

+

UiO : **Det juridiske fakultet**

Langvarig fengsling av i medhold av utlendingsloven

Om unntaksadgangen fra 18-måneders fengslingsfrist etter utlendingsloven
§ 106 femte ledd tredje punktum

Kandidatnummer: 607

Leveringsfrist: 25.11.2017

Antall ord: 15 100



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Aktualitet	3
1.3	Problemstilling og perspektiv	4
1.4	Avgrensinger	4
1.4.1	Menneskerettslig grunnlag	4
1.4.2	Om utvisning som forvaltningssaksjon	4
1.5	Terminologi	5
1.6	Videre fremstilling	5
2	RETTSKILDER OG METODE	6
2.1	Lov og forskrift	6
2.1.1	Utlendingsloven med tilhørende forskrift	6
2.1.2	Relevante bestemmelser i Grunnloven	7
2.1.3	Forholdet mellom utlendingsloven § 106 og andre lover	7
2.2	Rettspraksis	8
2.3	Forarbeider	8
2.4	Forvaltningspraksis	8
2.5	Forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett	9
2.5.1	Menneskerettslige forpliktelser	9
2.5.2	EU-retten	9
3	KORT OM FENGSLING I MEDHOLD AV UTLENDINGSLOVEN, HERUNDER VILKÅRENE FOR ID-FENGSLING	9
3.1	Grunnvilkår for fengsling etter utlendingsloven	9
3.1.1	§ 106 første ledd bokstav a	10
3.2	Forholdsmessighet	11
3.2.1	Grunnloven om lovskrav og proporsjonalitetsprinsippet ved frihetsberøvelse ..	11
3.2.2	Forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 99	11
3.3	Effektuerbart vedtak	12
3.4	Fengslingsfrister	13
3.5	Prosessuelle regler	13
3.6	Formål ved tvangsmiddelbruk og ved utlendingsloven generelt	14
4	NÆRMERE OM INNFØRINGEN AV 18-MÅNEDERS FENGLINGSFRIST MED TILHØRENDE UNNTAKSADGANG	16

4.1	Schengen-samarbeidet	16
4.2	Returdirektivet	16
4.2.1	Kort om returdirektivet	16
4.2.2	Direktivets implementering i norsk rett	17
4.2.3	Frihetsberøvelse, artikkel 15	17
4.2.4	Særlig om adgang til unntak fra 18-måneders fristen	19
4.3	Beregning av fengslingens varighet	20
4.4	Vilkår for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse	22
4.4.1	Utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon	22
4.4.2	Utvist på bakgrunn av ilagt straff begått i utlandet	24
4.5	Særlig om utvisning ved brudd på utlendingsloven	24
5	RETTSLIGE BEGRENSNINGER VED ANVENDELSEN AV UNNTAKSBESTEMMELSEN	26
5.1	Forholdsmessighetsvurderingen etter norsk rettspraksis	27
5.2	Retten til personlig frihet og sikkerhet	30
5.3	Forbudet mot tortur, mishandling og nedverdiggende behandling eller straff	36
5.4	Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning	35
6	OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE KOMMENTARER	39
7	LITTERATURLISTE	43
	Norske lover og forskrifter	43
	Internasjonale traktater, konvensjoner og direktiver	43
	Rettsavgjørelser	44
	Forarbeider (alle forarbeider er hentet fra www.regjeringen.no)	45
	Forvaltningspraksis	47
	Litteratur	47
	Andre kilder	47

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for oppgaven er unntaksadgangen fra den absolutte fengslingsfristen i utlendingsloven¹ § 106 femte ledd tredje punktum. Bestemmelsen lyder:

«Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon.»

Bestemmelsen knytter seg til flere ulike fengslingsgrunnlag som oppstilles i utlendingsloven § 106 første ledd, herunder bokstav a om pågrep og fengsling ved manglende samarbeid eller uriktige opplysninger om identitet. Fengslingsfristen ble implementert i norsk rett ved gjennomføringen av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer i medlemslandene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (Returdirektivet), og endringene trådte i kraft i desember 2010. Returdirektivet er en videreutvikling av Schengen-samarbeidet som Norge har vært en del av siden 2001. Samtidig som det ble innført en absolutt fengslingsfrist på 18 måneder, valgte lovgiver å muliggjøre et unntak for utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Dette ble gjort med bakgrunn i at medlemsstatene står fritt til å beslutte at direktivets regler ikke skal anvendes på tredjelandsborgere som «er ilagt en strafferettslig sanksjon som går ut på eller har til følge at de skal returneres, i samsvar med nasjonal lovgivning, eller som skal utleveres.», jf. Returdirektivet artikkel 2 andre ledd bokstav b.

I forarbeidene uttaler departementet at det anses som hensiktsmessig å benytte seg av denne muligheten til utvidet fengsling da det i «rene unntakstilfeller vil oppstå et behov for fengsling utover 18 måneder».² Før implementeringen av Returdirektivet oppstilte loven ingen fast øvre grense for hvor lenge en utlending kunne sitte fengslet etter utlendingslovens regler.

Fengsling utgjør et av tvangsmidlene politiet har til rådighet for å avklare identitet eller sikre iverksettelsen av retur for utlendinger som oppholder seg ulovlig i riket. Dette kan være utlendinger som har fått endelig avslag på sin søknad om asyl og som har oversittet utreisefristen, utlendinger som har reist inn i landet uten lovlig tillatelse eller som av andre årsaker oppholder seg ulovlig i Norge.

¹ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og opphold her (utlendingsloven)

² Prop. 3 L (2010-2011) side 53

De langvarige fengslingene etter utlendingsloven skyldes ofte at norske myndigheter ikke kjenner utlendingens identitet. Tall fra Politiets utlendingsenhet (PU) viser at så lite som fem prosent av asylsøkerne som kom til Norge i 2013 viste gyldige identitetsdokumenter ved førstegangsregistrering.³ Arbeidet kan være tidkrevende enten fordi utlendingen selv ikke samarbeider, eller fordi samarbeidet med mottakerlandet tar tid. Det å ha avklart utlendingens identitet vil som regel være en forutsetning for å kunne gjennomføre retur ved ulovlig opphold.⁴ Identitetsavklaring som en del av opprettholdelsen av en effektiv returpolitikk trekkes frem som en av de «viktigste utfordringene i asylpolitikken».⁵ I tillegg til målet om en effektiv returpolitikk trekkes også sikkerhetsperspektivet frem som et viktig hensyn ved arbeidet med identitetsavklaring.⁶

Tema for oppgaven befinner seg i et skjæringspunkt mellom nasjonalstatens suverenitet og enkeltindividets frihet. Dette er begge viktige folkerettslige prinsipper som står sterkt. Stats-suverenitetsprinsippet slår fast at alle stater er suverene, og det følger som prinsipielt utgangspunkt at statene også har rett til å kontrollere hvem som kan oppholde seg på deres territorium.⁷ Statenes suverenitet kan likevel være begrenset av de internasjonale menneskerettighetene som beskytter enkeltindividet. På utlendingsrettens område innebærer det menneskerettslige vernet blant annet en beskyttelse mot vilkårlig frihetsberøvelse og vern mot utsendelse for bestemte grupper. Fengsling er et av det mest inngripende tvangsmiddelet som kan anvendes overfor enkeltindividet og det stilles derfor strenge krav til lovhjemmelen og anvendelsen av dette tvangsmiddelet. Nasjonalstaten utøver kontroll med sitt territorium, men en kontinuerlig vurdering av de virkemidlene som tas i bruk ved utøvelsen av denne kontrollen er nødvendig for å samtidig ivareta statens folkerettslige forpliktelser.

Innføringen av 18-måneders fengslingsfrist med en såpass vid og generell unntaksbestemmelse reiser flere spørsmål om hvilke lovmessige hensyn som ligger bak og rekkevidden til unntaksbestemmelsen. Det kan også stilles spørsmål ved rimeligheten av dette unntaket. Fengsling etter utlendingsretten omtales som et midlertidig sikringstiltak, men hvor midlertidig er det når fengslingen varer 18 måneder og lenger? Hvilke krav stilles det til vurderingen av forholdsmessigheten og rimeligheten ved langvarige fengslinger? Er praksisen i tråd med internasjonale menneskerettigheter? Dette er spørsmål som oppgaven søker å besvare i lys av nasjonale og internasjonale regler.

³ Politiets utlendingsenhet (2014) - årsmeldingen fra 2013 er den siste som er publisert

⁴ Prop. 3 L (2010-2011) side 53

⁵ Prop. 138 L (2010-2011) side 25

⁶ Prop. 90 L (2015-2016) side 150

⁷ Saadi v. Italy (2008) avsnitt 124

1.2 Aktualitet

Utlendingsretten er et dynamisk rettsområde. Stor bevegelse over landegrensene og et verdenssamfunn i kontinuerlig endring gjør at reglene til stadighet blir utfordret og debattert. Et av formålene bak utlendingsloven er å regulere inn- og utreise og utlendingers opphold i riket «i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser»⁸, og utlendingsretten vil således påvirkes av den innvandringspolitikken som til enhver tid føres og utviklingen internasjonalt. I norsk politikk er avstanden stor mellom de ulike partienes innvandringspolitikk. Samtidig er store deler av utlendingsretten forskriftsbasert, noe som gjør den til et rettsområde som ofte endres og stadig er aktuelt. Temaet skaper mye engasjement også blant befolkningen, og tall fra SSB viser at innvandringspolitikk var den viktigste saken for velgerne ved stortingsvalget tidligere i år.⁹

Debatten i Norge dreier seg i stor grad om på hvilket grunnlag det skal gis opphold, men også hvordan man skal sikre uttransport av de som har fått avslag og andre som oppholder seg ulovlig i riket. For sittende regjering i stortingsperioden 2013-2017 var uttransport av utlendinger uten lovlig opphold en høyt prioritert oppgave,¹⁰ og Politiets utlendingsenhet (PU) gjennomførte i 2016 tvungen uttransport av 8 078 personer. Dette er det høyeste tallet noensinne, men tallet må ses i sammenheng med asylstrømmen Norge og resten av Europa opplevde i 2015. Av de 8 078 personene som ble uttransportert i 2016 var 2 268 utvist som følge av ilagt straff.¹¹

Samtidig som temaet skaper mye engasjement i Norge, arbeides det på tvers av landegrensene i Europa jobb mot et mer uniformt asylsystem, og internasjonale forpliktelser er i stor grad med på å forme regelverket i Norge. Schengen-samarbeidet er en viktig del av dette, og gjennom dette samarbeidet er Norge med på å danne en felles yttergrense for Europa. Det følger av samarbeidsavtalen at Norge er pålagt å implementere nytt EU-regelverk som anses som en videreutvikling av Schengen-samarbeidet.¹² Norge var således forpliktet til å implementere returdirektivet da det ble vedtatt av Europaparlamentet i 2008.¹³

Denne oppgaven tar for seg et lite tema i dette store bildet, nemlig langvarig fengsling av utlendinger som er utvist som følge av at de er ilagt straff eller særreaksjon. Det hører til sjel-

⁸ Utlendingsloven § 1 første ledd

⁹ Statistisk sentralbyrå (SSB) (2017)

¹⁰ Regjeringen (2013)

¹¹ Politiet (2016)

¹² Returdirektivet (2008) punkt 28

¹³ Prop. 3 L (2010-2011) side 5

denhetene at fengsling i medhold av utlendingsloven overstiger 18 måneder, med det er likevel aktuelt med en klargjøring av gjeldende rett og en vurdering av unntaksbestemmelsens rekkevidde. Redegjørelsen og drøftelsen vil vise en vanskelig avveining mellom enkeltindivids rettigheter og nasjonalstatens suverenitet, en avveining som ofte blir satt på spissen og som er svært aktuelt innenfor utlendingsretten som sådan.

1.3 Problemstilling og perspektiv

Gjennom denne oppgaven søkes det å redegjøre for unntaksbestemmelsen i utlendingsloven som tillater fengsling ut over 18 måneder dersom utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Redegjørelsen av gjeldende rett søker å klargjøre i hvilke tilfeller unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse, og hvilken rekkevidde bestemmelsen har. Ved denne redegjørelsen vil oppgaven ha et rettsdogmatisk perspektiv. Videre kan det argumenteres for at unntaksbestemmelsen har flere problematiske sider. Dette sett i lys av Norges folkerettslige forpliktelser, men også etter internrettslige prinsipper om forholdsmessighet og rimelighet. Oppgaven søker å drøfte disse sidene ved unntaksbestemmelsen, og oppgaven vil under disse drøftelsene ha et rettspolitisk perspektiv.

Oppgavens problemstilling er todelt. For det første: I hvilke tilfeller åpner utlendingsloven for fengsling utover 18 måneder, og hvilke sammenliknbare tilfeller faller utenfor? Og videre: Hvilke rettslige rammer gjelder når fengslingene overstiger 18 måneder? Her vil det særlig vektlegges de begrensninger som følger etter Norges internasjonale forpliktelser.

1.4 Avgrensinger

1.4.1 Menneskerettslig grunnlag

Ved behandlingen av de menneskerettslige reglene som berører oppgavens problemstilling tas det utgangspunkt i reglene slik de følger av intern rett og Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK). Dette er av plassmessige hensyn, men også fordi EMK er det konvensjonsvernet av sosiale og politiske rettigheter med størst praktisk betydning i norsk rett. Bestemmelsene i EMK er formulert med klare rettigheter for enkeltindividet og tilsvarende plikter for staten. Med Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD) som håndhevingsorgan er det også den konvensjonen som har størst rettskildemessig relevans for norsk rett.

