er lagmannsrettens kjennelse i tråd med gjeldende rett.

I høringsnotatet ble det foreslått å lovfeste at forvaltningsloven ikke gjelder for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven kapittel 12.

11.3.2 Høringsinstansenes syn

Politidirektoratet, Oslo politidistrikt og Politiets utlendingsenhet støtter departementets forslag om å tydeliggjøre at forvaltningsloven ikke skal gjelde ved bruk av tvangsmidler.

Politiets sikkerhetstjeneste støtter departementets forslag og legger til grunn at dette også gjelder for bruk av tvangsmidler i sikkerhetssakene etter kapittel 14.

11.3.3 Departementets vurdering

Departementet mener at det bør tydeliggjøres i lovteksten at forvaltningslovens regler ikke gjelder for bruk av tvangsmidler.

I høringen uttaler Politiets sikkerhetstjeneste at de legger til grunn at forvaltningslovens regler heller ikke gjelder for bruk av tvangsmidler i sikkerhetssakene etter kapittel 14. Departementet er enig i dette. For unngå tvil, foreslår departemen-

tet å lovfeste at forvaltningsloven ikke gjelder ved bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven.

Det må likevel gjøres unntak for tilfeller hvor noe annet eventuelt blir særskilt fastsatt i utlendingsloven eller i forskrift til denne. Et eksempel er den bestemmelsen som allerede i dag finnes i utlendingsinternatforskriften § 11 om at forvaltningsloven gjelder for utlendingsinternatet, og at Politidirektoratet er klageinstans.

12 Alternativer til frihetsberøvelse

12.1 Drøftelse i høringsnotatet

Et sentralt tema er hvilke tiltak som kan anvendes som alternativer til frihetsberøvelse, og særlig gjelder dette for saker med barn. Som nevnt i kapittel 7.3, forutsetter blant annet barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b at frihetsberøvelse av barn bare må skje som en siste utvei. Både NOAS og flere andre aktører har anbefalt at departementet utforsker muligheten for å benytte alternativer til internering i større grad enn i dag. NOAS m.fl. har pekt på en rapport fra International Detention Coalition (*There are alternatives (revised edition) 2015)*, og har beskrevet det som at denne rapporten angir 250 alternativer til internering. Et interaktivt verdenskart over hvor alternativene er identifisert er publisert på organisasjonens nettside (http://idcoalition.org/interactive-map-alternatives-to-detention/).

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

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

I høringsnotatet påpekte departementet at realitetsorientering av asylsøkere, meldeplikt, pålegg om bestemt oppholdssted og beslag i reisedokumenter, er alternativer som er tilgjengelige og som benyttes i dag. Det ble ikke foreslått å innføre et system med kausjon eller garantistillelse. Hva gjelder forslaget om elektronisk kontroll, var departementet enig i at dette er et tiltak som det kan være hensiktsmessig å utrede. Departementet viste til at et oppdrag allerede var gitt til Politidirektoratet.

12.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen mener at det er viktig med et større fokus på alternativer til internering, særlig der det er snakk om internering av mindreårige og barnefamilier. Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at departementets forslag om en nærmere utredning av interneringssurrogater, som elektronisk kontroll, er positivt.

Kirkerådet, Den norske kirke, uttaler at de skulle gjerne sett at alternativer til internering ble utredet videre. De viser til at det i høringsnotatet blir skissert en del av disse alternativene, og de oppfordrer til at dette kapittelet utdypes. Kirkerådet, Den norske kirke ønsker en tydelig satsting på slike alternativer, og at slike alternativer så snart som mulig kan fremkomme både i praksis og i lovverk.

Røde Kors mener at alternativer til internering ved fare for unndragelse i barne- og familiesaker, ikke er utredet i tilstrekkelig grad. De bemerker:

> «Ser vi nærmere på helsepersonell sin rolle i disse sakene så er den svak etter vårt syn. De berørte i disse sakene opplever ofte både fysisk og mentalt stress som følg av sin livssituasjon. Enkelte er også suicidale. Et opphold på Trandum utlendingsinternat er en svært krevende belastning for foreldrene og barna, og direkte skadelig fra et helseperspektiv.
>
> Derfor mener Røde Kors at det vil være bedre om helsepersonell, barnevern og det aktuelle mottaket fikk det overordnede ansvaret for å iverksette tiltak for barn- og barnefamilier frem til den aktuelle uttransporteringen. Pasient- og brukerettighetsloven av 1999 § 2-1 a hjemler en slik mulighet gjennom rett til et ver-

dig tjenestetilbud i samsvar med helse- og omsorgstjenesteloven.

I så fall vil helsepersonell i den enkelte kommune kunne få et overordnet ansvar for å vurdere hvilke tiltak som bør iverksettes for barn- og barnefamilier som er plassert på mottak i kommunen, dersom det er besluttes tvangsretur. Det avgjørende ved disse vurderingene blir å finne frem til tiltak som sørger for at den mentale og fysiske helsen til bama- og barnefamiliene blir ivaretatt på en forsvarlig måte. Et slikt tiltak kan blant annet innebære opphold på helseinstitusjon frem til den aktuelle dagen for uttransport.»

Politidirektoratet og *Oslo politidistrikt* slutter seg til departementets vurdering om at det ikke er grunn til å utrede bruk av kausjon eller sikkerhetsstillelse overfor barnefamilier. De viser til at det er klare betenkeligheter både ved å kreve økonomiske forsikringer og ved å skulle inndrive disse.

Politiets utlendingsenhet er enig i at kausjon og garantistillelse ikke er ønskelige alternativer, og slutter seg til departementets begrunnelse om at dette vil kunne medføre økt byråkrati, usaklig forskjellsbehandling og utilbørlig press for dem som stiller garanti. De er enig i at elektronisk kontroll er et tiltak som må utredes nærmere, noe Politidirektoratet har fått et oppdrag om.

NOAS mener at det både for politiet og retten kan være hensiktsmessig å ha adgang til kausjon eller garantistillelse i spesielle saker, særlig der tvangsretur ikke kan gjennomføres i løpet av 48 timer. De bemerker blant annet følgende:

«Barnefamilier med avslag på asyl, herunder barn som går på skole, etablerer som regel et sosialt nettverk der de bor. Av den grunn er det ofte uaktuelt for barnefamilier å gå i skjul.

Det påpekes videre at det i mange tilfeller kan være uenighet eller uklarhet om hvorvidt det foreligger unndragelsesfare. En garantist vil i en konkret sak ha mulighet til å overbevise og forsikre politiet eller en domstol om at unndragelsesfaren ikke er reell.

NOAS kan ikke se hvordan påstått «uheldig press» på garantister eller «sterke reaksjoner» på inndrivelse knytter seg til konkrete praktiske eller juridiske utfordringer. Departementet bør innhente informasjon og erfaringer fra Canada, Belgia, Nederland og Storbritannia som praktiserer ordninger med kausjon/garantist.»

