

# Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler

En utredning avgitt til Justisdepartementet 02.03.2011

*v/ professor Erling Johannes Husabø og postdoktor Annika  
Elisabet Suominen, Universitetet i Bergen*

ISBN 978-82-7960-045-9

## Innhold

1	Innledning .....	6
2	Generelle utgangspunkt .....	7
2.1	<b>Reglens systematiske plassering .....</b>	<b>7</b>
2.2	<b>Formålet med bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven .....</b>	<b>8</b>
2.3	<b>Praktiske forbindelseslinjer til straffeprosessen og noen eksempler på uklarheter .....</b>	<b>9</b>
2.4	<b>Menneskerettslige rammer .....</b>	<b>11</b>
2.5	<b>Krav til lovgivningens utforming .....</b>	<b>12</b>
3	Enkelte merknader til de materielle fengslingsvilkårene .....	14
3.1	<b>Betydningen av utlendingssakens status.....</b>	<b>14</b>
3.2	<b>Krav til progresjon i utlendingsaken .....</b>	<b>16</b>
4	Forholdet mellom fengsling etter utlendingsloven og straffeprosessloven .....	17
4.1	<b>Adgangen til å velge om det skal startes straffesak .....</b>	<b>17</b>
4.2	<b>Valg og skifte av fengslingsgrunnlag .....</b>	<b>19</b>
4.3	<b>Forholdsmessighetsvurderingen ved skifte av fengslingsgrunnlag.....</b>	<b>21</b>
4.4	<b>Fremstillingsfristen og 12-ukers-fristen ved skifte av fengslingsgrunnlag.....</b>	<b>22</b>
4.5	<b>Varetektsfradrag for fengslingstid etter utlendingsloven? .....</b>	<b>23</b>
5	Praksis og regelverk for pågrepelse og fengsling av barn .....	25
5.1	<b>Barnekonvensjonen og anbefalinger fra Europarådet.....</b>	<b>25</b>
5.2	<b>De materielle vilkårene og praktiseringen av disse .....</b>	<b>27</b>
5.2.1	Selvstendig pågrepelse og fengsling av («enslige») mindreårige .....	27
5.2.2	Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen.....	28
5.2.3	Pågrepelse og fengsling av mindreårige sammen med foreldre .....	31
5.3	<b>Prosessuelle særregler .....</b>	<b>32</b>
5.4	<b>Særregler om oppholdet i fengsel/utlendingsinternat .....</b>	<b>34</b>
5.5	<b>Rettstilstanden i andre nordiske land .....</b>	<b>35</b>
5.5.1	Innledning.....	35
5.5.2	Sverige.....	35
5.5.3	Finland.....	37
5.5.4	Danmark .....	38
5.6	<b>Behov for ytterligere lovregulering.....</b>	<b>39</b>
6	Systematisk gjennomgang av henvisningene til straffeprosessloven .....	41

<b>6.1</b>	<b>Pågrepelse og fengsling .....</b>	<b>41</b>
6.1.1	Utlendingsloven § 106 .....	41
6.1.2	Straffeprosessloven § 174 .....	42
6.1.3	Straffeprosessloven § 175 .....	42
6.1.4	Straffeprosessloven § 176 .....	43
6.1.5	Straffeprosessloven § 177 .....	43
6.1.6	Straffeprosessloven § 178 .....	43
6.1.7	Straffeprosessloven § 179 .....	44
6.1.8	Straffeprosessloven § 180 .....	44
6.1.9	Straffeprosessloven § 181 .....	45
6.1.10	Straffeprosessloven § 182 .....	45
6.1.11	Straffeprosessloven § 183. ....	46
6.1.12	Straffeprosessloven § 184. ....	47
6.1.13	Straffeprosessloven § 184a.....	48
6.1.14	Straffeprosessloven § 185 .....	49
6.1.15	Straffeprosessloven § 186 .....	51
6.1.16	Straffeprosessloven § 186a.....	52
6.1.17	Straffeprosessloven § 187 .....	53
6.1.18	Straffeprosessloven § 187a.....	53
6.1.19	Straffeprosessloven § 188 .....	53
6.1.20	Straffeprosessloven § 189 .....	54
6.1.21	Straffeprosessloven § 190 .....	54
6.1.22	Straffeprosessloven § 191 .....	55
<b>6.2</b>	<b>Undersøkelser.....</b>	<b>55</b>
6.2.1	Utlendingsloven § 103 .....	55
6.2.2	Straffeprosessloven § 198 .....	56
6.2.3	Straffeprosessloven § 199 .....	56
6.2.4	Straffeprosessloven § 199a.....	57
6.2.5	Straffeprosessloven § 200 .....	57
6.2.6	Straffeprosessloven § 200a.....	58
6.2.7	Straffeprosessloven § 201 .....	59
6.2.8	Straffeprosessloven § 202 .....	59
<b>6.3</b>	<b>Beslag .....</b>	<b>59</b>