1.4.2 Om utvisning som forvaltnings sanksjon

I den videre fremstilling vil jeg kort redegjøre for reglene om utvisning etter utlendingsloven kapittel 8 da vedtak om utvisning er et vilkår for at unntaket fra den absolutte fengslingsfristen skal komme til anvendelse. Bestemmelsene om utvisning må tolkes i samsvar med internasjonale regler jf. utlendingsloven § 3. Dette rettskildet bildet er komplekst, og vil ikke be-

handles i det videre da det relevante for denne oppgaven kun er om det foreligger et utvisningsvedtak eller ikke, og ikke hvordan utvisningsvedtaket er begrunnet eller om vedtaket i seg selv er i tråd med internasjonal menneskerettslig vern.

1.5 Terminologi

Med utlending menes «enhver som ikke er norsk statsborger» jf. utlendingsloven § 5 første ledd.

Med tredjeland menes land utenfor Schengen-samarbeidet, jf. returdirektivet artikkel 3 nr. 1.

I relevante rettskilder brukes begrepene «*fengsling*» og «*internering*» noe om hverandre som betegnelse på frihetsberøvelse etter utlendingsloven. Loven bruker i dag begrepet fengsling i § 106, mens det i § 107 vises til at den fengslede utlendingen som hovedregel skal anbringes på «utlendingsinternat eller på annet særskilt tilrettelagt innkvarteringssted.» Det bemerkes at det foreligger et forslag fra departementet om endringer i utlendingsloven hvor det foreslås å endre gjeldende terminologi fra «fengsling» til «internering».¹⁴ Dette forslaget vil, dersom det blir vedtatt, ikke innebære en realitetsendring. I denne oppgaven vil imidlertid begrepet «fengsling» brukes, i tråd med gjeldene rett.

Justis- og beredskapsdepartementet har det faglige ansvaret for utlendingsloven. Når ikke annet er spesifisert er det dette departementet som menes.

1.6 Videre fremstilling

I det neste kapitlet vil jeg kort redegjøre for den metode og de rettskilder som benyttes i oppgaven. Utlendingsretten er et dynamisk rettsområde, og rettskildebildet er komplisert. Kapitlet søker å redegjøre for relevante rettskilder, samt å belyse særskilte rettskildemessige utfordringene i arbeidet med oppgavens problemstilling.

I kapittel tre gis en kort fremstilling av fengsling i medhold av utlendingsloven, dette danner grunnlag for det videre drøftelsen i oppgaven. Det redegjøres for vilkårene for fengsling, og særlig etter § 106 første ledd bokstav a da dette grunnlaget er det mest relevante ved langvarig fengsling. Videre behandles lovens krav til forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler jf. § 99. Deretter følger en kort presentasjon av de ulike tidsfristene for fengsling, og de prosessuelle reglene ved fengsling, herunder kompetanseregler og fremstillingsfrist. Avslutningsvis

¹⁴ Prop. 126 L (2016–2017) side 19

følger en gjennomgang av formålet ved bruken tvangsmidlene som er hjemlet i loven, og en problematisering av et til dels sprikende formål med resten av loven.

Kapittel fire omhandler bakgrunnen for innføringen av en absolutt fengslingsfrist i utlendingsloven og medfølgende unntaksadgang. Her redegjøres det for implementeringen av Returdirektivet i norsk rett og innholdet av direktivets artikkel 15 om frihetsberøvelse. Videre vil jeg se på lovgivers begrunnelse for unntaksadgangen, og nærmere på hvilke tilfeller unntaksadgangen kommer til anvendelse. Kapitlet inneholder også en drøftelse av betydning av om utlendingen er utvist som følge av brudd på utlendingsloven eller andre bestemmelser da dette kan ha betydning for om unntaksbestemmelsen kan komme til anvendelse.

I kapittel fem drøftes de rettslige begrensningene ved anvendelsen av unntaksbestemmelsen. For det første vil fengslingens varighet vurderes i lys av EMK art. 5 og det som foreligger av norsk rettspraksis. Videre vurderes det om unntaksbestemmelsen kan komme i strid med forbudet mot dobbeltstraff eller forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Kapittel 6 inneholder en kort oppsummering av hvordan oppgavens problemstillinger er besvart samt noen avsluttende betraktninger.

2 Rettskilder og metode

2.1 Lov og forskrift

2.1.1 Utlendingsloven med tilhørende forskrift

Utlendingsloven er den sentrale rettskilden i norsk utlendingsrett. Loven ble vedtatt 15. mai 2008 med ikrafttredelse 1. januar 2010. Formålet med loven er å regulere utlendingers opphold samt inn- og utreise i riket, tilrettelegge bevegelse over landegrensene i tråd med lovens bestemmelser, og til sist verne om retten til beskyttelse for utlendingene som har rett til beskyttelse etter alminnelig folkerett og bindende avtaler for Norge.¹⁵

Lovens bestemmelser utfylles av utlendingsforskriften.¹⁶ Mens den tidligere utlendingsloven av 1988 i stor grad var en fullmaktslov som la mye makt til regjeringen, er prinsipielle spørsmål i større grad regulert ved lov i utlendingsloven av 2008. Dette gir Stortinget større inn-

¹⁵ Utlendingsloven § 1

¹⁶ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

virkning på utlendingsrettens område.¹⁷ Utlendingsforskriften er likevel en viktig rettskilde fordi den utfyller lovens bestemmelser. Det bemerkes imidlertid at den mest sentrale bestemmelsen for denne oppgaven, utlendingsloven § 106, ikke er forskriftsregulert.

2.1.2 Relevante bestemmelser i Grunnloven

Flere av bestemmelsene i Grunnloven er relevante for oppgavens tema. Menneskerettighetenes stilling i norsk rett ble styrket ytterligere da Grunnloven¹⁸ gjennomgikk endringer og fikk flere nye bestemmelser i 2014. Blant annet fikk Grunnloven ved § 92 en bestemmelse som pålegger de statlige styresmaktene å «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

2.1.3 Forholdet mellom utlendingsloven § 106 og andre lover

Utlendingsretten er en del av den spesielle forvaltningsretten, og saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven¹⁹ kommer til anvendelse når ikke annet følger av utlendingsloven.²⁰

Det følger av utlendingsloven § 106 tredje ledd at «straffeprosessloven §§174 til 191 gjelder så langt de passer». Bestemmelsene som det henvises til er kapittel 14 i straffeprosessloven²¹ om pågrep og fengsling. Henvisningen til regler i straffeprosessloven «så langt de passer» har av flere vært kritisert for å være en problematisk lovgivningsteknikk da henvisningen bidrar til at reglene fremstår som både uklare og utilgjengelige.²² Denne problematikken vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven, men det vises til straffeprosesslovens regler der det er aktuelt. Noen av bestemmelsene i utlendingsloven og straffeprosessloven har lik ordlyd, og da vil rettspraksis og litteratur vedrørende bestemmelsene i straffeprosessloven kunne være veiledende ved tolkningen av tilsvarende bestemmelser i utlendingsloven.²³

Politoloven²⁴ regulerer politiets adgang til å bruke tvangsmidler, den er således også relevant for politiets gjennomføring av tvangsmiddelbruk med hjemmel i utlendingsloven.

¹⁷ Øien (2013) side 31

¹⁸ Kongeriket Norges Grunnlov av 17.mai 1814 (Grunnloven)

¹⁹ Lov av 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

²⁰ Utlendingsloven §80

²¹ Lov av 22.mai 1981 nr. 25 om rettergangen i straffesaker (straffeprosessloven)

²² Husabø og Suominen (2011) side 3

²³ Ot.prp nr. 75 (2006-2007) side 345

²⁴ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politoloven)

2.2 Rettspraksis

Det foreligger lite rettspraksis hvor kjernen av oppgavens problemstilling er drøftet. Likevel er det mye nasjonal og internasjonal rettspraksis som belyser tema i tilknytning til oppgaven og kan bidra til å tolke anvendelsen og rekkevidden av unntaksbestemmelsen. En del av dommene som behandles er avsagt etter tidligere utlendingslov²⁵, men da den nye loven i all hovedsak videreførte den tidligere lovens regler om vilkår for fengsling anses rettspraksisen etter den tidligere lov som relevant.

2.3 Forarbeider

Forarbeidene kan bidra til forståelsen av lovverket.²⁶ De mest sentrale forarbeidene til utlendingsloven er Lovutvalget for ny utlendingslov sin utredning og utkast til ny lov ved NOU 2004:20, Arbeids- og inkluderingsdepartementets kommentarer og forslag til ny lov ved Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) og Kommunal- og forvaltningskomiteens innstilling ved Innst.O.nr. 42 (2007-2008).

Det foreligger også flere forarbeider til senere endringer av utlendingsloven som er relevante for og kan bidra til å belyse oppgavens tema.²⁷ Dette gjelder særlig de forarbeidene som omhandler vedtakelsen og gjennomføringen av returdirektivet.²⁸ Videre har Justis- og beredskapsdepartementet nylig fremmet et lovforslag om endringer i utlendingsloven som omhandler tvangsmidler mv.²⁹ Lovforslaget er for tiden er til komitébehandling på Stortinget. Da denne lovendringen ikke er vedtatt er den rettskildemessige verdien mer begrenset enn de øvrige forarbeidene, men lovforslaget inneholder dagsaktuelle drøftelser av oppgavens tema som kan sies å ha rettskildemessig verdi på lik linje med øvrig juridisk teori.

2.4 Forvaltningspraksis

Utlendingsretten hører inn under den spesielle forvaltningsretten. Flere av reglene i lov og forskrift utfylles således i form av rundskriv. Rundskrivene gir uttrykk for hvordan forvaltningen praktiserer reglene, og er rettskildemessig underordnet lovtekster, forarbeider og domstolspraksis.³⁰

²⁵ Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

²⁶ Eckhoff (2001) side 68

²⁷ Prop. 138 L (2010-2011)

²⁸ Prop. 3 L (2010-2011)

²⁹ Prop. 126 L (2016-2017)

³⁰ Bunæs (2004) side 55

2.5 Forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett

2.5.1 Menneskerettslige forpliktelser

I norsk rett gjelder det dualistiske prinsipp. Det vil si at nasjonal og internasjonal rett virker som to separate rettssystemer, og internasjonale regler må gjennomføres særskilt for å bli en del av norsk rett.³¹

På utlendingsrettens område råder det imidlertid sektormonisme.³² Menneskerettighetene er inkorporert i norsk utlendingsrett ved utlendingsloven § 3, og ellers i norsk rett ved Grunnloven § 92 og menneskerettsloven³³. I utlendingsretten står menneskerettighetene derfor spesielt sterkt. I tillegg til det menneskerettslige vernet som er kommet til uttrykk gjennom Grunnloven § 92 følger det av utlendingsloven § 3 at internasjonale regler er gjeldende så fremt de er bindende for Norge og de tjener det formål å styrke individets stilling. Det vil si at utlendingsloven alltid skal tolkes i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, og ved motstrid skal menneskerettighetene gå foran den nasjonale lovgivningen.³⁴ Det er således umulig å behandle tematikken i denne oppgaven uten å se hen til menneskerettighetene.

2.5.2 EU-retten

For oppgavens tematikk og utlendingsrettens område som sådan er også deler av EU-retten av stor betydning for tolkningen av gjeldene rett. Norge har blant annet valgt å gå inn i Dublin-samarbeidet (om ansvaret for behandling av asylsøknader) og Schengen-samarbeidet (om felles yttergrenser). Rettspraksis fra EU-domstolen som omhandler regelverket for disse avtalene er ikke bindende for Norge, men rettspraksisen vil ha tolkningsmessig betydning.³⁵

3 Kort om fengsling i medhold av utlendingsloven, herunder vilkårene for ID-fengsling

3.1 Grunnvilkår for fengsling etter utlendingsloven

Reglene om pågripelse og fengsling fremgår av utlendingsloven § 106. I motsetning til den tidligere utlendingsloven er bestemmelsene nå samlet i en paragraf. I første ledd av bestemmelsen angis de ulike grunnvilkårene for fengsling, bokstav a-h. Reglene tilsvare i stor grad bestemmelsene om fengslingsgrunnlag etter utlendingsloven 1988 §§ 37-41.

³¹ Øien (2013) side 32

³² NOU 2004:20 side 73

³³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

³⁴ Øyen (2013) side 33

³⁵ Prop. 3 L (2010-2011) side 8

3.1.1 § 106 første ledd bokstav a

For denne oppgaven er det fengsling etter § 106 første ledd bokstav a som er mest relevant og derfor redegjøres det særskilt for dette grunnlaget. Dette er fordi det som oftest vil være fengsling på grunnlag av ukjent eller uriktig identitet som blir langvarig. Det følger også av § 106 femte ledd første og andre punktum at «samlet fengslingstid ikke kan 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.»

Bestemmelsen i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a lyder:

«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»

Bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår for pågrepelse og fengsling. Det første alternative vilkåret er at «utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller 83».

Reglene for gjennomføring av alminnelig utlendingskontroll følger av utlendingsloven § 21, og bestemmelsen pålegger en utlending å vise legitimasjon, avklare identitet og bringe lovligheten av oppholdet på det rene på politiets oppfordring. Utlendingskontroll kan bare gjennomføres når «det er grunn til å anta at vedkommende er utenlandsk statsborger, og tid, sted og situasjon gir grunn til slik kontroll».³⁶ Utlendingers generelle møte- og opplysningsplikt er hjemlet i utlendingsloven § 83. Det fremgår av bestemmelsen at dersom utlendingsmyndighetene krever det har utlendingen plikt til å bidra med å avklare egen identitet frem til korrekt identitet er registrert. Utlendingsforskriften § 17-7 gir nærmere regler for hvordan utlendingen plikter å medvirke. Utlendingsmyndighetene kan blant annet pålegge utlendingen å gi opplysninger knyttet til sin identitet, fremlegge reisedokument, delta i språkanalyse eller innhente opplysninger fra offentlige myndigheter eller andre som kan bidra til å avklare identiteten.³⁷

Det andre alternative vilkåret kommer til anvendelse ved tilfeller hvor det foreligger «konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet». Sannsynlighetskravet var

³⁶ Utlendingsloven § 21 første ledd første punktum

³⁷ Utlendingsforskriften § 17-7

tidligere «skjellig grunn til mistanke», men dette ble senket til nåværende «konkrete holddepunkter for å anta» ved lovendring i 2012.³⁸ Ved anvendelsen av dette vilkåret skal det foretas en objektiv vurdering, og det følger av forarbeidene at sannsynligheten for at identiteten er uriktig må «være av en viss styrke ved at det foreligger ett eller flere objektive, konkrete holddepunkter for mistanken».³⁹

Det understrekes at politiet ofte begjærer fengsling på grunnlag av § 106 første ledd bokstav a og b (unndragelsesfare) sammen, og at unndragelsesfaren ofte blir et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Ulike momenter som kan vektlegges ved en konkret vurdering av unndragelsesfaren er listet opp i utlendingsloven § 106 a første ledd bokstav a-l.