Redd Barna er enig med departementet i at det viktigste «alternativet» til internering og tvangsretur er assistert retur. Redd Barna mener det er svært positivt at realitetsorientering av asylsøkere, herunder konsekvensen av avslag og mulighetene for assistert retur som et alternativ til tvangsretur, hører til regjeringens satsingsområder. Redd Barna vil også særlig trekke frem at de synes det er positivt at det skal legges til rette for at barn og unge får tilbud om retursamtaler, individuelt eller sammen med sin familie, og at det skal legges til rette for at barn ivaretas med hensyn til hjemlandsfokus.

Redd Barna og *NOAS* mener at det er svakheter og utfordringer ved dagens praksis. De mener at det bør innføres med mer formalisert og strukturert system. De anbefaler blant annet departementet å vurdere å innføre en informasjons- og veiledningsprosess lik den i Storbritannia (se beskrivelse i kapittel 7.4 foran). NOAS mener at det bør lovfestes at internering i forbindelse med tvangsretur bare kan brukes for personer som har fått veiledning fra utlendingsmyndighetene eller ignorert tilbudet.

UNICEF Norge mener at det er all mulig grunn til å redusere internering av barn og barnefamilier. Særlig når det ofte skjer at barna slippes fri igjen. Det burde derfor være mulig å finne andre løsninger som redusere internering i første omgang.

12.3 Departementets vurdering

All frihetsberøvelse – selv om den er kortvarig – er et alvorlig inngrep. Det er en bred oppfatning, både nasjonalt og internasjonalt, at frihetsberøvelse av asylsøkere og migranter bør unngås så langt det er mulig, og at statene må vurdere om mindre inngripende tiltak kan benyttes i stedet.

Departementet vil i det følgende drøfte de konkrete tiltakene som sentrale aktører har pekt på i debatten og i høringen, og som i hovedsak er:

- Realitetsorientering av asylsøkere (særlig asylsøkerfamilier) slik at de kan innrette seg mot selvorganisert eller assistert retur ved eventuelt avslag
- Meldeplikt og pålegg om bestemt oppholdssted
- Beslag i reisedokumenter
- Kausjon
- Garantistillelse
- Elektronisk kontroll
- Internering av bare én forelder i stedet for av en hel barnefamilie

Enkelte av høringsinstansene legger særlig vekt på at en aktiv bruk av alternativer til internering, helt eller delvis kan erstatte bruken av internering når det gjelder barnefamilier.

Departementet viser i denne sammenheng til at EU-kommisjonen 7. mars i år rettet en oppfordring til statene om å anvende frihetsberøvelse for en mer effektiv returpolitikk og frarådet statene å fjerne adgangen til frihetsberøvelse av barn i saker om uttransportering. Se kapittel 7.3.4.2 ovenfor.

For Regjeringen er det viktig med en tydelig og effektiv adgang til å gjennomføre tvangsreturer, både fordi returer i seg selv reduserer antallet personer med ulovlig opphold, fordi det sender et viktig signal til irregulære migranter om at Norge sender ut dem som ikke får opphold og til dem som har ulovlig opphold om at det lønner seg å søke støtte til assistert retur. Bruk av tvangsreturer er også helt nødvendig for å bevare tillit til innvandringspolitikken.

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

Følgende er sentralt for det som gjøres med returarbeid i mottak:

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

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

Departementet jobber kontinuerlig med å sette inn de riktige informasjons- og motivasjonstiltakene på rett tidspunkt i hele asylkjeden for å forberede og motivere til retur ved et eventuelt avslag. Informasjons- og motivasjonsarbeid kombinert med ulike støtteordninger til retur og reintegrering er tiltak som er iverksatt for å få flest mulig til å velge assistert retur.

Det er også særskilte returprogrammer for sårbare hvor det gis ekstra hjelp til hjemreisen. Når det gjelder barnefamilier med avslag er dette likevel en særskilt vanskelig gruppe å motivere til assistert retur. Dette selv om det finnes gunstige støtteordninger (se nærmere om dette i kapittel 7.7.1) Departementet vil jobbe videre med å finne egnede returtiltak tilpasset barnefamilier for å få flere til å velge assistert retur.

Mange utreisepliktige og andre personer uten lovlig opphold, oppholder seg utenfor det norske mottakssystemet Derfor er returtiltak rettet mot denne gruppen viktig i det helhetlige returarbeidet og for å nå flest mulig uten lovlig opphold. Tiltakene inkluderer blant annet informasjonskampanjer i det offentlige rom og informasjon og dialog gjennom innvandrerforeninger, humanitære og frivillige organisasjoner og diaspora i Norge som har kontakt med personer uten lovlig opphold. I 2016 har UDI gitt tilskudd til flere prosjekter med returformål fra ulike aktører på feltet for i større grad å nå målgruppen utenfor mottak. Fra 2017 vil midlene fordeles som tilskudd og anskaffelser. I 2016 ble det satt av 20,3 mill. kroner til arbeidet med returrådgivning i mottak. Dette arbeidet ble styrket med ytterligere 5 mill. kroner i 2017.

Når det gjelder ulike forslag til prosedyrer for veiledning og oppfordring til assistert retur mv. som har kommet i høringen, vises det til at departementet og etatene hele tiden arbeider med å tilpasse eksisterende ordninger for assistert retur, samt vurderer etableringen av nye returordninger

for i størst mulig grad å sikre at vi har effektive ordninger for assistert retur. Informasjon om muligheten for assistert retur blir i dag gitt gjennom hele asylprosessen. De ulike innspillene vil bli vurdert i denne sammenheng.

Det er imidlertid ikke aktuelt for departementet å redusere antallet tvangsreturer ved å fastsette strengere vilkår for slike returer, for eksempel i form av vilkår om at visse prosedyrer for å oppfordre til assistert retur skal være gjennomført. Det vises til det som er sagt ovenfor om behovet for en tydelig og effektiv adgang til å gjennomføre tvangsreturer.

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

På samme måte er *meldeplikt og bestemt oppholdssted* et tiltak som benyttes allerede i dag, herunder overfor barnefamilier som blir pågrepet for uttransportering dagen etter, men hvor uttransporteringen likevel ikke lar seg gjennomføre som planlagt. I slike tilfeller velger ofte politiet å løslate barnefamiliene, og i stedet pålegge dem meldeplikt og plikt til å bo på et bestemt mottak. Som det fremgår av fremstillingen i kapittel 7 er terskelen for å begjære internering av barn, høy. For øvrig benyttes meldeplikt og bestemt oppholdssted også i andre saker enn de som gjelder barnefamilier.

Når det gjelder bruk av *kausjon og/eller garantistillelse*, mener departementet at dette ikke er tiltak det er grunn til å utrede nærmere overfor barnefamilier. I det store flertall av saker hvor barnefamilier pågripes, er det etter norsk praksis planlagt uttransportering dagen etter pågripelse eller en av de aller første dager deretter. Det er svært vanskelig å se hvordan en ordning med kausjon eller garantistillelse skal kunne anvendes på en hensiktsmessig måte i slike saker.