6.3.1	Utlendingsloven § 104 .....	59
6.3.2	Straffeprosessloven § 203 .....	60
6.3.3	Straffeprosessloven § 205 .....	61
6.3.4	Straffeprosessloven § 206 .....	62
6.3.5	Straffeprosessloven § 207 .....	62
6.3.6	Straffeprosessloven § 208 .....	62
6.3.7	Straffeprosessloven § 209 .....	63
6.3.8	Straffeprosessloven § 213 .....	63
6.3.9	Straffeprosessloven § 214 .....	63
6.3.10	Straffeprosessloven § 215 .....	64
6.3.11	Straffeprosessloven § 215a.....	64
6.3.12	Straffeprosessloven § 216 .....	64
<b>6.4</b>	<b>Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted.....</b>	<b>65</b>
6.4.1	Utlendingsloven § 105 .....	65
6.4.2	Straffeprosessloven § 175 første ledd andre punktum .....	65
6.4.3	Straffeprosessloven § 184 .....	66
6.4.4	Straffeprosessloven § 187a.....	66
7	Forslag til lovendringer med kommentarer.....	67
<b>7.1</b>	<b>Pågrep og fengsling .....</b>	<b>67</b>
7.1.1	Forslag til ny § 106.....	67
7.1.2	Merknader til ny § 106 .....	67
7.1.3	Forslag til ny § 106a.....	68
7.1.4	Merknader til ny § 106a .....	68
7.1.5	Forslag til ny § 106b.....	69
7.1.6	Merknader til ny § 106b .....	69
7.1.7	Forslag til ny § 106c.....	70
<b>7.2</b>	<b>Undersøkelser.....</b>	<b>70</b>
7.2.1	Forslag til ny § 103.....	70
7.2.2	Merknader .....	71
<b>7.3</b>	<b>Beslag .....</b>	<b>71</b>
7.3.1	Forslag til ny § 104.....	71
7.3.2	Merknader .....	72
<b>7.4</b>	<b>Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted.....</b>	<b>72</b>

7.4.1	Forslag til ny § 105.....	72
7.4.2	Merknader .....	73
<b>7.5</b>	<b>Andre aktuelle lovendringer .....</b>	<b>73</b>
7.5.1	Forslag til endring i § 92 fjerde ledd .....	73
7.5.2	Andre endringer som bør vurderes nærmere.....	74
8	Litteratur .....	75

# 1 Innledning

Denne rapporten er skrevet på oppdrag fra Justisdepartementet. Oppdraget ble etter en åpen utlysning tildelt Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, og har blitt utført av professor Erling Johannes Husabø (prosjektleder) og postdoktor Annika Elisabet Suominen.

Hovedmålet med oppdraget har vært «å avklare forholdet mellom utlendingslovens og straffeprosesslovens regler om fengsling, og å komme med forslag til forbedringer», jf den oppdragsbeskrivelsen som lå til grunn for utlysningen. Et sentralt tema har vært å se nærmere på relevansen og hensiktsmessigheten av utlendingslovens henvisninger til straffeprosessloven, særlig utlendingslovens § 106 andre ledd fjerde punktum om at «Straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer.» Vi har også sett på de tilsvarende henvisningene i reglene om undersøkelser, beslag og pålegg om meldeplikt/bestemt oppholdssted i utlendingsloven §§ 103-105.

Etter at oppdraget ble gitt har Stortinget vedtatt en rekke endringer i utlendingsloven §§ 103-106a.<sup>1</sup> Disse gjelder ikke henvisningene til straffeprosessloven spesielt, men har likevel betydelig interesse for de mer generelle problemstillingene knyttet til forholdet mellom de to lovene. Endringene trådte i kraft 01.03.2012. Vi har derfor tatt utgangspunkt i den nye lovteksten.