3.2 Forholdsmessighet

3.2.1 Grunnloven om lovskrav og proporsjonalitetsprinsippet ved frihetsberøvelse

Det generelle proporsjonalitetsprinsippet ved frihetsberøvelse er nedfelt i Grunnloven § 94. Bestemmelsen gir uttrykk for et generelt lovskrav og slår fast at frihetsberøvelse bare kan skje «i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver», jf. Grunnloven § 94 første ledd første punktum.

Videre må frihetsberøvelsen «være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep», jf. første ledd siste punktum. Prinsippet ble tidligere ansett som et ulovfestet konstitusjonelt prinsipp utenfor straff, men etter endringene ved grunnlovsvedtak 13. mai 2014 er det nå grunnlovsfestet at kravet gjelder alle former for frihetsberøvelse.⁴⁰

I tvangsmiddelrapporten legges det til grunn at «legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet etter EMK stiller strenge krav til utformingen av bestemmelsene om tvangsmidler i utlendingsloven.»⁴¹

3.2.2 Forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 99

Utlendingsloven § 99 oppstiller et generelt krav om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler. For det første skal tvangsmidler kun brukes «når det er tilstrekkelig grunn til det», jf. utlendingsloven § 99 første ledd første punktum. Av dette følger det at fengsling ikke skal besluttes i de tilfellene hvor fengslingssurrogatene meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted jf. § 105 vil være tilstrekkelig, jf. § 106 annet ledd. Fengslingssurrogatene skal derfor alltid vurderes før det besluttes fengsling.

³⁸ Lovvedtak 21 (2011–2012)

³⁹ Prop. 138 L s. 26

⁴⁰ Innst.186 S (2013-2014)

⁴¹ Huseby og Suominen (2011) side 13

For det andre kan tvangsmidler, herunder fengsling, «ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep», jf. første ledd annet punktum. Kravet om forholdsmessighet må ses i lys av EMK artikkel 5, jf. Rt. 2009 s. 797. Det følger også av forarbeidene at bestemmelsen gir uttrykk for statens internasjonale forpliktelser, og at det ved vurderingen av hva som regnes som et «uforholdsmessig inngrep» skal det gjøres en konkret vurdering. I denne vurderingen kan det legges vekt på personlige forhold ved den fremstilte, og det kan legges vekt på omstendigheter ved saken sånn som sakens omfang og alvorlighetsgrad.⁴²

En videre og mer inngående drøftelse av forholdsmessigheten følger i kapittel 5 når oppgaven ser på hvilke begrensninger som gjelder i de tilfellene hvor unntaksadgangen fra utlendingslovens absolutte fengslingsfrist kommer til anvendelse.

3.3 Effektuerbart vedtak

Utlendingsloven § 99 andre ledd som slår fast at tvangsmidler etter loven kan benyttes for å sikre iverksettingen av et vedtak «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». Et vedtak om at utlendingen må forlate landet kan være effektuerbart selv om det ikke er endelig. Det kan være dersom vedtaket er klaget videre, men det foreligger beslutning om «ikke utsatt iverksettelse».⁴³

Spørsmålet har vært vurdert av Høyesterett ved kjennelse inntatt i Rt. 2014 s. 220. Denne saken dreide seg om en utlending som hadde fått avslag på sin søknad om asyl med henvisning til at søknaden skulle behandles i Tyskland, jf. Dublin II-forordningen. Vedtaket var påklaget og Utlendingsdirektoratet (UDI) hadde avslått utlendingens begjæring om utsatt iverksettelse. Spørsmålet var om vilkårene for fengsling var tilstede når utlendingens asylsøknad fortsatt var til behandling, og det derfor ikke forelå et endelig vedtak. Høyesteretts ankeutvalg kom til at et gyldig vedtak ikke er et vilkår for fengsling etter utlendingsloven. Høyesterett viser til ordlyden i utlendingsloven § 99 tredje ledd, og videre til forarbeidene som også uttrykker at gyldig vedtak ikke er et vilkår for at det kan besluttes fengsling.⁴⁴ Også ved senere rettspraksis ved Høyesterett er denne forståelsen videreført.⁴⁵

⁴² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 345

⁴³ Rundskriv G-8/98 kapittel 2.2

⁴⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 344

⁴⁵ HR-2016-2604-U

3.4 Fengslingsfrister

Utgangspunktet etter utlendingsloven § 106 femte ledd er at 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.» Hva som regnes som særlige grunner ved identifiseringstilfellene er i forarbeidene beskrevet som manglende samarbeid fra utlendingens side eller tidkrevende etterforskning.⁴⁶

I Rt.1999 s.1460 (avsagt etter tidligere utlendingslov) uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg seg om hvilke forhold som kan begrunne fengsling ut over 12 uker. «Etter kjæremålsutvalgets oppfatning gir forarbeidene ikke holdepunkter for at de forhold som skal begrunne varetektsfengsling for mer enn 12 uker, må være kvalitativt av en annen karakter enn de forhold som kan begrunne varetektsfengsling for inntil 12 uker. For å varetektsfengsle for mer enn 12 uker kreves bare at de forhold som anføres som grunnlag for fengslingen, må veie tyngre enn for å varetektsfengsle for inntil 12 uker.»

Den absolutte fengslingsfristen på 18 måneder jf. utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum vil drøftes nærmere i kapittel 4.2 og 4.3.

3.5 Prosessuelle regler

De prosessuelle reglene ved fengsling fremgår av utlendingsloven § 106 tredje til sjette ledd. For det første er det er politimesteren, eller den som politimesteren gir fullmakt, som beslutter pågrepelse av en utlending.⁴⁷ Men dette menes en jurist i politiet, og det er ikke nødvendig at vedkommende har påtalekompetanse.⁴⁸ Dersom politiet ønsker å beholde den pågrepne «må vedkommende snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågrepsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling».⁴⁹ Tingretten beslutter fengsling ved kjennelse, og avgjørelsen kan ankes videre. Fengsling etter første ledd bokstav b-f kan besluttes for inntil fire uker av gangen,⁵⁰ mens ved id-fengslingene kan det ”fengsles for lengre perioder dersom fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, jf. straffeprosessloven § 185.”⁵¹ Dette er i tråd med Returdirektivet artikkel 15 nr. 2 og 3, se kapittel 4.2.3.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 338

⁴⁷ Utlendingsloven § 106 tredje ledd første punktum

⁴⁸ Ot.prp.nr 75 side 432

⁴⁹ Utlendingsloven § 106 tredje ledd tredje punktum

⁵⁰ Ibid. tredje ledd siste punktum

⁵¹ Ot.prp. nr. 75 side 448

Når spørsmålet om fengsling etter § 106 prøves skal retten oppnevne en prosessfullmektig, jf. utlendingsloven § 92 fjerde ledd.

«En utlending som pågripes og fengsles i medhold av § 106 første ledd, skal som hovedregel anbringes i utlendingsinternat eller på annet særskilt tilrettelagt innkvarteringssted» jf. utlendingsloven § 107 første ledd. Trandum er Norges eneste utlendingsinternat, og dette administreres av PU. Nærmere regler om utlendingens opphold på utlendingsinternatet følger av § 107. Her fremgår det blant annet hvilke rettigheter utlendingen har under oppholdet, og hvilke tiltak politiet kan iverksette ved behov for å opprettholde ro og orden.

3.6 Formål ved tvangsmiddelbruk og ved utlendingsloven generelt

Kapitel 12 i utlendingsloven omhandler bruken av tvangsmidler, herunder fengsling etter § 106. Når det gjelder formålene med bruken av tvangsmidler i utlendingsloven fremgår det tydelig at disse skal sikre gjennomføringen av vedtak i utlendings saker. I proposisjonen til utlendingsloven 2008 står det blant annet at formålet «med bruk av utlendingslovens tvangsmidler er at de skal være til hjelp i avgjørelsen eller gjennomføringen av vedtak i utlendings saker (forvaltningssaker).»⁵² Dette kan også leses ut fra utlendingslovens generelle bestemmelse om bruken av tvangsmidler i § 99 hvor det står at «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.»

Høyesteretts ankeutvalg har uttalt ved kjennelse inntatt i Rt. 2014 s. 220 at fengsling etter utlendingsloven er et «midlertidig sikringstiltak». ⁵³ Dette bygger opp under den samme forståelsen av formålet bak tvangsmidlene i utlendingsloven.

Huseby og Suominen har i sin rapport avgitt til Justisdepartementet pekt på uttalelser om formålet bak utlendingsloven som trekker i retning av at loven også ivaretar hensyn av kriminalpreventiv art.⁵⁴ Det fremgår av lovens ordlyd i § 1 at utlendingsloven har tre hovedformål. For det første skal loven «gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket», jf. første ledd. Videre skal loven ivareta utlendingers rettssikkerhet ved inn- og utreise samt opphold i riket, og ved søknad om en tillatelse etter loven, jf. andre ledd. Til slutt skal loven «gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av», jf. tredje ledd.

⁵² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 343

⁵³ Rt. 2014 s. 220 avsnitt nr. 14

⁵⁴ Huseby og Suominen (2011) side 8

Forarbeidene til nåværende utlendingslov og senere endringer inneholder likevel uttalelser som peker på at også kriminalitetsbekjempelse skal forstås som et formål ved loven.⁵⁵ I Ot. prp. 75 (2006-2007) uttales det at det «er en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser personer som er uønsket her på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold. Det ville videre kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken dersom det ikke var rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet».⁵⁶

Det vises til denne uttalelsen når departementet også i forarbeidene til endringene i utlendingsloven trekker frem at «et sentralt element i utlendingsretten er å hindre at utlendinger som begår kriminalitet får adgang til landet, eventuelt å stanse ytterligere kriminalitet fra utlendinger som har begått straffbare handlinger etter innreise, og som skal pålegges å forlate landet som følge av dette».⁵⁷ Spørsmålet blir da om tvangsmidlene skal brukes for å nå dette målet, særlig når det er snakk om langvarig fengsling av utlendinger som har begått kriminelle handlinger og som er utvist som følge av dette.

I utredningen før vedtakelsen av utlendingsloven 2008 er derimot utvalget tydelig på at kriminalitetsbekjempelse bør tilligge politiet og påtalemyndighetene, og ikke utlendingsmyndighetene, og videre at formål som er av kriminalitetsforebyggende art bør fremgå av straffeprosesslovens bestemmelser.⁵⁸ Også i forarbeidene understrekes det at tvangsmiddelbruken i utlendingsloven har et annet formål enn i straffeprosessloven. I proposisjonen står det at «formålet med bruk av straffeprosesslovens tvangsmidler er etterforskning og avklaring av straffbare forhold (straffesaker). Formålet med bruk av utlendingslovens tvangsmidler er at de skal være til hjelp i avgjørelsen eller gjennomføringen av vedtak i utlendingsaker (forvaltningssaker).»⁵⁹

Dersom kriminalitetsbekjempelse skal forstås som et formål ved loven kan det argumenteres for at også dette ligger til grunn for tvangsmiddelbruken etter utlendingsloven. I loven begrunnes derimot bruken av tvangsmidler med iverksetting av vedtak, jf. § 99 andre ledd. Dette fremstår fortsatt som noe uklart da ulike rettskilder trekker i ulik retning. En avklaring av formålet er interessant i lys av den videre drøftelsen av rimeligheten bak langvarig fengsling i medhold av utlendingsloven.

⁵⁵ Ibid. side 8-9

⁵⁶ Ot.prp. 75 (2006-2007) side 288

⁵⁷ Prop. 138 L (2010-2011) side 29

⁵⁸ NOU 2004:20 side 353 pkt. 13.5.4.2.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 side 343

4 Nærmere om innføringen av 18-måneders fengslingsfrist med tilhørende unntaksadgang

4.1 Schengen-samarbeidet

Norge inngikk den 18. mai 1999 avtale med EU om «tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-samarbeidet».⁶⁰ Som følge av avtalen ble Norge operativt en del av Schengen-samarbeidet fra den 25. mars 2001. Samarbeidet har som hensikt å sikre fri ferdsel mellom deltakerlandene, samt en felles grensekontroll. Dette innebærer at kontrollen av inn- og utreise mellom deltakerlandene er opphevet. Landene samarbeider om et felles visumregelverk, en felles kontroll av yttergrensene og et omfattende politisamarbeid.

4.2 Returdirektivet

4.2.1 Kort om returdirektivet

Gjennom avtalen har Norge forpliktet seg til å implementere nytt EU-regelverk som videreutvikler det tidligere Schengen-regelverket. Returdirektivets fortale punkt 28 slår fast at direktivet er å regne som en slik videreutvikling, og Norge var således forpliktet til å implementere direktivet da det kom.⁶¹

Returdirektivet er en videreutvikling av Schengen-samarbeidet og har det formål å danne «felles standarder og prosedyrer som skal anvendes i medlemsstatene ved retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold, i samsvar med de grunnleggende rettigheter som er generelle prinsipper i fellesskapsretten og folkeretten, herunder forpliktelser med hensyn til og beskyttelse av flyktninger.»⁶² Returdirektivet er forankret i EF-traktaten artikkel 63 (3) (b).