Heller ikke når det gjelder voksne uten barn, anser departementet det hensiktsmessig å utrede bruk av kausjon/garantistillelse. I saker hvor politiet mener at det er nødvendig med internering ut fra kontrollhensyn eller for å gjennomføre en uttransportering, er det klare betenkeligheter ved å kreve økonomiske forsikringer. Denne typen ordninger utfordrer likebehandlingsprinsipper og kan tenkes å sette potensielle kausjonister eller garantister under et svært uheldig press. For enkelte kan det også være så sterke økonomiske interesser i å bli værende i et vestlig land, at det bare i begrenset grad vil redusere unndragelsesfaren, med mindre det økonomiske garantibeløpet settes svært høyt. Det kunne også oppstå mange krevende utfordringer knyttet til når et kausjonsansvar eller en garantistillelse skal kunne inndrives. Og det må forventes at det ville skape sterke reaksjoner dersom staten skulle beholde eller inndrive store pengebeløp som følge av at en utlending unndrar seg tvangsutsendelse.

Flere aktører anbefaler å utrede muligheten for å bruke *elektronisk kontroll* som et alternativ til frihetsberøvelse.

Politidirektoratet ble høsten 2016 bedt av departementet om å utrede muligheten for elektronisk kontroll i utlendingssaker. POD svarte på oppdraget 21. desember 2016. I svaret angis det at elektronisk kontroll vil være lite egnet i saker hvor det i dag benyttes korte interneringer, men at tiltaket kan være mer egnet dersom interneringstiden er lengre – dette har sammenheng med at det er forbundet kostnader og ressursbruk til å tilrettelegge for elektronisk kontroll i det enkelte tilfelle. Målgruppen kan også være barnefamilier som ikke kan interneres.

I dag finnes det to løsninger for elektronisk kontroll ved bruk av fotlenker. Den ene løsningen administreres av Kriminalomsorgsdirektoratet og kan gi informasjon om hvorvidt fotlenken befinner seg innenfor området for mottak av radiosignaler eller ikke (omfatter som regel boligen), men den gir i utgangspunktet ikke mulighet for GPS-sporing. Erfaringen er at det går varsel til hovedsentralen omlag to ganger daglig per fotlenke, og at dette normalt skyldes andre forhold enn brudd på vilkårene. Ordningen krever betydelige ressurser til drift og oppfølging. Fotlenken er enkel å klippe av, men det er begrenset unndragelsesfare når det gjelder dem som i dag soner straff med fotlenke – for denne gruppen er ordningen en fordel sammenlignet med fengsling. Unndragelsesfaren kan være annerledes når det gjelder utlendinger som venter på en nært forestående uttransportering.

Den andre løsningen administreres av Politiets IKT-tjeneste og benytter GPS for å innrapportere personens posisjon via mobilnettet. Systemet kan definere områder hvor personen kan eller ikke kan oppholde seg, og sender en melding til en alarmsentral ved brudd. Fotlenken er vanskelig å klippe av, men kan ødelegges/saboteres, og batteriet krever betydelig innsats fra brukeren i forbindelse med lading. I Danmark er det rapportert om tekniske og praktiske utfordringer knyttet til dekningsgrad, falske alarmer, batterilevetid og sårbarhet for sabotasje ved bruk av fotlenker med GPS-sporing.

Departementet mener at det vil være behov for mer tid på utredning før det kan tas stilling til om elektronisk kontroll kan og bør innføres som et tvangsmiddel i alminnelige utlendingssaker. Skal elektronisk kontroll innføres, må det blant annet foretas nærmere beregninger av hvor mange saker dette antas å gjelde per år, hvor mye ressurser tiltaket vil kreve, hvem som skal administrere ordningen og hvordan dette skal gjennomføres. Departementet fremmer derfor ikke noe generelt forslag om adgang til å benytte elektronisk kontroll som et alternativ til internering i denne omgang, men vil eventuelt komme tilbake til dette etter grundigere vurderinger.

Når det gjelder muligheten for at man i saker med barnefamilier velger å internere bare én av foreldrene, fremfor hele familien, vises det til kapittel 7.7.6 ovenfor, hvor dette er drøftet.

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

13 Annet som er tatt opp i høringen

Departementet har merket seg at *Barneombudet, Fylkesmannen i Oslo og Akershus, UDI, Ullensaker kommune, NOAS, Redd Barna* og *Unio* har tatt opp spørsmål knyttet til bruk av sikkerhetsavdeling og sikkerhetscelle overfor mindreårige. Flere høringsinstanser etterlyser tydeliggjøring av regelverket som gjelder for disse situasjonen. Flere av høringsinstansene viser særlig til en konkret enkeltsak hvor en mindreårig utlending ble plassert på sikkerhetscelle i 2016, og til Barneombudets brev av 19. januar 2017 til departementet hvor denne saken tas opp. Departementet har besvart Barneombudet i brev av 17. mars 2017.

Regelverket knyttet til bruk av sikkerhetsavdeling og sikkerhetscelle overfor mindreårige var ikke et tema i høringsnotatet. Departementet finner det likevel hensiktsmessig å gi en generell redegjørelse for regelverket.

Innsettelse i sikkerhetsavdeling, sikkerhetscelle eller utelukkelse fra fellesskap er regulert i utlendingsloven § 107 femte og sjette ledd, forskrift om Politiets utlendingsinternat (utlendingsinternatforskriften) og hovedinstruks for Politiets utlendingsinternat.

Utlendingsloven og utlendingsinternatforskriften inneholder ikke egne regler om innsettelse på sikkerhetsavdelingen eller sikkerhetscelle, utelukkelse fra fellesskap eller bruk av maktmidler overfor mindreårige. Det følger imidlertid av utlendingsinternatforskriften § 3 tredje ledd at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle beslutninger og handlinger som berører barn som oppholder seg på internatet. Dette gjelder også ved bruk av tvangsmidler og maktmidler. Bestemmelsen er i samsvar med Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1.

Utlendingsloven § 107 femte og sjette ledd lyder slik:

> Når det er strengt nødvendig for å opprettholde ro, orden eller sikkerhet, eller sikre iverksetting etter § 90, og andre mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelig, kan politiet
> a. bruke makt og godkjente maktmidler, jf. politiloven § 6 fjerde ledd,
> b. plassere utlendingen i særlig sikret avdeling eller sikkerhetscelle, eller
> c. utelukke utlendingen helt eller delvis fra fellesskapet på internatet.
>
> Uttalelse fra lege skal så vidt mulig innhentes og tas i betraktning ved vurderingen av iverksetting og opprettholdelse av tiltak etter dette leddet bokstav b og c.
>
> Tiltak etter fjerde og femte ledd kan ikke brukes når det vil være et uforholdsmessig inngrep. Slike tiltak skal brukes med varsomhet. Politiet skal fortløpende vurdere om det er grunnlag for å opprettholde tiltaket.

Innsettelse på sikkerhetsavdeling eller sikkerhetscelle, utelukkelse fra fellesskap, eller bruk av makt må være *strengt nødvendig,* og kan ikke brukes når det vil være et uforholdsmessig inngrep. Politiet skal fortløpende vurdere om det er grunnlag for å opprettholde tiltaket.