Et tyngdepunkt i arbeidet har vært å analysere gjeldende regler og utvikle lovtekniske forbedringer. Vi har også valgt å undersøke nærmere hvordan reglene blir praktisert. Som ledd i dette arbeidet har vi gått gjennom rettspraksis publisert i Lovdata om bruk av tvangsmidler etter den nåværende og forrige utlendingsloven. Videre har vi innhentet alle fengslingskjennelser fra to lagmannsretter (Gulating og Borgarting) i tidsrommet 01.01.2010 (da den nye utlendingsloven trådte i kraft) til 31.12.2011.<sup>2</sup> Vi har også hatt verdifulle samtaler med jurister som arbeider med dette saksfeltet både ved Oslo og Hordaland politidistrikt og ved Politiets utlendingsenhet.<sup>3</sup> Videre har vi undersøkt rettstilstanden i andre nordiske land på området, særlig når det gjelder fengsling av barn, slik departementet har bedt om.

Rapporten er bygd opp slik at vi i først tar opp visse generelle spørsmål av betydning for den videre analysen, slik som reglenes formål og systematiske plassering, forholdet til menneskerettighetene og generelle krav til regelutforming på dette området (punkt 2). Deretter har vi valgt å kommentere enkelte av de materielle vilkårene for å benytte tvangsmidler på utlendingsrettens område (3). Videre følger to temaer knyttet til fengsling som departementet særlig har pekt på i mandatet: Forholdet mellom fengslinger etter utlendingsloven og straffeprosessloven (4) og praksis og regelverk når det gjelder pågripelse

---

<sup>1</sup> Lov om endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.), vedtatt 05.12.2011.

<sup>2</sup> Disse to lagmannsrettene er valgt for å få en viss geografisk spredning på materialet. Materialet har bestått av i alt 345 fengslingskjennelser fra Borgarting (156 fra 2010 og 189 fra 2011) og 125 fra Gulating (55 fra 2010 og 70 fra 2011 (her frem til 02.12.2011)).

<sup>3</sup> Vi har fått opplyst at Politiets Utlendingsenhet i 2011 hadde 622 førstegangsfengslinger (mot 543 i 2010, se PU's årsrapport s. 8), at Hordaland politidistrikt hadde 94 førstegangsfengslinger og Oslo politidistrikt ca. 120. Vi antar at også de andre politidistriktene har en del slike fengslinger, men at antallet trolig er noe lavere enn i Oslo og Hordaland.

og fengsling av barn (5). I den siste delen av rapporten går vi systematisk gjennom henvisningene til straffeprosesslovens regler om pågrepelse og fengsling, undersøkelser, beslag og meldeplikt/pålegg om oppholdssted (6). Til slutt følger et forslag til lovendringer med merknader (7).

## 2 Generelle utgangspunkt

### 2.1 Reglens systematiske plassering

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

Reglene om fengsling og andre tvangsmidler i §§ 103 flg. har dels en egen regulering av prosedyrene for å vedta og sett i verk tvangsmiddelbruken, og dels en henvisning til tilsvarende regler i straffeprosessloven som gjelder «så langt de passer». Det er da naturlig å tolke loven slik at både reglene i utlendingsloven og de som denne viser til, går foran tilsvarende regler som måtte følge av forvaltningsloven. Likevel hører tvangsmidlene i utlendingsloven systematisk sett hjemme i forvaltningsretten, og har av den grunn blitt omtalt som «forvaltningsprosessuelle tvangsmidler».<sup>4</sup>

Utlendingslovens karakter av spesiell forvaltningsrett tilsier at straffeprosesslovens regler bare gjelder i den utstrekning loven uttrykkelig fastsetter dette. Dette ble understreket i Rt. 1994.423 som gjaldt retten til forsvarer/prosessfullmektig:

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

Dersom man tar dette som et prinsipielt utgangspunkt, vil det være naturlig å betrakte domstolenes prøving av fengsling og andre tvangsmidler som en sivil sak, med enkelte prosessuelle særregler hentet fra straffeprosessen. Til støtte for en slik synsmåte kan det også anføres at tvisteloven er den alminnelige prosessform og at vedtak etter utlendingsloven ikke er sak om straff eller andre rettsfølger (jf strpl. §§ 1-3).

Det har imidlertid vært hevdet i den juridiske teorien at straffeprosesslovens regler for anke (tidligere kjæremål) må gjelde tilsvarende ved anke over fengslinger etter utlendingsloven.<sup>5</sup> Domstolenes praksis synes å følge denne linjen. For eksempel viser Høyesteretts ankeutvalg konsekvent til straffeprosesslovens § 388 om begrenset kompetanse ved videre anke,<sup>6</sup> mens

---

<sup>4</sup> Jf. NOU 2004:20 s. 339.