Returdirektivet skal «sikre rettssikkerhet og verdighet i forbindelse med prosessen knyttet til retur av tredjelandsborgere. Samtidig skal direktivet bidra til å løse utfordringen Europa står overfor i forbindelse med ulovlig migrasjon og ulovlig opphold.»⁶³

⁶⁰ Avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Island og Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket (Schengen-avtalen)

⁶¹ Returdirektivets (2008) fortale punkt 28

⁶² Ibid. artikkel 1

⁶³ Prop. 2 S (2010-2011) side 3

4.2.2 Direktivets implementering i norsk rett

Returdirektivet ble gjennomført i norsk rett ved Lov om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet) 17. desember 2010 nr. 88. I henhold til det dualistiske rettssystemet i Norge er returdirektivet innarbeidet i norsk rett ved passiv og aktiv transformasjon.⁶⁴ Ved passiv transformasjon konstaterer lovgiver rettsharmoni mellom direktivet og eksisterende regler, og dette er gjort ved flere av bestemmelsene i returdirektivet. Når lovgiver anvender aktiv transformasjon endres nasjonale regler sånn at de innholdsmessig er i tråd med direktivet. Generelt er det intensjonen ved direktiver at reglene ikke nødvendigvis skal tas inn ordrett, men skrives om for å passe naturlig inn i den nasjonale retten i hver medlemsstat. Fengslingsfristen etter utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum er et eksempel på aktiv transformasjon av direktivet da Norge ikke hadde en konkret øvre grense for fengslingens varighet før dette.

Forarbeidene til vedtakelsen av returdirektivet uttaler at «ved eventuell mangelfull gjennomføring i norsk rett av andre Schengen-forpliktelser vil den alminnelige presumpsjonsprinsipp få anvendelse slik at norsk rett presumeres å være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser.»⁶⁵ Så lenge direktivet er vedtatt av Stortinget vil dette også følge av utlendingsloven § 3 som fastslår at »loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.»

4.2.3 Frihetsberøvelse, artikkel 15

Artikkel 15 i returdirektivet angir bestemte regler for frihetsberøvelse med henblikk på retur, det redegjøres derfor kort for innholdet i denne artikkelen og gjennomføringen i norsk rett.

Men unntak av bestemmelsen om 18 måneder som en absolutt tidsbegrensning for fengsling, ble det konstatert rettsharmoni mellom eksisterende bestemmelser i norsk rett og bestemmelsene i returdirektivet artikkel 15. Artikkel 15 nr. 1-5 er derfor gjennomført ved passiv transformasjon.⁶⁶

I artikkel 15 nr. 1 kommer kravet til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse til uttrykk. For det første skal det ikke fengsles dersom mindre inngripende tiltak vil være tilstrekkelig. Fengsling av tredjelandborgere som skal returneres skal kun skje for å forberede returen eller gjennomføre uttransporteringen. Dette gjelder særlig når det foreligger unndragelsesfare, eller i de tilfellene hvor utlendingen selv vanskeliggjør eller unngår forberedelsen av uttransport eller retur. Videre stiller bestemmelsen krav til at det ikke fengsles lengre enn nødvendig og

⁶⁴ Prop. 3 L (2010-2011) side 8

⁶⁵ Ibid. side 7

⁶⁶ Ibid. side 54

bare dersom «uttransporteringen er under forberedelse og gjennomføres med tilstrekkelig hurtighet».

Kompetansen til å beslutte frihetsberøvelse er lagt til administrative eller rettslige myndigheter. Videre stilles det krav til at beslutningen er skriftlig, og at den begrunnes faktisk og rettslig, jf. artikkel 15 nr. 2. Når det er administrative myndigheter som beslutter frihetsberøvelsen, kreves det at medlemsstatene så snart som mulig sørger for rettslig prøving av lovligheten av vedtaket, eller at den fengslede gis muligheten til å ta rettslige skritt for å prøve lovligheten. Ved rettsstridig frihetsberøvelse skal utlendingen løslates umiddelbart.

Det følger av nr. 3 at frihetsberøvelsen skal prøves på nytt med «rimelige mellomrom», og ved langvarig fengsling skal tilsynet undergis rettslig myndighet.

Fengslingen skal opphøre dersom det viser seg at det at vilkårene i første ledd ikke lenger er oppfylt, eller om det viser seg at det at det ikke det er grunn til å anta at uttransport ikke vil finne sted, jf. nr. 4.

Nr. 5 og 6 angir rammen for varigheten av frihetsberøvelsen. For det første skal medlemsstatene beslutte en øvre tidsfrist for fengslingens varighet. Denne skal ikke overstige seks måneder, jf. femte ledd. Dette tidsrommet forlenges under visse vilkår, men ikke med mer enn ytterligere tolv måneder. Dette gjelder tilfeller der prosessen med uttransport tar lang tid på grunn av enten manglende samarbeid fra den fengslede eller forsinkelser fra tredjeland. Etter direktivets regler gir dette en total fengslingstid på maksimalt 18 måneder.

Når det gjelder den øvre tidsfristen på 6 måneder som direktivet oppstiller i nr. 5 følger det av ordlyden at «hver medlemsstat skal fastsette et begrenset tidsrom for frihetsberøvelse, som ikke kan overstige seks måneder.»⁶⁷ Ved implementeringen av regelverket valgte lovgiver å beholde utgangspunktet i norsk lov om at fengsling ikke skal overstige 12 uker med mindre det foreligger særlige grunner. I proposisjon til Stortinget skriver departementet at de «har kommet til at direktivets begrensning bør inntreffe allerede etter 12 uker i norsk rett. Begrunnelsen er at de materielle vurderinger som foretas etter 12 uker i dag, materielt sett ligger tett opptil de materielle vilkårene i direktivet. Det vil i så måte være uhensiktsmessig å oppstille en prøving av særlige grunner etter 12 uker, for så å foreta en ny prøving av direktivets vilkår etter 6 måneder.»⁶⁸

⁶⁷ Returdirektivet (2008) artikkel 15 nr. 5 andre punktum

⁶⁸ Prop. 3 L (2010-2011) side 53

Vider følger det av artikkel 15 nr. 6 at:

«medlemsstatene kan ikke forlenge tidsrommet nevnt i nr. 5 unntatt for en begrenset periode som ikke overstiger ytterligere 12 måneder, i samsvar med nasjonal lovgivning, i tilfeller der uttransporteringsprosessen til tross alle for rimelige bestrebelser sannsynligvis vil ta lengre tid på grunn av:

- a) manglende samarbeid fra den berørte tredjelandsborgerens side, eller
- b) forsinket innhenting av nødvendig dokumentasjon fra tredjeland.»

Etter ordlyden åpner returdirektivet for en total fengslingstid på 18 måneder i bestemte tilfeller, men etter artikkel 15 nr. 6 kan ikke den totale fengslingstiden overstige 12 måneder lenger enn perioden fastsatt i artikkel 15 nr. 5.

Ettersom lovgiver i Norge valgte å beholde den særskilte vurderingen etter 12 uker kan det etter ordlyden i artikkel 15 nr. 6 forstås som at fengslingstiden ikke kan forlenges med mer enn 12 måneder etter det. Det ville i så fall gitt en maksimal fengslingstid på 15 måneder i Norge. Dette er imidlertid ikke diskutert i forarbeidene, og departementet foreslår å sette den absolutte fristen til 18 måneder ”i tråd med direktivets bestemmelse”.⁶⁹

Den naturlige forståelsen av ordlyden i artikkel 15 nr. 5 og 6 kan imidlertid tyde på at dette ikke er i tråd med direktivet. Dersom man i loven fastholder at den særskilte vurderingen inntreffer etter 12 uker vil den absolutte fengslingstiden være 15 måneder etter direktivet. Alternativt kan man velge å endre den særskilte vurderingen til 6 måneder for en total fengslingstid på 18 måneder.

Ettersom dette ikke er nærmere redegjort for i forarbeidene er det vanskelig å vite hvordan lovgiver har vurdert denne tolkningen av returdirektivet artikkel 15 nr. 5 og 6. Spørsmålet er heller ikke drøftet i rettspraksis. Dersom man finner at Norges implementering er i strid med direktivets regler må man beslutte løslatelse etter 15 måneder i de tilfellene hvor direktivet kommer til anvendelse, jf. utlendingsloven § 3.

4.2.4 Særlig om adgang til unntak fra 18-måneders fristen

Som det er redegjort for over oppstiller returdirektivet art.15 nr. 6 en fengslingstid på maksimalt 18 måneder. Denne fristen er absolutt og det følger ingen unntaksadgang fra den i direktivet. Bakgrunnen for at lovgiver likevel har lovfestet en unntaksadgang følger av artikkel 2 om direktivets virkeområde som slår fast at medlemsstatene står fritt til beslutte at direktivet

⁶⁹ Innst. 137 L (2010–2011) side 9

ikke får anvendelse på tredjelandsborgere som «er ilagt en strafferettslig sanksjon som går ut på eller har til følge at de skal returneres, i samsvar med nasjonal lovgivning, eller som skal utleveres.»⁷⁰

I lovforarbeidene til gjennomføringen av returdirektivet uttaler departementet at direktivet derfor ikke setter en begrensning for varigheten av fengsling for utlendinger som oppholder seg lovlig i Norge, eller for utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Unntaksadgangen er kort begrunnet, og departementet uttaler at det anses som «hensiktsmessig å benytte muligheten til utvidet fengsling for utlendinger som er ilagt straff. Det foreslås derfor en presisering i lovbestemmelsen om at fengsling ikke kan overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av straff eller særreaksjon. Utlendingen må således være utvist for det straffbare forholdet for at unntaket kommer til anvendelse. I rene unntakstilfeller vil det oppstå et behov for fengsling utover 18 måneder og forslaget legger til rette for en slik adgang når returdirektivet ikke kommer til anvendelse.»⁷¹

Ved høringen av dette forslaget påpekte flere av høringsinstansene at 18 måneder er lang tid, men i proposisjonen fremgår det ikke at noen bemerker unntaksadgangen. Til fristen på 18 måneder understreker departementet at «fengsling av en slik varighet skal høre til sjeldne unntakstilfeller, og at utgangspunktet fortsatt vil være at fengslingen ikke skal overstige 12 uker.»⁷² Videre viser departementet til at loven, før gjennomføringen av returdirektivet, ikke oppstilte en absolutt tidsbegrensning og at endringene derfor fører til at adgangen til de særlig langvarige fengslingene snevres inn.⁷³

At vilkåret om ilagt straff eller særreaksjon i mange tilfeller vil skape et skille mellom utlendinger som er utvist som følge av straffbare brudd på utlendingsloven og utlendinger som er utvist som følge straffeforfulgte lovbrudd, bemerkes heller ikke i forarbeidene. Dette vil bli drøftet i punkt 4.5.

4.3 Beregning av fengslingens varighet

Etter gjennomføringen av returdirektivet er den maksimale perioden for fengsling 18 måneder, jf. 106 femte ledd tredje punktum. Spørsmålet om hvordan fengslingstiden beregnes dersom utlendingen har vært fengslet over flere perioder har vært vurdert av både Høyesterett og EU-domstolen.

⁷⁰ Returdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav b

⁷¹ Prop. 3 L (2010-2011) side 53

⁷² Ibid. side 53

⁷³ Ibid. side 53

Da spørsmålet nylig var oppe til vurdering i Høyesterett uttalte ankeutvalget klart at «ved fengsling over flere perioder må disse legges sammen», jf. HR 2017 – 283. Denne saken gjaldt en asylsøker som oppga at han var fra Zimbabwe, men som ikke hadde fremlagt identitetspapirer. Søknaden om asyl ble først avslått av UDI, og vedtaket ble opprettholdt da Utlendingsnemnda (UNE) avslo utlendingens klage.

Utlendingen var ikke straffet i Norge, men ble utvist med varig innreiseforbud på bakgrunn av å ha oppgitt uriktig identitet i søknaden om asyl. Etter å ha blitt fengslet i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a og b, jf. § 106 a, jf. § 99 ble fengslingen forlenget med flere perioder. Etter over femten måneders fengsling, ble det imidlertid ikke begjært fengslingsforlengelse og utlendingen ble løslatt mot meldeplikt, jf. Utlendingsloven § 105. Drøyt tre måneder senere ble utlendingen fengslet på nytt, denne gang med hjemmel kun i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b hvor grunnlaget er unndragelsesfare. Også denne fengslingen ble forlenget, men da tingretten ved kjennelse besluttet fengslingsforlengelse som sammenlagt ville gi utlendingen en fengslingsperiode ut over 18 måneder ble kjennelsen anket til Borgarting lagmannsrett. Borgarting forkastet anken, og kjennelsen ble anket videre til Høyesterett.

Det ble gjort gjeldende at Lagmannsretten, ved å kun ta hensyn til den siste sammenhengende fengslingsperioden, hadde tolket loven feil. Høyesterett viser til bestemmelsens ordlyd, lovens forarbeider og praksis fra EU-domstolen når de kommer til at fengslingstiden må ses samlet, og Lagmannsrettens kjennelse må heves. Utvalget uttaler følgende:

«fristen i utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum må forstås slik at hele den fengslingstiden som er begrunnet i behov for å forberede og gjennomføre utsendelse av en utlending, skal tas i betraktning ved beregning av fristen på 18 måneder i utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum. Dette gjelder også om det under saken har vært avbrudd i fengslingen. Om løsningen må bli en annen dersom det går lang tid mellom fengslingsperiodene, eller det foreligger spesielle grunner for avbruddet, gir ikke denne saken foranledning til å ta stilling til.»⁷⁴

Dette er første gang Høyesterett uttaler seg om hvordan fengslingstiden skal beregnes der utlendingen er fengslet over flere perioder.