En nærmere regulering er gitt i utlendingsinternatforskriften § 10:

> Utlending kan utelukkes fra fellesskap eller plasseres i særlig sikret avdeling eller i sikkerhetscelle når det er strengt nødvendig av hensyn til ro, orden eller sikkerhet, eller for å sikre iverksetting etter utlendingsloven § 90, når
> a. utlendingen kan innebære fare for sin egen eller andres sikkerhet,
> b. det er fare for rømning fra internatet,
> c. det er fare for skade på eiendom,
> d. utlendingen antas å være smittefarlig eller er diagnostisert med smittsom sykdom,
> e. utlendingen etter skriftlig erklæring selv ønsker det av sikkerhetsmessige grunner som anses fyldestgjørende.
>
> Utelukkelse fra fellesskap kan også beslutte for å hindre at utlendingen påvirker miljøet på internatet på en særlig negativ måte.
>
> Uttalelse fra lege skal så vidt mulig innhentes og tas i betraktning ved vurdering av iverksettelsen og opprettholdelsen av tiltaket.

I hovedinstruks for politiets utlendingsinternat punkt 17.2 er det presisert at bruk av sikker-

hetscelle kun skal skje i forebyggende sammenheng, for å beskytte den innsatte selv eller medinnsatte og ansatte, og bare over svært kort tid. Plassering i sikkerhetscelle er et alvorlig inngrep overfor den innsatte og anses som en siste utvei.

Innsettelse på sikkerhetsavdelingen innebærer at utlendingen plasseres i celler som er adskilt fra de vanlige avdelingene. Dette kan skje med begrenset fellesskap («trinn 1») eller med utelukkelse fra fellesskap («trinn 2»). Innsettelse i sikkerhetscelle innebærer at utlendingen plasseres i en celle uten møbler, men med madrass («trinn 3»). Det er tilgang til toalett på cellene. Det vil være døgnkontinuerlig vakthold og tilsyn gjennomføres etter gjeldende bestemmelser.

Utelukkelse fra fellesskap eller innsettelse i sikkerhetsavdeling eller sikkerhetscelle er et enkeltvedtak som kan påklages etter reglene i forvaltningsloven kapittel VI. Politidirektoratet er klageinstans, jf. utlendingsinternatforskriften § 11. Vedtaksmalen inneholder opplysninger om adgangen til å påklage vedtaket.

Departementet bemerker at vedtaksmalen for bruk av restriksjoner ved Politiets utlendingsinternat ble revidert i august 2016. I henhold til malen skal det fremgå at utlendingen er mindreårig og at hensynet til barnets beste er vurdert. Dette sikrer etterrettelighet og etterprøvbarhet av vedtakene. Vedtaket treffes av avdelingsleder for Transittavdelingen eller den han eller hun bemyndiger. Det følger også av malen at jourhavende jurist i Politiets utlendingsenhet skal underrettes straks ved innsettelse av mindreårig i sikkerhetsavdeling eller sikkerhetscelle for vurdering av om vedtaket skal opprettholdes. Sett hen til at behovet for slike tiltak kan oppstå både brått og uventet, mener departementet at dette fremstår som en hensiktsmessig regulering.

Politiets utlendingsenhet har opplyst at i perioden 2014 til 2016 foreligger det *fire* tilfeller hvor mindreårige fikk vedtak om å bli utelukket fra fellesskapet og satt på sikkerhetsavdelingen på Politiets utlendingsinternat på Trandum. I *ett* av disse tilfellene ble den mindreårige plassert på sikkerhetscelle i en periode. I samme periode ble det uttransportert 1704 mindreårige. Dette viser at det er svært sjelden behov for å innplassere mindreårige på en sikkerhetsavdeling. Departementet mener likevel at det er viktig at politiet har adgang til å benytte slike type tiltak overfor mindreårige i saker hvor det anses strengt nødvendig og hvor mindre inngripende tiltak har vært forsøkt eller er åpenbart utilstrekkelige. Politiet vil alltid foreta en konkret vurdering av behovet for et så inngripende tiltak, og hensynet til barnets beste skal alltid inngå som et grunnleggende hensyn i vurderingen.

I Ot.prp. nr. 28 (2006–2007) s. 14 mente departementet at det ikke var hensiktsmessig å gi en egen regulering om at barn som hovedregel ikke skal kunne overføres til sikkerhetsavdeling. Departementet fastholder vurderingen. Det kan uansett ikke være tvil om at terskelen for å bruke slike tiltak overfor barn er, og alltid skal være, svært høy.

For øvrig vises det til at Sivilombudsmannen i brev av 20. februar 2017 har anbefalt at internatet sørger for en stedlig tilstedeværelse av psykolog eller psykiater, noe Politiets utlendingsenhet følger opp og utreder mulighet for. Alle innsatte skal dessuten ha en helsesamtale med sykepleier før de forlater internatet. Helsepersonellet har kamera tilgjengelig, og skal i henhold til gjeldende rutine dokumentere og journalføre eventuelle tegn på skader.

Noen høringsinstanser etterlyser også en gjennomgang av reglene for bruk av makt overfor barn eller overfor foreldre i påsyn av barn under en tvangsretur. Heller ikke dette var et tema i høringsnotatet. Det er ikke tvilsomt at politiet har adgang til bruk av makt overfor barn og overfor voksne i påsyn av barn under en tvangsretur, jf. politiloven § 6 (alminnelige regler om hvordan polititjenesten skal utføres), jf. politiinstruksen §§ 3-1 (alminnelige regler om politiinngrep) og 3-2 (politiets bruk av makt), og utlendingsloven § 90 (iverksetting av vedtak), jf. utlendingsforskriften § 17-15 (uttransportering). I disse bestemmelsene er det gitt generelle regler om hvordan polititjenesten skal utføres, herunder hvilke krav som stilles til politiets bruk av makt. Bestemmelsene må tolkes i lys av plikten til å ivareta hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

14 Administrative og økonomiske konsekvenser

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

Departementet tar sikte på å legge til rette for at det kan opprettes en koordinator-stilling som er dedikert til å stille på kort varsel ved behov tilknyttet utlendingsinternatet, og som har barnefaglig bakgrunn og faglig veilederkompetanse. Koordinatoren kan også bli en person som internatet kan samarbeide tett med når det gjelder faglig oppfølging av hver familie og av hvert barn, og som kan bidra med innspill og faglig veiledning til enkeltansatte og ansattegruppen. I tillegg vil familiesenteret på Trandum styrkes med personell med barnefaglig kompetanse, for å bedre kunne tilrettelegge for internerte barn og barnefamilier ved senteret.

15 Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget

Til § 66 annet ledd

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

Til § 90 sjette ledd og sjuende ledd

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

Sjuende ledd viser i dag til § 90 *femte* ledd (regler om iverksettelse ved anførsel om vern mot retur). Opprinnelig viste bestemmelsen til dagens *sjette* ledd (regler om fastsettelse av utreisefrist), men ved en inkurie ble ikke dette endret ved behandlingen av Prop. 90 L (2015–2016). Henvisningen endres derfor fra femte til sjette ledd.

Til § 92 fjerde ledd

Det foreslås inntatt et nytt *fjerde punktum* om retten til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med prosessfullmektigen, for den som blir pågrepet eller internert. Bestemmelsen svarer til straffeprosessloven § 186 første ledd, som det i dag er henvist til i utlendingsloven § 106 tredje ledd. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.4.2.12.

Til § 99 annet og tredje ledd

Endringen i *annet ledd* tydeliggjør at hovedregelen i samme ledd – tvangsmidler kan benyttes både før og etter at det foreligger et vedtak som innebærer utreiseplikt – ikke gjelder i alle tilfeller. Det vises til drøftelsen i kapittel 11.1 i de alminnelige motivene.