<sup>5</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 521.

<sup>6</sup> Se for eksempel Rt. 2010.812, Rt. 2011.41 og HR-2011-1005-U. Den samme praksis ble fulgt ved anke/kjæremål over fengslinger etter den gamle utlendingsloven, se Rt. 1996.1554, Rt. 1997.949, Rt. 1999.1460 og Rt. 2009.797. Det er interessant å merke seg at i Rt. 1994.423 (siteret ovenfor), der det ble uttalt at straffeprosesslovens regler for øvrig ikke kommer til anvendelse, ble det likevel vist til straffeprosessloven § 385 tredje ledd andre punktum.

lagmannsrettene ofte viser til straffeprosessloven § 41 (og evt. § 52) om ankeinstansens begrunnelsesplikt.<sup>7</sup> I Rt. 1996.1585 ga Høyesteretts kjæremålsutvalg også en annen type ”ikke-henvist” bestemmelse i straffeprosessloven anvendelse i utlendingsaker, nærmere bestemt § 438 om rett til å få saksomkostninger dekket av staten.<sup>8</sup>

Det ser for øvrig ut til at det råder en viss usikkerhet om hvilken prosessform som gjelder i disse sakene. I en sak der lagmannsretten hadde innhentet et vedtak fra Utlendingsnemnda, innvendte prosessfullmektigen for eksempel at fengsling etter utlendingsloven følger prosessreglene i sivile saker og at lagmannsrettens «etterforskningskritt» ikke hadde hjemmel i tvisteloven. Lagmannsretten uttalte imidlertid at den «finner ikke grunn til noen nærmere drøfting av grensesnittet mellom straffeprosess- og tvisteloven», ettersom det etter begge regelsett var adgang til å innhente nye opplysninger.<sup>9</sup>

## **2.2 Formålet med bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven**

Selv om utlendingsloven gir hjemmel for å benytte en del av de samme tvangsmidlene som i straffeprosessen, understrekes det gjerne at tvangsmiddelbruken prinsipielt sett har et annet formål. I proposisjonen til utlendingsloven av 2008 ble det uttrykt slik:<sup>10</sup>

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).

I tråd med dette anføres det i kommentarutgaven til utlendingsloven at formålet med tvangsmidlene dels er å bidra til avklaring av identitet og dels å sikre iverksetting av vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket.<sup>11</sup>

Ved nærmere ettersyn viser det seg imidlertid at utlendingskontrollen også ivaretar hensyn som sammenfaller med strafferettens kriminalpreventive formål. Dette går særlig tydelig frem av proposisjonen til de siste endringene i utlendingsloven, der departementet skriver:<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Henvisninger til strpl. § 41 finnes for eksempel i LG-10-100270, LG-10-185303, LG-11-064163, LG-11-105146, LG-11-120036, LG-11-133209, LG-11-140530 og LG-11-186807 og en lang rekke tilsvarende dommer fra Borgarting. I LG-11-140530 ble det også henvist til straffeprosessloven § 52 første ledd, som gir § 41 tilsvarende anvendelse for kjennelser. Innenfor straffeprosesslovens system er dette korrekt, siden § 41 bare gjelder for dommer. Se også LB-10-061167 der lagmannsretten viser til strpl. § 385 om virkningen av saksbehandlingsfeil.

<sup>8</sup> Saken er drøftet nærmere av *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 466.

<sup>9</sup> Jf. LB-10-013775. Her ble det vist til tvisteloven §§ 29-15 og 29-18. Etter vårt syn ville det være riktigere å vise til tvisteloven § 21-3 (2).

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 343.

<sup>11</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 539.

<sup>12</sup> Prop. 138 L (2010-2011) s. 29. Departementet viser i denne sammenheng også til proposisjonen til utlendingsloven av 2008 (Ot. Prp. nr. 75 (2006-2007) s. 288), der det samme blir uttrykt med litt andre ord.



Et sentralt element i utlendingskontrollen er å hindre at utlendinger som begår kriminalitet får adgang til landet, eventuelt å stanse ytterligere kriminalitet fra utlendinger som har begått straffbare handlinger etter innreise, og som skal pålegges å forlate landet som følge av dette...