⁷⁴ HR-2017-283-U avsnitt 22

Som Høyesteretts ankeutvalg viser til i trekker også praksis fra EU-domstolen i retning av at fengslingstiden må ses samlet.⁷⁵ Dette kommer til uttrykk blant annet i saken Kadzoev 30. november 2009, sag C-357/09. Dette er en anmodning om prejudisiell avgjørelse sendt fra Bulgarske myndigheter til EU-domstolen. Ved spørsmål om beregningen av samlet fengslingstid vises det blant annet til formålet med direktivet, og domstolen uttaler at «formålet med de nævnte bestemmelser i direktiv 2008/115, som består i under alle omstendigheter at sikre, at en frihedsberøvelse med henblik på udsendelse ikke overstiger 18 måneder.»⁷⁶

Denne forståelsen er gjentatt i saken Karim 28. april 2011, sag C-61/11. Også dette dreide seg om en prejudisiell avgjørelse, denne gangen fra en italiensk domstol. «Artikel 15, stk. 5 og 6, fastsetter den maksimale varighed af nævnte frihedsberøvelse til 18 måneder, idet dette udgør en grænse, som pålægges alle medlemsstaterne.»⁷⁷

Også forarbeidene ved gjennomføringen av returdirektivet understreker at fristen på 18 måneder er absolutt, og det kun er unntaksbestemmelsen som følger av loven som kan muliggjøre en lengre fengsling.⁷⁸

Samlet sett kan det legges til grunn at 18-månedersfristen gjelder den totale fengslingstiden, også i de tilfellene hvor det har vært opphold mellom flere fengslingsperioder. Fristen er absolutt med unntak av de tilfellene hvor unntaksbestemmelsen i § 106 femte ledd tredje punktum kommer til anvendelse. Vurderingen av hvor lenge en utlending kan fengsles der unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse vil drøftes grundig i kapittel fem.

4.4 Vilkår for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse

4.4.1 Utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon

Unntaksbestemmelsen gir anledning til å fengsle utover 18 måneder dersom bestemte vilkår er oppfylt. For det første må grunnvilkårene i utlendingsloven § 106 første ledd være oppfylt, jf. redegjørelsen i 3.1. Videre er det et krav at utlendingen er utvist på bakgrunn av ilagt *straff eller særreaksjon*.

I de tilfellene utlendingen blir utvist som følge av å ha begått straffbare handlinger vil utvisningen utgjøre en reaksjon i tillegg til strafferettslige sanksjonen.⁷⁹ Det er også i disse tilfelle-

⁷⁵ HR-2017-283-U avsnitt 21

⁷⁶ Sag C-357/09 PPU avsnitt 37

⁷⁷ Sag C-61/11 PPU avsnitt 40

⁷⁸ Prop.3 L (2010-2011) side 53

⁷⁹ Øien (2013) kapittel 13

ne at loven åpner for fengsling utover fristen på 18 måneder dersom de øvrige vilkårene for fengsling er oppfylt, jf. § 106 femte ledd og redegjørelsen over.

Utvisning er en forvaltningssanksjon som myndighetene kan ilegge utlendinger som har overtrådt reglene i straffelovgivningen eller utlendingsloven. Et utvisningsvedtak fører til at utlendingen er pliktig til å forlate Norge, og samtidig får et innreiseforbud. Innreiseforbudet kan være for en bestemt tidsperiode, eller det kan være varig. Som regel vil et utvisningsvedtak også medføre at utlendingen blir meldt inn i Schengen informasjonssystem (SIS) som forbyr innreise i Schengen-området. Formålet med et utvisningsvedtak er å hindre personer som ikke er ønsket av norske myndigheter å oppholde seg i landet. Adgangen til å utvise begrunnes med individualprevensjon, allmennprevensjon og ivaretagelse av offentlig orden og sikkerhet.⁸⁰

I seg selv utgjør et utvisningsvedtak et strengt inngrep overfor enkeltindividet, og vedtaket kan potensielt sett kan få store konsekvenser for den det rammer. I vedtak om utvisning er det politiet som forbereder saken jf. utlendingsloven § 72. Det er UDI som har vedtaksmyndighet, og vedtak om utvisning kan påklages til UNE.

Bestemmelsene om utvisning står i kapittel 8 i utlendingsloven. De objektive vilkårene for utvisning av tredjelandsborgere fremgår av utlendingsloven §§66-68. Reglene fastslår hvem som kan utvises fra riket og på hvilket grunnlag. Relevant for denne oppgaven er de tilfellene hvor en utlending uten oppholdstillatelse er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon, det vil si at utlendingen må være utvist på grunnlag av § 66 første ledd bokstav b eller c.

Etter bokstav b kan en utlending utvises «når utlendingen for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff. Tilsvarende gjelder ved en ilagt særreaksjon som følge av et straffbart forhold som nevnt».

Etter bokstav c er det grunnlag for utvisning «når utlendingen her i riket er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff, eller for brudd på straffeloven § 323 (mindre tyveri), § 326 (mindre underslag), § 334 (mindre heleri), § 339 (mindre hvitvasking), § 362 (mindre dokumentfalsk) eller § 373 (mindre bedrageri)». Det kreves en rettskraftig avgjørelse for at lovovertrедelsen skal kunne gi grunnlag for utvisning. Det vil si at det må foreligge en endelig dom, eller ett forelegg må være vedtatt. Videre understreker UDI i sitt rund-

⁸⁰ Utlendingsdirektoratet (2010) pkt. 2.1 og 2.2

skriv om utvisning at dersom et «vedtatt forelegg skal danne grunnlag for utvisning, må utlendingen være gjort kjent med at vedtakelse kan medføre utvisning».⁸¹

Vernet mot utvisning er knyttet til utlendingens oppholdsgrunnlag. En utlending med midlertidig eller permanent oppholdstillatelse vil ha et mye sterkere vern mot utvisning enn en utlending uten oppholdstillatelse.⁸² Vilkåret etter bokstav c første alternativ er at forholdet *kan* føre til fengselsstraff, mens det for utlendinger med midlertidig eller permanent oppholdstillatelse er et vilkår at forholdet har en nedre strafferamme på henholdsvis et og to år.⁸³

4.4.2 Utvist på bakgrunn av ilagt straff begått i utlandet

Hvor vidt unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum kan komme til anvendelse der utlendingen er utvist som følge av lovbrudd begått i utlandet fremkommer ikke klart av ordlyden da det ikke er nevnt særskilt.

Etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav b kan et utlending utvises dersom «utlendingen for mindre enn fem år siden i utlandet har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff. Tilsvarende gjelder ved en ilagt straffereaksjon som følge av et straffbart forhold som nevnt.»

Siden det ikke er spesifisert i unntaksbestemmelsen at straffen må være ilagt i riket, er det grunn til å anta at det ikke er et vilkår. Det kreves dog at lovbruddet kunne ha ført til fengselsstraff i Norge jf. § 66 første ledd bokstav b. Dette er derimot ikke et vilkår for unntaksbestemmelsens anvendelse dersom lovbruddet er begått i Norge jf. straffeloven §§ 62 og 63.⁸⁴

4.5 Særlig om utvisning ved brudd på utlendingsloven

Brudd på utlendingsloven er straffbart med en øvre strafferamme på 6 år, jf. utlendingsloven § 108 femte ledd. Videre kan brudd på utlendingsloven føre til utvisning av utlendinger uten lovlig opphold, jf. § 66 første ledd bokstav a. Selv om de fleste overtredelser av utlendingsloven som fører til utvisning vil kunne være straffbare, kreves det ikke at forholdet er avgjort ved en straffesak for at det gir grunnlag for utvisning etter § 66 første ledd bokstav a. For at forholdet skal kunne føre til utvisning er sannsynlighetskravet at det «må det være tilstrekkelig sannsynliggjort at overtredelsen har funnet sted.»⁸⁵

⁸¹ Utlendingsdirektoratet (2010) pkt. 7.1

⁸² Ibid. pkt. 3.2

⁸³ Utlendingsloven §§ 67 og 68

⁸⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

⁸⁵ Utlendingsdirektoratet (2010) pkt. 2.3

Departementet uttaler i forarbeidene til loven at det er en prosessøkonomisk fordel at det ved grov eller gjentatt brudd på utlendingsloven kan fattes utvisningsvedtak uten at det foreligger en rettskraftig straffereaksjon. Dette gir også mulighet for en raskere reaksjon. Videre begrunnes utvisningsadgangen med allmennpreventive grunner.⁸⁶

En utlending som er utvist på grunnlag av brudd på utlendingsloven vil således, i de fleste tilfeller, ikke være ilagt straff for det lovbruddet som er grunnlaget for utvisningen. Som følge av dette vil heller ikke vilkåret for unntaksadgangen fra fengslingsfristen i utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum være oppfylt. Dette gjelder en stor andel av de som utvises fra Norge, og tall fra UDI viser at brudd på utlendingsloven er det vanligste grunnlaget for utvisning. Av totalt 6 255 utviste personer i 2016, var 3 929 av disse utvist på grunnlag av brudd på utlendingsloven.⁸⁷

Hjemmelen for utvisning av utlendinger uten lovlig opphold på bakgrunn av overtredelse av utlendingsloven står i § 66 første ledd bokstav a. Bestemmelsen lister opp tre alternative grunnlag for utvisning, som alle tre kan være er straffbare jf. § 108.

For det første kan det være grunnlag for utvisning etter § 66 første ledd bokstav a dersom overtredelsen er grov eller gjentatt. Dette er en skjønnsmessig vurdering, og i dom gjengitt i Rt. 2009 s. 534 uttaler Høyesterett at vurderingen av alvoret ved forholdet må ses i et «forvaltningsrettslig perspektiv».⁸⁸ Høyesterett uttaler videre at det ikke skal legges vesentlig vekt på hvordan overtredelsen ville blitt vurdert strafferettslig, men at vurderingen må ses i sammenheng med utlendingslovens formål.

Videre kan det være grunnlag for utvisning etter § 66 første ledd bokstav a dersom utlendingen «forsettlig eller grovt uaktsomt» har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven». I disse tilfellene følger det av rettspraksis at det vil være vesentlig hvorvidt de opplysningene man har gitt er av betydning for de rettighetene man søker om, eller ikke.⁸⁹

Til slutt gir § 66 første ledd bokstav a grunnlag for utvisning dersom utlendingen «unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket».

⁸⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 289.

⁸⁷ Utlendingsdirektoratet (2016)

⁸⁸ Rt. 2009 side 534

⁸⁹ Vevstad (2010) side 426

I likhet med forholdsmessighetskravet ved bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven § 99, foreligger det et subjektivt vilkår om forholdsmessighet ved utvisning, jf. §70. Momentene det legges vekt på er forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket. Eventuell uforholdsmessighet skal vurderes overfor utlendingen selv og de nærmeste familiemedlemmene. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn dersom det er barn som berøres av saken.

I lys av unntaksbestemmelsen som er tema for oppgaven reiser det seg noen spørsmål i forbindelse med dette. Det skapes et skille mellom utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon og utlendinger som er utvist som følge av overtredelse av utlendingsloven.

Brudd på utlendingsloven kan i seg selv være straffbart, men når det på grunn av prosessøkonomiske hensyn ikke straffefølges kommer heller ikke unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 106 femte ledd til anvendelse. Satt på spissen kan dette betyr dette at en utlending med uklar eller ukjent identitet som er utvist som følge av brudd på utlendingsloven, men som ikke er ilagt straff, skal løslates ved en fengslingstid på 18 måneder, mens en utlending i samme situasjon som er utvist på bakgrunn av ilagt straff for samme forhold kan fengsles ut over 18 måneder. Forutsatt at øvrige vilkår for fengsling er oppfylt kan dette gjelde selv om bruddet på utlendingsloven som førte til utvisning potensielt sett kan være mer alvorlig og ha en høyere strafferamme enn bruddet på annen lovgivning som førte til dom eller forelegg.

Denne praksisen begrunnes med prosessøkonomiske hensyn, men kan også få konsekvenser for fengslingsfristen. Denne konsekvensen er ikke diskutert i forarbeidene ved innføringen av 18 måneders fengslingsfrist med tilhørende unntaksadgang i utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum.

5 Rettslige begrensninger ved anvendelsen av unntaksbestemmelsen

Det følger av ordlyden at en utlending *kan* påripes og fengsles dersom et eller flere av grunnvilkårene i utlendingsloven § 106 første ledd er oppfylt. Det er viktig å understreke at dette dreier seg om et kan-skjønn, og det foreligger ingen plikt til å fengsle selv om vilkårene er oppfylt. Både ved påripelse, fengsling og eventuell fengslingsforlengelse må hensynene som taler for fengsling vurderes nøye opp mot rimeligheten, forholdsmessigheten og formålet med fengslingen. Dette gjelder også ved de langvarige fengslingene, og som dette kapitlet vil vise stilles det strengere krav til de hensyn som begrunner fengslingen etter hvert som tiden går.

Som det ble redegjort for i kapittel 3.2 stiller både Grunnloven og menneskerettighetene strenge krav til frihetsberøvelse av enkeltindivider. Det er et overordnet krav at fengslingen ikke er vilkårlig. Hvilke rettslige rammer som gjelder der unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse vil redegjøres for og drøftes i dette kapitlet. Det vurderes også hvorvidt unntaksbestemmelsen kommer i strid med forbudet mot dobbeltstraff eller vernet mot tortur og nedverdiggende behandling.