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

Utlendingsloven § 80 slår fast at forvaltningsloven gjelder med mindre noe annet er særskilt bestemt. Forslaget til nytt *tredje ledd* i § 99 slår fast at forvaltningsloven ikke gjelder for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven. Endringen kodifiserer gjeldende rett. Det vises til drøftelsen i kapittel 11.3 i de alminnelige motiver.

Til § 99 a

Bestemmelsen er ny og klargjør at ved anke over kjennelser om bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven, gjelder reglene for anke av straffeprosessuelle kjennelser tilsvarende. Det vises til kapittel 6.5 i de alminnelige motiver.

Til § 103

I *første ledd bokstav c* er det i dag henvist til § 106 a. Når det nå foreslås at gjeldende § 106 a skal bli ny § 106 d, må henvisningen i § 103 første ledd bokstav c endres tilsvarende. Det presiseres også at det kan foretas undersøkelse på grunn av unndragelsesfare også *før* det foreligger et vedtak om at utlendingen må forlate riket. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort også i § 103. Det vises til kapittel 11.1 i de alminnelige motivene.

I *tredje ledd* innarbeides straffeprosessloven § 198 første ledd nr. 1 og deler av § 193, som regulerer hvilke steder en politimann kan foreta undersøkelser uten en forutgående beslutning. Videre innarbeides straffeprosessloven § 198 tredje ledd, som gjelder politimenns adgang til å foreta undersøkelser ved pågripelse. Det vises til de alminnelige motiver, kapittel 9.2.

Fjerde ledd består av de fire siste setningene i nåværende § 103 tredje ledd (med en teknisk tilpasning i innledningen).

Femte ledd fastsetter hvilke bestemmelser i straffeprosessloven som fortsatt gjelder. Det vises til drøftingene i kapittel 9.2 i de alminnelige motivene. Bestemmelsene gir regler om blant annet tilstedeværelse av vitne, undersøkelser i datasys-

tem, tilkalling av medlem av husstand eller nabo og skånsomhet ved utførelse av undersøkelser.

Til § 104

Første ledd endres slik at det fremgår at beslag kan tas i elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av. Det legges til grunn at dette allerede i dag dekkes av den etterfølgende formuleringen «annet materiale», men departementet mener at det er hensiktsmessig å tydeliggjøre at beslagsadgangen også gjelder elektroniske lagringsenheter og lagrede data. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 10.2.13.

I *annet ledd* er det presisert at det kan tas beslag på grunn av unndragelsesfare også *før* det foreligger et negativt vedtak. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort også i § 104. Det vises til kapittel 11.1 i de alminnelige motiver.

Sjette ledd tredje punktum endres slik at bestemmelsen presiserer at retten skal avgjøre spørsmålet om opprettholdelse av beslag ved kjennelse, jf. de alminnelige motiver kapittel 10.2.6.

Nytt *syvende ledd* er en tilpasset versjon av straffeprosessloven § 213, jf. de alminnelige motiver kapittel 10.2.8.

Nytt *åttende ledd* er en tilpasset versjon av straffeprosessloven § 214 b, og gir regler om inndragning av en beslaglagt ting som ikke har kjent eier eller besitter. Det vises til kapittel 10.2.11 i de alminnelige motiver.

Nytt *niende ledd* erstatter den henvisning til straffeprosessloven som i dag fremgår av § 104 siste ledd siste setning. I dag vises det til straffeprosessloven kapittel 16, med noen unntak. I lovforslaget er dette redusert til tre bestemmelser. Det vises til kapittel 10.2.2, 10.2.5 og 10.2.9 i de alminnelige motiver.

Til § 105

Bestemmelsen endres ved at samtlige av dagens henvisninger til straffeprosessloven blir innarbeidet i § 105. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 8.2.

I *første ledd* bokstav b er det presisert at pålegg begrunnet med unndragelsesfare også kan gis før det foreligger et negativt vedtak. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort også i § 104. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 11.1.

I *annet ledd* fastsettes det et krav om at beslutningen skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget. Bestemmelsen tilsvarer straffeprosessloven § 175 første ledd annet punktum. Videre fastsettes det et krav til rettens avgjørelsesform og tidspunkt for rettens avgjørelse. Denne bestemmelsen tilsvarer deler av straffeprosessloven § 184.

Tredje ledd endres ved at det inntas en bestemmelse om at pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted skal opphøre hvis vilkårene ikke lenger er oppfylt. Bestemmelsen svarer til straffeprosessloven § 187 a.

Nytt *fjerde ledd* er identisk med nåværende tredje ledd.

Til § 106

Første ledd bokstav b endres ved at det foretas en tydeliggjøring av kravet til utlendingssakens status. Det presiseres at pågripelse og internering på grunn av unndragelsesfare også kan skje *før* det foreligger et vedtak om at utlendingen må forlate riket. Dette følger av § 99 annet ledd, men foreslås synliggjort i § 106. En tilsvarende presisering av kravet til utlendingssakens status foreslås i første ledd *bokstav e*. Det vises til kapittel 11.1 i de alminnelige motivene.

Første ledd *bokstav d* endres ved at kravet om progresjon fjernes fra bestemmelsen, jf. ny bestemmelse om progresjonskravet i tredje ledd.

I *tredje ledd* er det inntatt en presisering av progresjonskravet i interneringssaker. Formålet er å tydeliggjøre at myndighetene får en aktivitetsplikt i saker hvor utlendingen blir internert. Det vises i denne sammenheng til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f som fastsetter at det ved internering på utlendingsrettslig grunnlag, må treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Når det gjelder ID-tilfellene, kan disse knyttes til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Denne bestemmelsen fastsetter ikke noe uttrykkelig progresjonskrav, men et slikt krav gjelder likevel i norsk rett, jf. også Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2009 s. 797. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 11.2.

Reglene i nåværende § 106 tredje til sjette ledd flyttes til ny §§ 106 a, 106 b og 106 c.

Til § 106 a

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

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

Første ledd første og annet punktum viderefører gjeldende § 106 tredje ledd første og annet punktum. Tredje og fjerde punktum svarer til straffeprosessloven § 175 første ledd annet og tredje punktum, med den endring at de ikke inneholder noe om straffbare forhold. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.2.

Annet ledd tilsvarer straffeprosessloven § 179. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.5.

Tredje ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 178 første ledd. *Annet og tredje punktum* til § 178 annet ledd. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.4.

Fjerde ledd svarer til straffeprosessloven § 177, med den modifikasjon at avskrift av beslutning bare skal gis dersom utlendingen ber om det. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.3.

Femte ledd svarer til første del av straffeprosessloven § 180, men det er gjort unntak fra forklaringsretten i tre tilfeller som er opplistet i bestemmelsen. Det vises til de alminnelig motiver kapittel 6.4.2.6.

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

Sjette ledd har sitt opphav i straffeprosessloven § 182, og innebærer at det ved pågripelse i utgangspunktet skal gis underretning til den pågrepnes husstand eller annen person vedkommende utpeker. Unntaksregelen i annet punktum er derimot tilpasset utlendingssaker og skiller seg fra straffeprosessloven § 182. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.7.