Sammenhengen er særlig nær der en person er besluttet utvist på grunn av straffbare forhold, jf. utlendingsloven §§ 66-68, og fengslingen skjer på dette grunnlaget (§ 106 første ledd bokstav d)). Men den nye § 105 første ledd bokstav c) gir hjemmel for å pålegge meldeplikt og bestemt oppholdssted også når utlendingen «er ilagt straff for et straffbart forhold eller treffes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold» med mer enn 6 måneders strafferamme. Dette kan i neste omgang, ved brudd på meldeplikten, lede til fengsling etter § 106 første ledd bokstav c). Dessuten vil oppgivelse av uriktig identitet eller manglende samarbeid om identitetsavklaring, som i loven er en selvstendig grunn til tvangsmiddelbruk,<sup>13</sup> normalt utgjøre et straffbart forhold, jf. utlendingsloven § 108, straffeloven § 333 og evt. også § 166 (falsk forklaring) og § 182 (dokumentfalsk).

Siden lovhjemlene i utlendingsloven inneholder flere skjønnsmessige kriterier, har politiet og domstolene også et betydelig spillerom for å legge vekt på hensynet til kriminalitetsbekjempelse ved vurderingen av om tvangsmidler kan og skal benyttes. Vår gjennomgang av rettspraksis viser at en utlendings manglende lovlidighet ved oppholdet i Norge ofte blir brukt som et argument for at unndragelsesfare foreligger (§ 106 første ledd bokstav b)), fordi det svekker troen på at han vil respektere et vedtak om å forlate landet.<sup>14</sup> Dessuten trekkes forekomsten av straffbare forhold, også mistanke om slike,<sup>15</sup> ikke sjelden inn i vurderingen av om fengsling vil være et uforholdsmessig inngrep.

### ***2.3 Praktiske forbindelseslinjer til straffeprosessen og noen eksempler på uklarheter***

Også en rekke organisatoriske forhold medvirker til at det er i praksis er en nær sammenheng mellom tvangsmiddelbruken etter utlendingsloven og straffeprosessloven. Det er politiet som tar initiativet til tvangsmiddelbruk både i utlendingssaker og straffesaker, og det er politiet som gjennomfører ransaking, beslag, meldeplikt, pågripelse og fengsling etter begge regelsett. At påtalemyndigheten bare er involvert i straffesakene<sup>16</sup> har ikke så stor betydning i praksis, siden påtalemyndighetens «første instans» er organisatorisk integrert i politiet. I Oslo politidistrikt behandles mindre straffesaker mot personer uten lovlig opphold i samme avdeling, og av de samme jurister, som har ansvar for sakene etter utlendingsloven. I andre politidistrikt er sakene noe mer organisatorisk adskilt. Politiets Utlendingsenhet behandler

---

<sup>13</sup> Jf. § 103 første ledd bokstav a), § 104 første ledd, § 105 første ledd bokstav a) og § 106 første ledd bokstav a).

<sup>14</sup> Se f.eks. LB-10-175176, LB-10-193679, LB-11-015050, LB-11-016670, LB-11-106461, LB-11-153805 og LG-11-157304. I den grad utlendingen allerede er ilagt straff for forholdet, følger det av § 106a første ledd bokstav d) at dette er et relevant hensyn. Men i praksis legges det også vekt på forhold som er under etterforskning eller pådømmelse.

<sup>15</sup> Se f.eks. LB-10-007595, LB-10-056845, LB-11-015050, LB-11-156444 og LG-10-034042.

<sup>16</sup> Jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 297 og 307.

derimot bare utlendingssaker, nærmere bestemt klarlegging av asylsøkeres identitet og iverksetting av avslag på søknader om asyl og andre oppholdstillatelser.

En konsekvens av at utlendingsloven lar mange av reglene i straffeprosessloven få anvendelse er at også prosedyrene for tvangsmiddelbruken i stor grad er sammenfallende i utlendingssaker og straffesaker. Dette vil bli gjennomgått i detalj nedenfor. Når det gjelder fengsling er det også grunn til å nevne at de samme fengsler kan benyttes enten utlendingen fengsles etter straffeprosessloven eller utlendingsloven. Selv om det er opprettet et eget utlendingsinternat (Trandum), har dette begrenset kapasitet og er mindre praktisk dersom utlendingssaken hovedsakelig har forbindelse til andre deler av landet.<sup>17</sup>