5.1 Forholdsmessighetsvurderingen etter norsk rettspraksis

Et sentralt spørsmål ved anvendelsen av unntaksadgangen fra den absolutte fengslingsfristen er varigheten av fengslingen i disse tilfellene, og hvilke momenter det skal legges vekt på ved vurderingen. Finnes det en øvre grense i disse tilfellene? Ordlyden i bestemmelsen er klar: Det gjelder en 18 måneders fengslingsfrist for fengsling etter utlendingsloven § 106, men dersom utlendingen er utvist som følge av straff eller særreaksjon gjelder ikke denne fristen.

Det er særlig to nyere kjennelser fra Høyesterett som er sentrale ved denne vurderingen. De to dommene vektlegger noe ulike sider ved forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 99.

I kjennelse inntatt ved Rt. 2009 s. 797 (avsagt etter tidligere utlendingslov og før returdirektivet) legger Høyesteretts ankeutvalg til grunn at kravet til politiets arbeid med å avklare identiteten til den fengslede skjerpes etter hvert som fengslingen blir langvarig. Videre at forholdsmessigheten ved fortsatt fengsling må vurderes ut i fra en realistisk prognose av arbeidet med å avklare utlendingens identitet og en konkret vurdering av om fengslingsсурогater vil være tilstrekkelig.

Saken gjaldt en utlending som hadde sittet fengslet i 18 måneder i tillegg til en fengsling på 7 måneder fire år tidligere, også i medhold av utlendingsloven på bakgrunn av uklar identitet. Høyesteretts ankeutvalg kom til at lagmannsrettens kjennelse om fortsatt fengsling måtte oppheves.

Ankeutvalget peker på flere momenter ved vurderingen av forholdsmessigheten ved fortsatt fengsling, og uttaler følgende:

«Utvalget legger til grunn at etter hvert som fengslingstiden blir lang, må domstolene også stille tiltagende krav til grunnlaget for fortsatt fengsling, til innsatsen og til fremdriften fra utlendingsmyndighetenes side, til dokumentasjon for gjennomførte tiltak, og til oversikt med hensyn til gjenstående undersøkelser. Det er også vesentlig at dom-

stolene bygger på realistiske prognoser om samlet varetektsfengsling, som grunnlag for forholdsmessighetsvurderingen, jf. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 10. februar 1993 (HR-1993-359-S). Det kan imidlertid ikke stilles krav om sikker angivelse av når man regner med å ha identifisert vedkommende, eller om at identifisering kan påregnes innenfor den fastsatte fengslingstidens lengde, jf. Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse i Rt-1999-1460.»⁹⁰

Ankeutvalgets uttalelse tilsier for det første må det stilles gradvis skjerpede krav til grunnlaget for fengslingen. Videre må politiet kunne vise til sitt arbeid med å avklare identiteten, både hva som er gjort så langt og hva som gjenstår. Det må gis en realistisk prognose for hvor lang tid arbeidet vil ta, men det kan ikke kreves at politiet med sikkerhet kan si hvor lenge det vil være nødvendig å fengsle utlendingen.

Videre uttaler ankeutvalget seg om når det samlet sett bør besluttes løslatelse:

«rettskildene sett i sammenheng - herunder formålet med denne fengslingsregelen og den ramme som ligger i kravet om forholdsmessighet - tilsier at man på et tidspunkt likevel vil måtte beslutte løslatelse, selv om vilkårene for fortsatt fengsling for øvrig er til stede. Det vises i denne forbindelse også til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-1996-326, hvor det fremgår at dette gjelder selv om utlendingen nekter å bistå politiet med å fastslå identiteten. Utvalget peker spesielt på at det ved slike lange fengslingsperioder derfor ikke uten videre vil være tilstrekkelig å vise til at det fremdeles er realistiske muligheter for identifisering, og at det også arbeides aktivt og planmessig med dette.»⁹¹

Om bruken av fengslingssurrogater peker ankeutvalget på at dette spørsmålet må stå sentralt.⁹² Lagmannsretten har vektlagt utlendingens motvilje til å returnere til hjemlandet, men høyesteretts ankeutvalg finner at lagmannsretten her ikke gjorde en grundig nok vurdering av om fengslingssurrogater kunne anvendes. Videre uttaler ankeutvalget:

«Utvalget antar at det vil være nokså typisk for saker som dette at utlendingen har en sterk motvilje mot å reise tilbake til hjemlandet. Slik uvilje kan ikke alene begrunne varetektsfengsling. Det må stilles krav til konkretisering, for eksempel knyttet til muligheten for at utlendingen skal kunne hindre identifisering dersom han løslates, eller at han vil gå under jorden. Også i forhold til slike situasjoner må fengslingstiden hol-

⁹⁰ Rt. 2009 s. 797 avsnitt 16

⁹¹ Ibid. avsnitt 17

⁹² Ibid. avsnitt 22

des opp mot forsvarlighetsbegrensningen, jf. Høyesterettskjæremålsutvalgs kjennelse 8. juni 1993 (HR-1993-1255-S).»⁹³

Ved kjennelse inntatt i Rt. 2014 s. 727 legger Høyesteretts ankeutvalg til grunn en annen side av forholdsmessighetsvurderingen. Denne saken gjaldt en utlending som hadde fått endelig avslag på sin asylsøknad, og som var varig utvist fra Norge. Han var fengslet på bakgrunn av ukjent identitet og unndragelsesfare. Utlendingen var domfelt fire ganger i Norge. Ankeutvalget viser til forholdsmessighetsvurderingen i EMK art. 5 og i Rt. 2009 s.797 og slår fast at det går en grense for varigheten av fengslingen, også i de tilfellene som faller utenfor fengslingsfristen. Ankeutvalget peker videre på at fengslingens varighet må ses i sammenheng med det lovbruddet som ligger til grunn for utvisningen, og uttaler følgende:

«Forholdsmessighetsbegrensningen må ses i sammenheng med EMK artikkel 5 jf. Rt -2009-797 avsnitt 12. Den innebærer blant annet at det går en grense for hvor lenge fengslingen kan forlenges, jf. Prop. 138 L (2010-2011) side 45. Dette gjelder også i situasjoner der ikke loven gir noen *fast* grense, og vil – der grunnlaget er straff – blant annet bero på arten og omfanget av de straffbare handlingene som begrunner utvisningen.»⁹⁴

I motsetning til kjennelsen fra 2009 er denne kjennelsen avsagt etter implementeringen av returdirektivet og fastsettelsen av den fengslingsfristen i utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum. Uttalelsen fra Høyesteretts ankeutvalg gir uttrykk for en annen side ved forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 5 og utlendingsloven § 99 ved å slå fast at varigheten av fengslingen skal ses i sammenheng med utvisningsvedtaket og de straffbare handlingene som ligger til grunn for det.

Ankeutvalget slår fast at lovbruddet som begrunner utvisningsvedtaket vil ha en betydning i vurderingen av fengslingens forholdsmessighet, men det gis ikke veiledning for *hvordan* disse skal ses i sammenheng.

Som det er redegjort for over stilles det ingen krav til alvorligheten av eller strafferammen for det lovbruddet som begrunner utvisningen når utledningen ikke har lovlig opphold. Det kan derfor være at lovbruddet vil ha en øvre strafferamme som er lavere enn det utlendingen allerede har sittet fengslet når spørsmålet om fortsatt fengsling etter 18 måneder vurderes. For eksempel vil et mindre tyveri straffes med bot jf. straffeloven § 323. Som vist til i kapitel 4.4,

⁹³ Rt. 2009 s. 797 avsnitt 23

⁹⁴ Rt. 2014 s. 727 avsnitt 12

kan dette forholdet, for en utlending uten lovlig opphold, føre til utvisning på bakgrunn av ilagt straff, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav c. En direkte sammenlikning til straffeloven blir derfor lite hensiktsmessig.

Etter ordlyden i § 106 femte ledd stilles det heller krav til at varigheten av fengslingen skal ses i forhold til det lovbruddet som har begrunnet utvisningen, slik som Høyesterett legger til grunn i denne saken. Det kan derfor være vanskelig å se hvilken betydning denne uttalelsen vil få for rettsanvendelsen, men den peker på en ny side av forholdsmessighetsvurderingen enn tidligere kjennelser har gjort.

5.2 Retten til personlig frihet og sikkerhet

«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.»⁹⁵

Slik kommer retten til frihet til uttrykk i Grunnloven. Etter grunnlovsendingene i 2014 gjelder denne bestemmelsen nå klart alle former for frihetsberøvelse, herunder fengsling etter utlendingsloven § 106. I bestemmelsen kommer både lovskravet og proporsjonalitetskravet klart til uttrykk. Spørsmålet i det videre er hvilke skranker sistnevnte setter for fengslingens varighet.

Bestemmelsen i Grunnloven er i stor grad likelydende bestemmelsen i EMK artikkel 5 som oppstiller den universelle retten til frihet og sikkerhet. Etter EMK gjelder ikke denne retten ubetinget, og i andre setning er det opplistet seks lovlige tilfeller hvor frihetsberøvelse kan finne sted. Frihetsberøvelse kan skje i disse tilfellene, men bare dersom frihetsberøvelsen er «lovlig» og «i samsvar med en fremgangsmåte forskrevet ved lov». Praksis fra EMD viser at denne lovhenvisingen gjelder nasjonal lov og EMKs relevante bestemmelser.⁹⁶ Det mest sentrale unntaket i utlendingsrettslig sammenheng er unntaket som hjemler frihetsberøvelse med det formål å bortvise, utsende eller utlevere en person jf. art.5 nr. 1 bokstav f.

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

(...)

⁹⁵ Grunnloven § 94 første ledd

⁹⁶ Høstmælingen (2012) side 166

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

Ved identitetsfengsling kan også grunnlaget i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b være relevant.

«lovlig pågrepelse eller frihetsberøvelse av en person som ikke har etterkommet et lovlig pålegg av en domstol eller for å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt»

Det er likevel alternativ f som er mest anvendt i utlendingsrettslig sammenheng, og det er den det tas utgangspunkt i ved den videre drøftelse.

Konvensjonsvernet kan sies å være begrenset. Domstolen ser i all hovedsak på om det foreligger tilstrekkelig hjemmel for frihetsberøvelsen, og går sjelden inn i en drøftelse av hvorvidt de nasjonale reglene er fulgt. Det stilles ikke krav til at myndighetene kan bevise unndragelsesfare eller nødvendigheten av fengslingen, og det sentrale er om myndighetene planlegger en utsendelse.⁹⁷

De sentrale momentene som vurderes er at fengslingen ikke må være vilkårlig og utsendesprosessen må være i framdrift. Proporsjonalitetsvurderingen som etter norsk rett innebærer at fengslingssurrogater må vurderes før det besluttes fengsling gjelder ikke etter reglene som følger av EMK.⁹⁸ Det kommer klart frem i dommen Saadi mot Storbritannia, hvor EMD i storkammer uttaler følgende:

«The principle of proportionality applies to detention under Article 5 1(f) only to the extent that the detention should continue for an unreasonable length of time».⁹⁹

Denne saken gjaldt fengsling i forbindelse med en hurtigprosedyre som Storbritannia innførte i 2000 for behandling av åpenbart grunnløse asylsøknader. Interneringscenteret for hurtigprosedyren var fullt da Saadi ankom Storbritannia, men etter å ha overholdt møteplikten i to døgn ble Saadi fengslet på interneringscenteret. Fengslingen varte i syv dager mens asylsøknaden hans ble behandlet. Domstolen kom til, med et flertall på 11 mot 6, at det ikke forelå brudd på artikkel 5 nr. 1 (f). I samme avgjørelse fant domstolen enstemmig at det forelå et brudd på EMK art. 5 nr. 2.

⁹⁷ Høstmælingen (2012) side 176-177

⁹⁸ Prop. 138 L (2010-2011) side 15

⁹⁹ Saadi v. The United Kingdom (2008) premiss 72

Det er i hovedsak varigheten av frihetsberøvelsen har i vært vurdert ved de sakene som har vært i EMD. Felles for disse sakene er at domstolen legger vekt på myndighetenes fremdrift i saken og den reelle muligheten for utsendelse heller enn fengslingens varighet isolert sett. Domstolen bruker i flere avgjørelser begrepet «due diligence» en betegnelse på myndighetenes plikt til følge opp saken med tilstrekkelig tilbørighet og grundighet for å unngå krenkelse av konvensjonsvernet. Kravet til progresjon er opprettholdt ved flere avgjørelser i EMD.

I saken Mikolenko mot Estland kom EMD at en fengslingstid på nesten fire år var i strid med konvensjonens vern mot vilkårlig frihetsberøvelse.¹⁰⁰ Konvensjonsstrid var ikke begrunnet med lengden på fengslingen i seg selv, men med at nasjonale myndigheter ikke opprettholdt en aktiv utsendelsesprosess og at uttransport ikke var å anse som realistisk. Denne saken gjaldt en tidligere sovjetisk offiser som tjenestegjorde i estisk territorium fra 1983. Ved Estlands løsrivelse fra Sovjetunionen nektet Mikolenko å forlate landet frivillig, og han ble utvist som følge av ulovlig opphold. Da Mikolenko fortsatte å oppholde seg ulovlig i landet ble han fengslet med henblikk på utsendelse til Russland. Mikolenko hadde ikke gyldig pass, og da nytt russisk reisedokument var avhengig av at han selv samarbeidet med russiske myndigheter for å få dette utsendt, ble fengslingen langvarig.

Flertallet i domstolen (6 mot 1) kom til at frihetsberøvelsen var å anse som i strid med konvensjonen, og uttalte følgende:

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

¹⁰⁰ Mikolenko v. Estonia (2009)

What is more, the applicant's expulsion had become virtually impossible as for all practical purposes it required his co-operation, which he was not willing to give. While it is true that States enjoy an undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory (...), the aliens' detention in this context is nevertheless only permissible under Article 5 § 1 (f) if action is being taken with a view to their deportation. The Court considers that in the present case the applicant's further detention cannot be said to have been effected with a view to his deportation as this was no longer feasible. (...)