Sjuende ledd første punktum svarer til nåværende § 106 tredje ledd tredje punktum. *Annet punktum* er nytt og innebærer at dersom utlendingen forut for pågripelse på utlendingsrettslig grunnlag har vært pågrepet på strafferettslig grunnlag, skal dette telle med ved beregningen av fremstillingsfristen. Unntak gjelder dersom grunnlaget for pågripelse etter utlendingsloven først oppsto etter pågripelse på straffeprosessuelt grunnlag. Saken kan for eksempel gjelde et tilfelle hvor utlendingen blir pågrepet i straffesak, men hvor straffesaken avgjøres før utløpet av fremstillingsfristen i straffesaken. Dersom det først nå foreligger utvisningsgrunnlag og grunnlag for pågripelse etter utlendingsloven, må det kunne beregnes ny fremstillingsfrist etter utlendingsloven. Det vises til drøftelse i de alminnelige motiver kapittel 6.3.4. *Tredje og fjerde punktum* svarer til straffeprosessloven § 183 første ledd annet og tredje punktum. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.8.

Til § 106 b

Første ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd første punktum. *Annet punktum* svarer til straffeprosessloven § 183 fjerde ledd, med den endring at det ikke kan gjøres unntak hvis fremmøte vil representere en uforholdsmessig ulempe. *Tredje punktum* svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd annet punktum. *Fjerde punktum* viser til straffeprosessloven § 184 a, som gjelder rettens veiledningsplikt ved internering. *Femte punktum* svarer til straffeprosessloven § 184 annet ledd tredje punktum, men er noe justert for å passe i utlendingssaker. *Sjette punktum* svarer til straffeprosessloven § 184 annet ledd fjerde punktum. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.8 til 6.4.2.10.

Annet ledd første, annet og tredje punktum svarer i hovedsak til straffeprosessloven § 185 første ledd første, annet og tredje punktum. Annet ledd *fjerde punktum* svarer til straffeprosessloven § 185 første ledd fjerde punktum, men er modifisert for å passe i utlendingssaker. Bestemmelsen inneholder også det unntaket som følger av nåværende § 106 tredje ledd femte punktum. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.11.

Tredje ledd om varighet av internering viderefører nåværende § 106 femte ledd.

Fjerde ledd viderefører nåværende § 106 sjette ledd.

Femte ledd viderefører henvisningen til straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.11.

Sjette ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 184 femte ledd. *Annet punktum* svarer til straffeprosessloven § 187 a. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 6.4.2.9 og 6.4.2.13.

Til § 106 c

Bestemmelsen inneholder særlige regler om pågripelse og internering av mindreårige utlendinger. Den mindreårige vil være selvstendig part (se annet ledd), også når han eller hun pågripes sammen med foreldre og søsken. Dette er imidlertid ikke til hinder for at en pågripelsesbeslutning, en interneringsbegjæring eller et kjennelsesdokument kan rette seg mot flere personer samtidig. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 7.7.4.

Det er ikke fastsatt noen nedre aldersgrense for hvem som kan interneres. Reglene i § 106 c vil derfor gjelde for alle mindreårige utlendinger. Aldersfastsettelsen må skje på bakgrunn av en konkret vurdering av hvilken alder som fremstår som mest sannsynlig. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 7.7.10.

Første ledd angir vilkårene for pågripelse og internering av barn. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 7.7.2 og 7.7.3. Pågripelse kan bare skje i tilfeller hvor det er særlig påkrevd, hvilket som det klare utgangspunkt i unndragelsestilfellene vil forutsette at det foreligger et endelig vedtak som innebærer en plikt til å forlate landet, at utreisefristen er oversittet, og at familien ikke medvirker til utreise ved å søke om støtte til assistert retur. Dersom det foreligger særskilte opplysninger som politiet er kjent med om barnets situasjon, vil dette ha betydning for vurderingen av barnets beste ved spørsmålet om pågripelse.

Når det gjelder internering, henviser gjeldende utlendingslov til straffeprosessloven § 184 annet ledd som stiller vilkår om at internering må være tvingende nødvendig. I forslaget til ny § 106 c første ledd, er det forsøkt å tydeliggjøre hva som er innholdet i nødvendighetsvilkåret i de ulike tilfeller.

I ID-tilfellene vil det etter forslaget bare kunne begjæres internering dersom det foreligger en ekstraordinær situasjon – typisk en situasjon med så høye samtidige ankomster av asylsøkere at myndighetene må holde søkerne samlet i registreringsfasen for å kunne foreta registrering og ID-kontroll mv. Tiltaket må i tillegg være helt nødvendig som en siste utvei for at det skal kunne gjøres gjeldende overfor barnefamilier. Dersom det for eksempel er tilstrekkelig med pålegg om bestemt bostedsadresse, vil det ikke være grunnlag for internering i saker som omfatter barn.

Når det gjelder internering i unndragelsestilfellene, jf. § 106 første ledd bokstav b, vil dette etter forslaget bare kunne skje dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre utsendelsen. Formuleringen innebærer ingen endring av terskel fra dagens formulering om at internering bare kan skje dersom det er «tvingende nødvendig».

Når det gjelder andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 106 første ledd bokstav a og b, foreslås det en formulering om at internering av mindreårige bare skal kunne skje dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen. Heller ikke dette er ment å nedre terskelen for internering sammenlignet med dagens regelverk.

Annet ledd første punktum presiseres det at hensynet til barnets beste alltid skal vektlegges. Dette følger både av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, men bør fremheves uttrykkelig i utlendingsloven. *Annet punktum* stiller krav om at det skal fremgå av kjennelsen om internering hvordan hensynet til barnets beste og muligheten for å anvende mindre inngripende tvangsmidler er vurdert. Det må blant annet gjøres en selvstendig vurdering av om det vil være til barnets beste å bli pågrepet eller internert sammen med barnets foreldre. Det er også presisert i annet punktum at barnet er part. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 7.7.4.

Tredje ledd viderefører gjeldende § 106 fjerde ledd, som for øvrig tilsvarer straffeprosessloven § 183 annet ledd (særskilt fremstillingsfrist for mindreårige).

Fjerde ledd regulerer barnevernets rolle ved pågripelse og internering av barn. Reglene er til dels basert på straffeprosessloven § 183 tredje ledd, men tilpasset utlendingssakene. Det vises til de alminnelige motivene kapittel 7.7.7. Politiet skal varsle barneverntjenesten om pågripelse av barn så snart som mulig etter at det blir sannsynlig at politiet vil begjære internering. Videre skal varsel gis så snart som mulig dersom andre særlige grunner tilsier det. Eksempler på «andre særlige grunner» kan være at barnet av helsemessige, familiemessige, eller andre årsaker, er særlig sårbart. Det vises for øvrig til at det uansett kan foreligge en varslingsplikt etter barnevernloven § 6-4 annet ledd.