De mange forbindelseslinjene til straffeprosessen har også medvirket til sammenfallende praktiske ordninger ut over det som er lovbestemt. Det kan i denne sammenheng nevnes at fengslingssaker etter utlendingsloven i praksis registreres i politiets straffesaksregister. Denne registreringen følger saken inn i domstolene, slik at de også der registreres i kategorien straffesaker og får et saksnummer der dette kommer til uttrykk.<sup>18</sup> Videre kan nevnes at lagmannsrettene tildeler fengslingssakene etter utlendingsloven til det samme utvalg av dommere som til enhver tid er satt til å behandle anke over fengslingskjennelser i straffesaker, det såkalte «straffeutvalget».<sup>19</sup>

Gjennomgangen av rettspraksis viser også at språkbruken fra straffeprosessen i noen grad «smitter over på» utlendingssakene. Det er svært vanlig at utlendingens advokat omtales som «forsvareren»,<sup>20</sup> selv om det riktige er å kalle han prosessfullmektig, jf utlendingsloven § 92 fjerde ledd. Ofte omtales også den offentlige part som påtalemyndigheten,<sup>21</sup> selv om påtalemyndigheten ikke har noe med disse sakene å gjøre og loven derfor konsekvent taler om politiet. Det forekommer også at den som fremstilles for fengsling omtales som «siktede»<sup>22</sup>, selv om det vanlige er å bruke uttrykket «den fremstilte» eller et annet nøytralt uttrykk. En medvirkende årsak til denne tendensen i praksis kan være at flere av de reglene i straffeprosessloven som utlendingsloven sier skal gjelde tilsvarende, bruker denne typen straffeprosessuelle uttrykk (mistenkte, siktede, forsvareren o l). Det er imidlertid uheldig at slike uttrykk brukes i utlendingssaker, fordi det ubevisst kan gi et inntrykk av at det hefter noe kriminelt ved utlendingen, eller i alle fall en mistanke om straffbare forhold. Dette samsvarer dårlig med ideene bak uskyldspresumsjonen (EMK art. 6 nr. 2). Ved utformingen av

---

<sup>17</sup> Etter det vi har fått opplyst fra Hordaland politidistrikt plasseres de som fengsles etter utlendingsloven her hovedsakelig i vanlige fengsler, selv om Trandum også blir brukt i noen saker.

<sup>18</sup> Dette kommer til uttrykk ved de tre bokstavene som kommer til slutt i saksnummeret: SAK for straffesaker og AST for sivile saker. (Da alle de lagmannsrettssakene som vi har gjennomgått er registrert som straffesaker, har vi i henvisningene til disse utelatt betegnelsen «/SAK»).

<sup>19</sup> Dette gjelder i alle fall i Gulating og Borgarting. Vi har ikke undersøkt praksis ved de andre lagmannsrettene men antar at den er tilsvarende.

<sup>20</sup> Se f.eks. LB-10-045444, LB-10-048277, LB-10-051358, LB-10-095052, LB-10-114154 og LG-10-033280.

<sup>21</sup> Se f.eks. LB-10-007595, LB-10-051358, LB-10-055973, LB-10-185293, LG-10-033280, LB-10-120754 og LB 10-144856. I de to sistnevnte sakene er også uttrykket «aktor» brukt.

<sup>22</sup> Se f.eks. LG 10-004161 og LB-11-09569.

lovgivningen bør man unngå henvisninger som kan medvirke til en slik «smitteeffekt» i språkbruken.

Rettspraksis viser også enkelte tendenser til å gi straffeprosesslovens regler anvendelse i større utstrekning enn det henvisningene fra utlendingsloven tilsier. Et typisk eksempel er at det henvises til straffeprosessloven § 170a i stedet for utlendingsloven § 99 første ledd.<sup>23</sup> Selv om de to reglene har samme innhold, viser dette at domstolene gjerne «tenker straffeprosess» i disse sakene. Også den nevnte tendensen til å henvisne til straffeprosesslovens regler om begrunnelsesplikt og overprøvingsadgang i ankesaker, jf. punkt 2.2 ovenfor, kan ses i dette lyset.

Et annet forhold som skaper usikkerhet i praksis er at utlendingslovens §§ 103-106 delvis selv regulerer de spørsmålene som reguleres i bestemmelser i straffeprosessloven som utlendingsloven viser til. Da får man spørsmål om utlendingslovens regler skal regnes som uttømmende (*lex specialis*) eller ikke. Et typisk eksempel er fengslingsсурогater, som både blir regulert i utlendingsloven § 105 og i straffeprosessloven § 188 (som utlendingsloven § 106 viser til). Her viser lagmannsrettene nesten like ofte til straffeprosessloven som til utlendingsloven,<sup>24</sup> selv om det i juridisk teori er antatt at utlendingsloven § 105 skal regnes som uttømmende.<sup>25</sup> Den usikkerheten som dette avspeiler er særlig uheldig ettersom de to regelsettene ikke er helt identiske, jf. nærmere i punkt 6.1.19 nedenfor.