The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the grounds for the applicant's detention - action taken with a view to his deportation - did not remain valid for the whole period of his detention due to the lack of a realistic prospect of his expulsion and the domestic authorities failure to conduct the proceedings with due diligence»¹⁰¹

I henhold til denne dommen kommer det klart frem at de må pågå en aktiv prosess så lenge fengslingen finner sted, og at en fremtidig utsendelse må være realistisk. Dersom prosessen med å avklare identitet stopper opp, faller grunnlaget for fengsling bort. Det at utlendingen selv sitter på nøkkelen til å avklare egen identitet er ikke nok til å rettferdiggjøre langvarig fengsling.

Dette kommer også til uttrykk i avgjørelsen J.N. mot Storbritannia fra 2016 hvor domstolen uttalte følgende:

«While it is true that the applicant repeatedly refused to cooperate with the authorities' attempt to effect a voluntary removal, the Court does not consider that this can be seen as a "trump-card" capable of justifying any period of detention, however long (...))»¹⁰²

Denne saken gjaldt en asylsøker som kom fra Iran til Storbritannia i 2003. Søknaden om asyl ble avslått, og J.N. ble utvist fra Storbritannia. Iranske myndigheter var ikke villig til å utstede reisedokumenter med mindre J.N. frivillig signerte en erklæring på at han reiste frivillig, noe han ikke var villig til. I denne saken ble Storbritannia dømt for brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 etter å ikke ha overholdt progresjonskravet i utlendingssaken under den siste perioden av fengslingen. Det at utlendingen ikke samarbeidet rettferdiggjorde ikke den lange fengslingstiden på om lag to år.

¹⁰¹ Mikolenko v. Estonia (2009) premiss 64, 65 og 68

¹⁰² J.N. v. The United Kingdom (2016) premiss 106

Saken *Chahal mot Storbritannia* viser at fengsling av særlig lang varighet ikke nødvendigvis vil være et brudd på EMK artikkel 5 nr.1. Her fant EMD at fengslingen ikke var konvensjonsstridig til tross for at Chahal hadde sittet fengslet i over seks år.¹⁰³ Denne saken gjaldt en antatt terrorist som risikerte tortur ved retur til India og hans familie. Saken dreier seg hovedsakelig om en vurdering av britiske sikkerhetsinteresser vurdert opp mot forbudet mot umenneskelig behandling, straff eller tortur som er nedfelt i EMK artikkel 3. Domstolen kommer til at vernet mot tortur er absolutt, og en utlending ikke kan returneres til hjemlandet dersom det er en reell risiko for at vedkommende vil bli utsatt for behandling som er i strid med EMK artikkel 3. Dette forbudet kan ikke avvikes.

Når det gjelder domstolens vurdering av EMK artikkel 5 nr.1 finner domstolen, med et flertall på tretten mot seks, at den langvarige fengslingen ikke er å anse som et brudd på konvensjonen. Domstolen uttrykker bekymring for fengslingens lange varighet, men flertallet finner at sakens omstendigheter og myndighetenes arbeid med saken gjør at det ikke foreligger brudd på konvensjonen.

For å oppsummere skal varigheten ved fengsling etter utlendingsloven § 106 alltid vurderes opp mot forholdsmessighetskravet i lovens § 99 og EMK artikkel 5 nr. 1. Praksisen fra EMD viser at det er avgjørende at myndighetene gjennom hele fengslingsperioden opprettholder arbeidet med å avklare identiteten, og at uttransport til enhver tid er realistisk. Det at utlendingen ikke samarbeider om dette er ikke tilstrekkelig for å begrunne frihetsberøvelsen. Dette gjelder ved enhver fengsling etter bestemmelsen, men i de tilfellene fengslingsfristen ikke kommer til anvendelse vil vurderingene gi veiledning for når det til slutt må besluttet løslatelse.

Det rettslige utgangspunktet etter praksis fra EMD er allerede å anse som gjeldene rett i Norge. Likevel har departementet har nylig foreslått å tydeliggjøre progresjonskravet ved å ta det inn i lovteksten. Departementet uttaler at det foreslås å «lovfeste 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».¹⁰⁴

¹⁰³ *Chahal v. The United Kingdom* (1996)

¹⁰⁴ Prop. 126 L (2016-2017) side 11

5.3 Forbudet mot gjentatt straffeforfølging

Det at et tidligere lovbrudd muliggjør en lengre fengslingstid for et formål som ikke er knyttet til lovbruddet kan potensielt oppleves som en form for dobbeltstraff for den det gjelder. I det videre drøftes det hvorvidt adgangen for lengre fengslingstid etter utlendingsloven for straffedømte utlendinger kan komme i strid med forbudet mot gjentatt straffeforfølging. Dette med utgangspunkt i at en tidligere ilagt straff eller særreaksjon muliggjør en lengre fengsling etter utlendingsloven § 106.

Forbudet mot dobbeltstraff følger av EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4 (P7-4) og lyder:

«Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.»¹⁰⁵

Det følger av denne definisjonen at for at forbudet mot gjentatt straffeforfølging skal tre i kraft må visse vilkår være oppfylt. For det første må begge forholdene innebære straffeforfølging. Videre må den første avgjørelsen være endelig, men det er ikke avgjørende om dommen er fellende eller frifinnende. Til slutt må begge sakene gjelde *det samme* straffbare forholdet, og behandlingen i den andre saken må innebære en gjentatt forfølgning av den første saken.

Allerede ved det første vilkåret blir det klart at forholdet ikke dekkes av forbudet, da fengsling etter utlendingsloven § 106 ikke defineres som straffeforfølging etter P7-4. Videre vil ikke begge sakene gjelde det samme straffbare forholdet da den første saken er et lovbrudd som har ført til straff eller særreaksjon, mens fengslingen etter utlendingsloven har til hensikt å avdekke utlendingens identitet. Det er klart at forholdet vil falle utenfor forbudet mot gjentatt straffeforfølging.

For ordens skyld bemerkes det at utvisningsvedtak klassifiseres som en forvaltningssanksjon i norsk rett, og således ikke som straff.¹⁰⁶ Det er også slått fast av EMD at utvisning i seg selv ikke er å anse som straff etter EMK artikkel 6. En helt sentral avgjørelse i dette spørsmålet er

¹⁰⁵ EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4 første ledd

¹⁰⁶ Øien (2013) side 357

en storkammerdom fra 2000, Maaouia mot Frankrike.¹⁰⁷ I denne saken fant domstolen med femten mot to stemmer at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke var anvendelig i saker om utvisning.

Praksisen fra EMD er ikke til hinder for at Norge kan velge å klassifisere et utvisningsvedtak som straff i intern lovgivning. Dette ble blant annet drøftet i forarbeidene til nåværende utlendingslov hvor utvalget uttaler følgende: «Å behandle utvisning som straff, kunne særlig være aktuelt i tilfeller hvor vedtaket om utvisning begrunnes i straff ilagt i Norge. Ved flere grunnlag vil en klassifisering av utvisningen som straff derimot gi en lite hensiktsmessig behandlingsform, som for eksempel ved utvisning begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet eller ved mistanke om terrorisme. Det vil ikke være noen god løsning hvis utvisning behandles som straff dersom grunnlaget er ilagt straff, men ellers ikke.»¹⁰⁸

5.4 Forbudet mot tortur, mishandling og nedverdiggende behandling

Forbudet mot tortur er nedfelt i EMK artikkel 3, og lyder «ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 er forbudet også nedfelt i Grunnloven § 93 annet ledd. Grunnlovsendringen er tydelig inspirert av EMK, og det er grunn til å anta at bestemmelsen skal tolkes i lys praksis fra EMD vedrørende artikkel 3.

Frihet fra tortur og mishandling er den av menneskerettsbestemmelsene hvor vernet er mest absolutt formulert, og torturforbudet står sterkt internasjonalt. Vernet etter EMK art. 3 gjelder reservasjonsløst. Forbudet har også flere spesialiserte konvensjoner, herunder FNs torturkonvensjon av 12. desember 1984 og Europarådets torturkonvensjon av 26. juni 1987. I FNs torturkonvensjon er tortur definert i artikkel 1 nr. 1. Definisjonen anses for å ha generell gyldighet, og lyder som følger:

«For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other per-

¹⁰⁷ Maaouria v. Frankrike (2000)

¹⁰⁸ NOU:2004 pkt.12.3.3.1

son acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.»¹⁰⁹

Etter denne definisjonen begrenses tortur til alvorlige lidelser eller smerte («serve pain or suffering») som er påført i en bestemt hensikt.¹¹⁰ Det følger av ordlyden at tortur dreier seg om de ekstreme tilfellene.¹¹¹ I saken Aksoy mot Tyrkia trekker EMD en grense for hva som regnes som tortur:

«In order to determine whether any particular form of ill-treatment should be qualified as torture, the Court must have regard to the distinction drawn in article 3 between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As it has remarked before, this distinction would appear to have been embodied in the Convention to allow the special stigma of "torture" to attach only to deliberate inhuman treatment causing very serious en cruel suffering (...)»¹¹²

EMD viser i denne saken at terskelen for å konstantere tortur er høy, og dette er forbeholdt de mer ekstreme tilfellene. Myndighetene kan dømmes for selv å ha stått bak torturen, eller for å ikke ha overholdt den positive plikten til å beskytte individene mot denne type behandling.¹¹³

Vernet etter EMK er rekker videre enn definisjonen etter FNs torturkonvensjon da bestemmelsen i art. 3 også inkluderer umenneskelig eller nedverdiggende behandling og straff.

Dersom et tilfelle ikke kvalifiserer til tortur vil umenneskelig behandling eller straff være den neste terskelen, og deretter nedverdiggende behandling eller straff. Momenter ved vurderingen vil være grad av lidelse og smerte, varighet og formålet bak behandlingen. Det er likevel ikke nødvendig med et klart skille mellom de to da dette vil bero på en svært konkret vurdering i den enkelte sak.¹¹⁴

Mest relevant for den videre drøftelse er nok nedverdiggende behandling som er den laveste terskelen for å konstantere brudd på EMK artikkel 3. Ofte vil EMD ved en vurdering av yttergrensene av vernet se på forholdsmessigheten mellom mål og middel. I motsetning til forbudet mot tortur er hensikten ikke avgjørende ved vurderingen av forbudet mot umenneske-

¹⁰⁹ FNs torturkonvensjon (1984) artikkel 1 nr. 1

¹¹⁰ Aall (2007) side 150

¹¹¹ Høstmælingen (2012) side 148

¹¹² Aksoy v. Turkey (1996) premiss 63

¹¹³ Høstmælingen (2012) side 151

¹¹⁴ Ibid. side 150

lig eller nedverdiggende behandling og straff. Det kan likevel være et av flere momenter ved vurderingen.¹¹⁵

Den konkrete vurderingen av handlingens grovhet kan heller ikke gis en fast størrelse. EMD sin tolkning av konvensjonen er dynamisk, og vurderingen vil endre seg med den alminnelige oppfatningen av hva som innebærer tortur.¹¹⁶

Innen norsk utlendingsrett er vernet etter EMK artikkel 3 flere ganger påberopt i saker som gjelder utvisningsvedtak eller fengsling av barn, men det er også anført at forholdene ved fengsling på Trandum utlendingsinternat er å anse som inhuman behandling. Dette var en av anførselene da Borgarting lagmannsrett behandlet en anke over en fengslingskjennelse, jf. LB-2015-53150. Utlendingen hadde sittet fengslet i 2 år og 3 måneder, inklusiv soning av dom og bøter. Tingretten hadde besluttet fengsling for fire nye uker, og fremstilte anket denne kjennelsen. Det ble anført at fortsatt fengslig ville være i strid med EMK artikkel 3 og 5, og at de straffbare handlingene som begrunnet utvisningen var av så lav alvorlighetsgrad at de ikke kunne begrunne en total fengslingstid på snart 28 måneder.

Lagmannsretten fant, i likhet med tingretten, at grunnvilkårene for videre fengsling var oppfylt jf. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a og b. Videre viser lagmannsretten til at utlendingen er utvist som følge av ilagt straff og derfor kan fengsles utover 18 måneder, jf. Utlendingsloven § 106 femte ledd. Lagmannsretten finner at fortsatt fengsling ikke vil være i strid med EMK artikkel 5, og vektlegger i denne vurderingen politiets arbeid med utsendelsen og at det er planlagt konkrete tiltak i nær fremtid.

Lagmannsretten finner at fortsatt fengsling ikke vil utgjøre brudd på EMK artikkel 3. Til dette bemerker lagmannsretten kort at «det er ikke grunnlag for anførselen om at opphold på Trandum interneringsleir må anses som inhuman behandling.»¹¹⁷

Kjennelsen ble anket videre til Høyesterett der utvalget fant det «enstemmig klart at anken ikke kan føre frem.»¹¹⁸ Anken ble forkastet i medhold av straffeprosessloven § 387 a første ledd.

Alle instanser finner at fortsatt fengsling ikke er i strid med forbudet mot tortur, mishandling og nedverdiggende behandling eller straff, jf. EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 andre ledd.