Det følger av *tredje punktum* at barneverntjenesten «så vidt mulig» skal gi en skriftlig uttalelse i alle saker hvor politiet begjærer internering av mindreårige, med mindre retten eller barneverntjenesten selv finner det åpenbart unødvendig. Bakgrunnen for formuleringen «så vidt mulig», er behovet for å sikre at det kan avholdes interneringsmøte selv om det skulle være uforutsette praktiske hindringer for at barneverntjenesten rekker å ferdigstille en skriftlig uttalelse. For øvrig vises det til de alminnelige motivene kapittel 7.7.7 og det som er bemerket der, blant annet om at det kan være grunn til å forvente en grundigere uttalelse fra barneverntjenesten ved eventuell interneringsforlengelse. Barneverntjenesten har da hatt mulighet til å bli bedre kjent med barnet.

Temaet for barneverntjenestens uttalelse bør være om det er særskilte forhold knyttet til barnet eller den aktuelle familien som bør tillegges vekt, og som har betydning for om det er forsvarlig med frihetsberøvelse, eventuelt om det er behov for tiltak.

I *fjerde punktum* er det fastsatt at barneverntjenesten skal delta i møte om internering dersom retten eller barneverntjenesten finner deltagelse nødvendig. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 7.7.7 for en nærmere drøfting.

Det bemerkes at straffeprosessloven § 118, som det blir henvist til i siste punktum, gjelder krav om samtykke fra departementet for vitneførsel som ville krenke lovbestemt taushetsplikt m.m.

Femte ledd gir særskilte regler om høring av barn i forbindelse med fremstilling for internering. Reglene svarer i hovedsak til det som er fastsatt i utlendingsforskriften § 17-3 for utlendingssaker for øvrig. Det vises til de alminnelige motiver kapittel 7.7.5. Departementet mener at det er viktig å presisere dette særskilt i tilknytning til rettens vurdering av spørsmålet om internering. Det vises for øvrig til at bestemmelsen er utformet med utgangspunkt i barnekonvensjonen artikkel 12.

Sjette ledd er en regel om at barn under 18 år ikke kan interneres for mer enn tre døgn (72 timer) av gangen, og at de som utgangspunkt bare kan interneres for seks døgn til sammen (i tillegg til de døgn de kan ha sittet pågrepet før det avsies kjennelse om internering). Det vises til de alminnelige motiver kapittel 7.7.8.

Internering ut over seks døgn kan bare skje dersom det foreligger særlige og sterke grunner. Med særlige grunner siktes det i første rekke til at familien eller barnet selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har latt seg gjennomføre innen seks døgn etter pågripelse, eller at det er klarlagt et tidspunkt for uttransportering som ligger nær i tid. Det følger av formuleringen «i første rekke» at bestemmelsen ikke er uttømmende formulert. Det understrekes for øvrig at en forlengelse av tiden ut over seks døgn, alltid må vurderes opp mot andre folkerettslige rammer enn barnekonvensjonen, herunder EMK artikkel 3, 5 og 8. I de alminnelige motivene kapittel 7.7.8 er det angitt en rekke momenter som vil kunne være sentrale for å vurdere hvor belastende frihetsberøvelse vil oppleves for en mindreårig. I denne forbindelse vil det også ha stor betydning hvor godt tilrettelagte forhold som etableres ved den nye familieenheten som politiet arbeider for å få på plass utenfor Trandum.

Bestemmelsen fastsetter for øvrig at i de tilfeller hvor det unntaksvis er grunnlag for internering ut over seks døgn, skal internering bare kunne besluttes for inntil én uke av gangen.

Til § 106 d

Gjeldende § 106 a (fare for unndragelse) blir ny § 106 d.

Til § 107

Begrepet «fengsles» erstattes med «interneres», jf. kapittel 6.2 i de alminnelige motiver. Departementet bemerker at tilsvarende endringer vil bli gjort i utlendingsforskriften § 18-12 a og utlendingsinternatforskriften § 2.

Til § 130

Henvisningen til gjeldende § 106 femte ledd endres til ny § 106 b tredje ledd, som inneholder reglene om lengste samlede varighet av internering. For øvrig erstattes begrepet «fengsles» med «interneres», jf. de alminnelige motiver 6.2 ovenfor.

16 Ikrafttredelse og overgangsregler

Det foreslås at lovendringen settes i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Ulike bestemmelser kan settes i kraft på ulike tidspunkt.

Det foreslås at Kongen kan fastsette nærmere overgangsregler.

Justis- og beredskapsdepartementet

t i l r å r :

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

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

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

Forslag
til lov om endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.)

I

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

§ 66 annet ledd bokstav b første strekpunkt skal lyde:
– fordi det er fare for unndragelse, jf. § 90 sjette ledd bokstav a og *§ 106 d,*

§ 90 sjette ledd bokstav a skal lyde:
a) det er fare for unndragelse, jf. *§ 106 d*,

§ 90 sjuende ledd første punktum skal lyde:

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

§ 92 fjerde ledd fjerde punktum skal lyde:

En utlending som blir pågrepet eller internert har rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin prosessfullmektig.

Nåværende fjerde og femte punktum blir femte og nytt sjette punktum.

§ 99 annet ledd og nytt tredje ledd skal lyde:

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

Forvaltningsloven gjelder ikke for bruk av tvangsmidler i medhold av loven her, med mindre annet er særskilt fastsatt eller følger av forskrift til loven.

Ny § 99 a skal lyde:
§ 99 a *Anke over kjennelse om tvangsmidler*

Ved anke over kjennelse om tvangsmidler etter loven her gjelder bestemmelsene i straffeprosessloven kapittel 26 tilsvarende.

§ 103 første ledd bokstav c skal lyde:
c) har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. *§ 106 d. Det samme gjelder under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak.*

§ 103 tredje til fjerde og nytt femte ledd skal lyde:

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

Beslutning om undersøkelse skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med undersøkelsen og hva undersøkelsen omfatter. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før undersøkelsen foretas, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med undersøkelsen.

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

§ 104 første og annet ledd skal lyde:

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

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

§ 104 sjette og nytt sjuende til niende ledd skal lyde:

Enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. Politiet sørger for at den som rammes av beslaget, blir gjort kjent med denne retten. *Rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.*

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

Politiet kan beslutte inndragning av en ting som er beslaglagt i medhold av loven her, dersom verken eieren eller besitteren er kjent, og det finnes rimelig av hensyn til eieren. Beslutningen skal være skriftlig og begrunnet. Den som påberoper seg å være eier eller besitter kan kreve saken forelagt for retten innen 6 måneder etter at vedtak om inndragning er fattet. Den som påberoper seg å være eier eller besitter kan også kreve saken forelagt for retten etter utløpet av fristen, dersom politiet fortsatt har hånd om tingen, og oversittelsen ikke bør legges vedkommende til last eller når særlige forhold ellers tilsier det.

Reglene i straffeprosessloven §§ 204 (forbud mot beslag), 207 (gjennomføring av beslag) og 214 (tilbakelevering av beslaglagte gjenstander) gjelder så langt de passer.

§ 105 første ledd bokstav b skal lyde:

b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate *riket. Det samme gjelder under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak,*

§ 105 annet og tredje ledd skal lyde:

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

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

Nåværende tredje ledd blir nytt fjerde ledd.