## **2.4 Menneskerettslige rammer**

Menneskerettighetene setter som kjent visse skranker for frihetsberøvelse og andre innskrenkninger i en persons frihet og privatliv. Av særlig betydning er den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 5 nr. 1 bokstav f), artikkel 8 og 4. tilleggsprotokoll artikkel 2, samt barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b). De materielle skrankene som EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f) setter for bruk av fengsling i utlendingssaker, er nylig gjennomgått i proposisjonen til de siste endringene i utlendingsloven.<sup>26</sup> Det samme gjelder de kravene som art. 5 nr. 2 og 4 stiller til prosedyrene ved fengsling (rask og forståelig informasjon om fengslingsgrunnen og rett til rask domstolsprøving). Også kravene i 4. tilleggsprotokoll til innskrenkninger i bevegelsesfriheten (ved pålegg om bestemt oppholdssted e. l.) er gjennomgått der. Når det gjelder artikkel 8 om retten til privatliv, og de begrensninger som denne setter på bruk av tvangsmidler (f.eks. ransaking og beslag), kan det

---

<sup>23</sup> Se f.eks. LB-10-005909, LB-10-012749, LB 10-021150, LB-10061167, LB-10-111816, LB-10-112645, LB-10-114154 og LB 10-141434. En medvirkende grunn til denne praksisen kan være at den gamle utlendingsloven § 37c også viste til straffeprosessloven § 170a.

<sup>24</sup> Se f.eks. LG-10-018536, LG-11-010990, LG-11-063181, LB-10-021030, LB-10-021039, LB-10-021151, LB-10-027026, LB-10-029573, LB-10-050164, LB-10-051358, LB-10-102720, LB-10-114154, LB-11-043183, LB-11-11-177673, LB-11-178374, LB-11-198284, LB-11-198888, LB-11-198904, LB-11-199678, LB-11-199748, LB-11-203003, LB-11-203850, LB-204720 og LB-11-206442.

<sup>25</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 576, og tilsvarende (etter utlendingsloven av 1988) *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 520.

<sup>26</sup> Jf. Prop. 138 L (2010-2011) kap. 4.

vises til Metodekontrollutvalgets utredning fra 2009.<sup>27</sup> Barnekonvensjonens betydning er nylig gjennomgått i lovmotivene til endringer i reglene om fengsling av barn i straffeprosessloven.<sup>28</sup>

Vi ser ikke noen grunn til å foreta en ny generell gjennomgang av de menneskerettslige forpliktelsene her, men nøyer oss med å gå nærmere inn på enkelte problemstillinger av særlig betydning for dette oppdraget. Det gjelder EMK's krav om at inngrep i disse rettighetene må ha hjemmel i lov, jf neste punkt, og barnekonvensjonens krav i forbindelse med pågripelse og fengsling av mindreårige, jf punkt 5.1 nedenfor.

## **2.5 Krav til lovgivningens utforming**

Grunnloven § 99 første ledd første punktum stiller et uttrykkelig krav om lovhjemmel for fengsling:

Ingen maa fængsling anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade.

Dette er et utslag av legalitetsprinsippet, som utenfor området for straff (Grunnloven § 96) og fengsling (§ 99) regnes som et ulovfestet konstitusjonelt prinsipp. Det siste betyr at det kreves lovhjemmel også for andre tvangsmidler enn fengsling. Det er antatt at prinsippet gjør seg gjeldende med stor tyngde når det gjelder tvangsmidler, slik at det stilles et strengt hjemmelskrav.<sup>29</sup> Dette innebærer at både de materielle vilkår for å bruke tvangsmidler og de nærmere regler om fremgangsmåten og individets rettigheter må gå klart frem av loven.