¹¹⁵ Aall (2007) side 151

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ LB-2015-53150

¹¹⁸ HR-2015-761-U

Det kan likevel tenkes at det kan være grunnlag for det dersom fengslingen blir langvarig nok og forholdene ellers tilsier det. Dette med tanke på at Politiets utlendingsinternat ikke er ment for opphold av særlig lang varighet, noe som også følger av instruksene for internatet:

«Det skal legges særlig til rette for utlendinger som oppholder seg på utlendingsinternatet over lengre tid. I den forbindelse skal det spesielt hensyntas at oppholdet for den innsatte gradvis vil kunne oppleves som mer belastende over tid, slik at utlendingsinternatet må vurdere å lempe på restriksjoner og øvrige inngrep i innsattes privat- og familieliv, så langt det er forenlig med sikkerhetsmessige og ordensmessige hensyn, samt hensynet til effektivisering av vedtak og pågående forberedelser til uttransport.»¹¹⁹

At det skal vurderes å lempe på restriksjonene for langtidsværende på utlendingsinternatet gir ingen god garanti for at det veies opp for den belastningen som langvarig frihetsberøvelse kan være. Fordi internatet ikke er ment for langvarige opphold er det ikke tilrettelagt for arbeid, utdanning eller særlig fritidstilbud slik som er vanlig i ordinære fengsler.

Det er vanskelig å si hvor denne grensen vil gå, men terskelen vil være høy for å konstatere at langvarig fengsling på utlendingsinternatet vil være et brudd på EMK artikkel 3. Når loven åpner for fengsling på ubestemt tid er det likevel grunn til å anta at fengslingen på et eller annet tidspunkt vil være å anse som inhuman behandling, sett i lys av at EMD vurderer forholdsmessigheten mellom mål og middel. Når det er sagt skal det nok mye til at det vil være tilfellet før kravet til forholdsmessighet etter utlendingsloven § 99 tilsier at utlendingen må løslates.

6 Oppsummering og avsluttende kommentarer

Fengsling er et strengt inngrep i menneskets frihet, og vil alltid være underlagt strenge krav til lovhjemmel og rettslig prøving. Redegjørelsen og drøftelsen over viser i hvilke tilfeller utlendingsloven åpner for fengsling utover 18 måneder.

Ordlyden etter § 106 femte ledd tredje punktum er på klar på hvilke vilkår som må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal kunne komme til anvendelse. Bestemmelsen innebærer et kan-skjønn, og det er foreligger aldri en plikt til å fengsle selv om vilkårene er oppfylt. Nødvendigheten av inngrepet skal vurderes fortløpende, og dersom grunnlaget for fengsling faller bort skal utlendingen løslates umiddelbart.

¹¹⁹ PU (2016) side 8

Ved hver fengslingsforlengelse vil hensynene som taler for fengsling måtte vurderes opp mot forholdsmessigheten og nødvendigheten av inngrepet. Det stilles samtidig krav til politiets arbeid og fremgang i saken, jf. EMK art. 5 nr. 1. Etter forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 99 må det og være realistisk at identiteten vil bli avklart og uttransport gjennomført. Dette må ikke bevises, men sannsynliggjøres.

Etter hvert som fengslingen blir langvarig skjerpes disse kravene gradvis, og momentene og hensynene som taler for fortsatt fengsling må veie tyngre for at fengslingen ikke skal komme i strid med kravet til forholdsmessighet, jf. Rt. 2009 s. 797.

Når det er snakk om de tilfellene hvor unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse er det således ingen *nye* vurderinger som må finne sted utover at vilkåret om at utlendingen må være utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon må være oppfylt. Fengsling i lengre enn 18 måneder tilhører sjeldenhetene og det er derfor klart at hensynene som taler for fortsatt fengsling må veie tungt og politiets utsikt til å gjennomføre uttransporten må være gode.

Bakgrunnen for at lovgiver har valgt å ta inn denne unntaksbestemmelsen er ikke behandlet i forarbeidene. Ved gjennomføringen av returdirektivet ble det slått fast at direktiver ikke gjelder utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon, og derfor ble unntaksbestemmelsen tatt inn i § 106 femte ledd.¹²⁰

Flere av redegjørelsene og drøftelsene i oppgaven viser at unntaksadgangen får konsekvenser som ikke virker behandlet eller begrunnet fra lovgiver sin side. Når det gjelder bakgrunnen for unntaksbestemmelsen er det særlig to spørsmål som står ubesvart.

For det første kan særbestemmelser for utlendinger som er ilagt straff eller særreaksjon indikere at fengslingen også har et kriminalpreventivt formål når ikke en nærmere begrunnelse er gitt. Dette synet styrkes av at det de i ulike forarbeidene til loven og senere lovendringer fremgår noe motstridene formål bak reglene. Ved et inngripende tvangsmiddel som fengsling bør det være helt klart hva formålet med frihetsberøvelsen er.

For det andre kan det stilles spørsmålstegn ved at reglene i praksis får ulik betydning for utlendinger som er utvist på grunnlag av brudd på utlendingsloven og utlendinger som er utvist på grunnlag av ilagt straff eller særreaksjon etter andre bestemmelser, når det ikke gis en nærmere begrunnelse. Dersom formålet ved fengslingen er å avklare identitet og gjennomføre

¹²⁰ Prop. 3 L (2010-2011) side 53

uttransport virker det noe urimelig at det gjelder ulike regler for fengslingstiden for saker som ellers er like. Det at utlendinger som begår straffbare brudd på utlendingsloven utvises uten straffeforfølgelse begrunnes med prosessøkonomiske hensyn, gjør denne at denne konsekvensen av reglene fremstår som noe tilfeldig.

Når det gjelder fengslingens varighet i tilfellene hvor unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse gjør oppgaven rede for at hverken lovteksten eller rettspraksis oppstiller en klar grense for den totale fengslingstiden. Ytterligere fengsling må gjøres ut i fra en konkret forholdsmessighetsvurdering, og på et tidspunkt vil det måtte løslates selv om de øvrige vilkårene for videre fengsling er oppfylt. Momentene det legges særlig vekt på er, etter praksis fra EMD og Høyesterett, kravet til at det pågår en aktiv prosess med å avklare identiteten og at det fortsatt er realistisk at uttransport vil finne sted. Rettspraksis fra EMD viser at det i liten grad legges vekt på selve varigheten av fengslingen, selv om det i Saadi mot Storbritannia vises til at fengslingen var av kort varighet.

Videre er det klart at Norges internasjonale forpliktelser setter klare begrensninger for fengslingen, og dette kan blant annet bidra til vurderingen om når fortsatt fengsling ikke lenger vil stå i forhold til hensynene som begrunner det. Av størst praktisk betydning i disse tilfellene er EMK artikkel 5 nr.1 bokstav f. Rettspraksis fra EMD viser at det stilles strenge krav til at myndighetenes fremdrift i saken ("due diligence").

Uverdige forhold ved soning kan utgjøre et brudd på EMK artikkel 3. I norsk rettspraksis har det vært anført at langvarig fengsling på Trandum utlendingsinternat vil være å regne som inhuman behandling og derfor utgjøre et brudd på EMK artikkel 3. Denne anførselen har foreløpig ikke vunnet frem i norsk rettspraksis, men det er vanskelig å si konkret hvor denne grensen går. Det er grunn til å anta at fengslingstiden vil være et av momentene ved en vurdering av dette, og at fengsling etter § 106 på *et eller annet tidspunkt* vil utgjøre et brudd på vernet mot nedverdiggende behandling. Det må vurderes sammen med andre konkrete forhold ved frihetsberøvelsen.

Vurderingen av unntaksbestemmelsen i lys av forbudet mot dobbeltstraff viser at dette forholdet faller utenfor konvensjonens definisjon av dobbeltstraff, da det ikke utgjør en gjentatt straffeforfølgning. Dette er både fordi fengsling etter utlendingsloven ikke regnes som straff, og fordi straffesaken og utlendingssaken ikke gjelder samme forhold etter definisjonen i EMK T7-4.

Det er et uttalt politisk mål at det er ønskelig å uttransporterte så mange som mulig av de som oppholder seg ulovlig i Norge, særlig vises det til de som har begått kriminelle handlinger utover sitt ulovlige opphold. Dette begrunnes med både asylpolitiske hensyn og av sikker-

hetsmessige årsaker. Det må likevel stilles spørsmål ved hvor langt virkemidlene kan tas i bruk for å nå dette formålet.

Reglene om fengsling etter utlendingsloven bærer preg av at det skal være et midlertidig tiltak for å kunne avklare identitet og gjennomføre retur, men hvor midlertidig er det egentlig når det er snakk om fengsling ut over 18 måneder og på ubestemt tid? Det vises til at terskelen for utvisning som følge av ilagt straff er lav for utlendinger uten lovlig opphold. Det skal ikke mer til enn en vedtatt forelegg ved for eksempel brudd på straffeloven § 323 (mindre tyveri). Høyesterett uttaler at forholdsmessigheten ved fengslingen skal ses i sammenheng med lovbruddet, men det gis ingen veiledning for hvordan dette skal vurderes.¹²¹

Reglene i utlendingsloven § 106 er tilsynelatende klare, men etter en grundig gjennomgang av bakgrunnen for innføringen av unntaksadgangen, hvordan regelen kan forstås og hvordan den anvendes i rettspraksis gis det svar, men også noen ubesvarte spørsmål.

¹²¹ Rt. 2014 side 727 avsnitt 12

7 Litteraturliste

Norske lover og forskrifter

1814	17de Mai 1814 Kongeriget Norges Grunnlov (Grunnloven)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1988	Lov 24 juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
1995	Lov 04 august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)
1999	Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2008	Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
2009	Forskrift 15 oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Internasjonale traktater, konvensjoner og direktiver

Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 1966

EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4

Protokoll nr. 7 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Strasbourg 1984

FNs Torturkonvensjon

FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, 1984

Direktiver

2008/115/EF

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (Returdirektivet)

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1999 s.1460

Rt. 2009 s.797

Rt. 2014 s. 220

Rt. 2014 s.727

HR-2015-761-U

HR-2016-2604-U

HR – 2017-283-U

Lagmannsrett

LB-2015-53150

Den europeiske menneskerettsdomstol

Case of Chahal v. The United Kingdom

The European Court of Human Rights,
Strasbourg 15. november 1996

Case of Aksoy v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg 18. desember 1996
Case of Maaouia v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg 5. oktober 2000
Case of Saadi v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg 29. januar 2008
Case of Saadi v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg 28. februar 2008
Case of Mikolenko v. Estland	The European Court of Human Rights, Strasbourg 8. oktober 2009
Case of J.N v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg 19. mai 2016

EU-domstolen

Sag C-357/09 PPU Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)
(anmodning om pr judiciel avgjørelse ingivet af Administrativen sad Sofia-grad)
30. november 2009

Sag C-61/11 PPU Hassen El Dridi, alias Soufi Karim
(anmodning om pr judiciel avgjørelse fra Corte di Appello di Trento, Italien)
28. april 2011

Forarbeider (alle forarbeider er hentet fra www.regjeringen.no)

NOU 2004:20

Ny utlendingslov

Ot. Prp. Nr. 75 (2006-2007)

Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Prop. 2 S (2010-2011)

Samtykke til godtakelse av direktiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (videreutvikling av Schengen-regelverket)

Prop.3 L (2010-2011)	Endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet)
Prop. 138 L (2010-2011)	Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)
Prop. 90 L (2015-2016)	Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II)
Prop. 91 L (2015-2016)	Endringer i utlendingslova (pågrep og fengsling i samband med 48-timarprosedyren)
Prop. 126 L (2016-2017)	Endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.)
Inst. 137 L (2010-2011)	Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet)
Inst.148 S (2010-2011)	Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om samtykke til godtakelse av direktiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (videreutvikling av Schengen-regelverket)
Innst.186 S (2013-2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV
Lovvedtak 21 (2011-2012)	Vedtak til lov om endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)

Forvaltningspraksis

Rundskriv

RS 2010- 024

Utvisning etter utlendingsloven §§66, 67 og 68 –
brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold (hentet fra www.udiregelverk.no)

G-8/98

Uttransportering av utlendinger etter vedtak truffet i medhold av utlendingslovgivningen (hentet fra www.regjeringen.no)

Instrukser

GI-03/2014

Instruks om tolkning av utlendingsloven §§ 67 annet ledd og 68 annet ledd (hentet fra www.regjeringen.no)

Litteratur

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*

Bergen: Fagbokforlaget, 2007 (2. utgave)

Bunæs, Runa, Kristin Ottesen Kvigne, Bjørn Vandvik (red.) *Utlendingsrett,*

Oslo: Universitetsforlaget, 2004

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5. utg ved Jan Helgesen

Oslo, Universitetsforlaget, 2001

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter,*

Oslo: Universitetsforlaget, 2003 (7.opplag, 2012)

Vevstad, Vigdis (red.) *Utlendingsloven kommentarutgave,*

Oslo: Universitetsforlaget, 2010

Øien, Øyvind Dybvik (red.) *Lærebok i utlendingsrett*

Oslo: Universitetsforlaget, 2013

Andre kilder

Høringsbrev og høringsuttalelser

Rapporter

Husabø, Erling Johannes og Annika Elisabet Suominen

Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler (Tvangsmiddelrapporten), 2011 (hentet fra www.regjeringen.no)

[sist sitert 24.11.17]

Annet

Regjeringen, 2013

Politisk plattform: Sundvollen-plattformen.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/politisk-plattform/id743014/> [sist sitert 24.11.17]

Politiets utlendingsenhet, 2014

Politiets utlendingsenhet årsmelding 2013

<http://www.nsd.uib.no/polsys/data/forvaltning/enhet/13520/aarsmelding> [sist sitert 24.11.17]

Politiets utlendingsenhet, 2016

Hovedinstruks for politiets utlendingsinternat

<https://www.politiet.no/globalassets/dokumenter/pu/om-pu/hovedinstruks-for-politiets-utlendingsinternat.pdf>

[datert 10.august 2016]

Utlendingsdirektoratet, 2016

Utvisningsvedtak etter statsborgerskap og grunnlag i 2016

<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2016/>

[sist sitert 24.11.17]

Statistisk Sentralbyrå, 2017

Stortingsvalget, velgerundersøkelsen

<https://www.ssb.no/valg/artikler-og-publikasjoner/droyt-1-av-4-tenkte-pa-innvandring-da-de-stemte>

[sist sitert 24.11.17]