§ 106 skal lyde:

§ 106 *Vilkår for pågripelse og internering*

En utlending kan pågripes og *interneres* når

a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,
b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket. Pågripelse og *internering* kan også skje dersom det er vesentlig fare for at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen skal overføres til et annet europeisk land i medhold av Dublin-samarbeidet, jf. § 32 fjerde ledd. *Pågripelse og internering kan også skje under behandlingen av en sak som kan føre til vedtak som nevnt i første og annet punktum*,
c) utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen ennå ikke er inntrådt,
d) det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. *§ 90. Det* er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt

straff og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger,

e) utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument. *Pågripelse og internering etter første punktum kan også skje under behandlingen av en sak,*

f) utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse,

g) utlendingens søknad om beskyttelse mest sannsynlig vil bli nektet realitetsbehandlet i medhold av § 32 første ledd bokstav a eller d eller femte ledd. Dette gjelder ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse, eller

h) utlendingens søknad om beskyttelse antas å være åpenbart grunnløs og skal behandles i løpet av 48 timer. Dette gjelder ikke hvis utlendingen er mindreårig eller har mindreårige barn som også har søkt beskyttelse.

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

Pågripelse og internering etter første ledd bokstav a kan bare besluttes når det treffes tiltak med sikte på å avklare identitet. Pågripelse og internering etter første ledd bokstav b, c og d, kan bare besluttes når det treffes tiltak med sikte på utsendelse.

§ 106 a skal lyde:

§ 106 a *Pågripelse og fremstilling*

Pågripelse besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågripelse. Beslutning om pågripelse skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den pågrepne og en kort beskrivelse av grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.

Når noen er pågrepet uten beslutning av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt, skal spørsmålet om å opprettholde pågripelsen snarest mulig forelegges for politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Ved opprettholdelse skal det utferdiges en skriftlig beslutning.

Pågripelse foretas så skånsomt som forholdene tillater. Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, skal tas fra den pågrepne. I dette øyemed kan utlendingens person undersøkes.

Den som blir pågrepet, skal gis opplysning om grunnen til pågripelsen på et språk utlendingen forstår. Foreligger det skriftlig beslutning om pågripelse, skal utlendingen gis avskrift av beslutningen dersom vedkommende ber om det.

Den pågrepne skal snarest mulig gis adgang til å forklare seg for politiet. Straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd gjelder tilsvarende. Forklaringsrett gjelder likevel ikke når

a) en utlending som er utvist og ikke er gitt utreisefrist i medhold av § 90 sjette ledd, pågripes ved løslatelse fra soning av dom,

b) pågripelse skjer på grunn av fare for unndragelse og utlendingen allerede har oversittet en fastsatt utreisefrist, eller

c) pågripelse skjer etter at utlendingen har forklart seg overfor politiet i en alminnelig utlendingskontroll, jf. § 21.

Når pågripelse er foretatt, skal politiet sørge for underretning til den pågrepnes husstand eller annen person vedkommende utpeker. Underretning kan imidlertid unnlates dersom den pågrepne ikke ønsker slik underretning, de nevnte personene befinner seg i utlandet, eller særlige grunner tilsier det. Når underretning unnlates mot utlendingens vilje, og ikke skyldes at de aktuelle personene befinner seg i utlandet, skal spørsmålet forelegges for retten første gang utlendingen fremstilles.

Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen fremstilles for tingretten med begjæring om internering. Dersom utlendingen først var pågrepet etter straffeprosessloven, skal også denne tiden medregnes, med mindre grunnlaget for pågripelse etter utlendingsloven først oppsto i ettertid som følge av ilagt straff. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av fremstillingsfristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd innen den andre dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken.

Ny § 106 b skal lyde:

§ 106 b *Internering*

Den tingrett som den pågrepne fremstilles for, avgjør ved kjennelse om utlendingen skal interneres. Politiet har plikt til å delta i rettsmøtet. Avgjørelsen treffes så vidt mulig innen rettsmøtets slutning. Straffeprosessloven § 184 a gjelder tilsvarende. Kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til interneringen. Det skal også gå frem av kjennelsen at internering ikke er et uforholdsmessig inngrep.

Beslutter retten internering av den fremstilte, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for

interneringen. Fristen skal være så kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen. Dersom særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, kan retten sette en lengre frist ved internering etter § 106 første ledd bokstav a.

Samlet interneringstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Internering 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. Internering kan ikke overstige 18 måneder med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Pågripelse og internering etter § 106 første ledd bokstav g kan ikke overstige 7 dager. Pågripelse og internering etter § 106 første ledd bokstav h kan ikke overstige 72 timer.

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

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

Interneringskjennelse eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres. Løslatelse skal skje så snart retten eller politiet finner at interneringsgrunnen er falt bort, eller når fristen for internering er utløpt.

Ny § 106 c skal lyde:

§ 106 c *Særlige regler om pågripelse og internering av mindreårige*

En mindreårig utlending kan bare pågripes hvis det er særlig påkrevd, og kan bare interneres i medhold av § 106 første ledd bokstav a i ekstraordinære situasjoner hvor tiltaket er helt nødvendig som en siste utvei for å sikre identitetskontroll, eller i medhold av § 106 første ledd bokstav b dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre utsendelsen. For øvrig kan en mindreårig utlending bare interneres dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen som gir grunnlag for interneringen.

Hensynet til barnets beste skal alltid vurderes som et grunnleggende hensyn i saker om pågripelse og internering, herunder ved vurderingen av om det i stedet kan iverksettes alternative tiltak, jf. § 105. I avgjørelser som omfatter barn, er barnet part, og det skal fremgå av en kjennelse om internering hvordan hensynet til barnets beste og muligheten for alternative tiltak er vurdert.

Vil politiet beholde en pågrepet mindreårig utlending, må fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag.

Politiet skal varsle barneverntjenesten om pågripelse av barn så snart som mulig etter at det blir sannsynlig at politiet vil begjære internering. Varsel skal uansett gis så snart som mulig dersom andre særlige grunner tilsier det. Barneverntjenesten skal så vidt mulig avgi en skriftlig uttalelse i saken, med mindre retten eller barneverntjenesten finner det åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal delta i møte om internering dersom retten eller barneverntjenesten finner deltagelse nødvendig. Reglene i straffeprosessloven § 118 gjelder tilsvarende.

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

En mindreårig utlending kan interneres for inntil 3 døgn (72 timer) av gangen. Samlet interneringstid kan til sammen ikke ha lenger varighet enn 6 døgn, med mindre det foreligger særlige og sterke grunner. Med særlig grunn siktes det i første rekke til at familien eller barnet selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har latt seg gjennomføre innen 6 døgn etter pågripelse, eller at det er klarlagt et tidspunkt for uttransportering som ligger nær i tid. I de tilfeller hvor det unntaksvis er grunnlag for internering ut over 6 døgn, skal internering bare kunne besluttes for inntil 1 uke av gangen.

Nåværende § 106 a blir ny § 106 d.

§ 107 første ledd skal lyde:

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

§ 130 annet ledd skal lyde:

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

II

1. Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelsene til forskjellig tid.
2. Kongen kan fastsette overgangsregler.

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Internett: www.publikasjoner.dep.no
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Telefon: 22 24 00 00

Privat sektor:
Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub
E-post: offpub@fagbokforlaget.no
Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Trykk: 07 PrintMedia AS – 04/2017