EMK artikkel 5 nr. 1 fastsetter at frihetsinngrep bare kan skje «in accordance with a procedure prescribed by law», mens artikkel 8 nr. 2 krever at inngrep i privatlivet må skje «in accordance with the law». Et tilsvarende krav finnes i 4. tilleggsprotokolls artikkel 2 nr. 3. Også barnekonvensjonen inneholder et lovskrav, jf. nærmere i punkt 5.1 nedenfor. Det er antatt at lovskravet har samme innhold i de forskjellige bestemmelsene i EMK.<sup>30</sup> Det viktige i vår sammenheng er at det stilles et visst kvalitetskrav til lovreglene. Dette er av Metodekontrollutvalget sammenfattet slik:<sup>31</sup>

At inngrepet skal være foreskrevet ved lov medfører et krav om at de nasjonale regler skal være forenlige med rettsstatsprinsippet («the rule of law»). Dette innebærer at rettsreglene skal være tilgjengelige og forutberegnelige. Rettsreglene må være formulert tilstrekkelig klart og presist til at borgerne har mulighet til å innrette seg. Kravene til tilgjengelighet og forutberegnelighet, og dermed kravet til presisjon, avhenger i betydelig grad av «the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those

---

<sup>27</sup> Jf. NOU 2009:15 kap. 7.3.

<sup>28</sup> Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 49-51.

<sup>29</sup> Se nærmere NOU 2009:15 s. 64-65 og mer generelt *Aall 2011* s. 106-110.

<sup>30</sup> Se *Aall 2011* s. 103.

<sup>31</sup> NOU 2009:15 s. 62.

to whom it is addressed», jf. blant annet Maestri mot Italia 17. februar 2004 (saksnummer 39748/98) avsnitt 30.

Som utvalget også fremhever, gjelder klarhetskravet ikke bare de materielle vilkår for inngrepet. Loven må også angi hvilke kategorier av personer som kan rammes og hvor lenge inngrepet kan vare, og den må oppstille prosedyrer for hvordan inngrepet skal gjennomføres.<sup>32</sup>

Prosedyrene for gjennomføring og overprøving av inngrepet, herunder hvilke rettigheter individet er tillagt, vil dessuten stå sentralt i vurderingen av om inngrepet er «necessary in a democratic society» som det heter i artikkel 8 nr. 2 og i 4. tilleggsprotokoll artikkel 2 nr. 3. Det sentrale i denne sammenhengen er om lovgivningen inneholder gode og effektive garantier mot vilkårlige inngrep og maktmisbruk. Også her vil derfor reglens utforming og tilgjengelighet for borgerne ha betydning.

Vi legger derfor til grunn at både legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet etter EMK stiller strenge krav til utformingen av bestemmelsene om tvangsmidler i utlendingsloven. Den nedre «tålegrense» for hva som kan aksepteres etter disse overordnede reglene er i denne sammenheng ikke det mest interessante. Klarhetskravet er et ideal for lovgiver som tilsier at lovgiver bør gjøre reglene så klare og lett tilgjengelige som overhodet mulig.<sup>33</sup>

I dette perspektivet fremstår henvisningene i utlendingsloven til en serie av regler i straffeprosessloven «så langt de passer», som en svært uheldig lovgivningsteknikk.<sup>34</sup> Det må være et minstekrav at lovgiver tar konkret stilling til hvilke paragrafer og ledd i straffeprosessloven som skal gjelde for tvangsmiddelbruken etter utlendingsloven. Justisdepartementet anbefaler dessuten i veiledningen om lovteknikk at henvisningsformen «så langt de passer» bare bør benyttes «dersom det er åpenbart hvilke modifikasjoner som må innfortolkes».<sup>35</sup> Særlig problematisk blir gjerne henvisninger til bestemmelser som selv inneholder henvisninger.<sup>36</sup> Det gjør det enda vanskeligere å finne ut av hvilke regler som gjelder og øker dessuten faren for at de bestemmelsene som det er henvist til, blir endret uten at man vurderer hvilke konsekvenser dette får på de rettsområdene der det er henvist til de bestemmelsene som er blitt endret.

Forutsatt at man kommer til at bestemte regler i straffeprosessloven bør gjelde tilsvarende også i utlendingssaker, blir spørsmålet om disse reglene bør inntas i utlendingsloven eller om man kan nøye seg med henvisninger til de reglene i straffeprosessloven som skal gjelde. Det må antas at det for den vanlige leser av loven normalt gir best tilgjengelighet om alle relevante regler omkring bruken av det aktuelle tvangsmiddelet fremgår direkte av hjemmelsloven selv. I denne sammenhengen hører det med at utlendingsloven er oversatt til

---

<sup>32</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 63.

<sup>33</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 64-65.

<sup>34</sup> Slik også *Vevstad 2010* 542.

<sup>35</sup> Jf. Justisdepartementets lovavdeling (2000), *Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov og forskriftsarbeid*, 2000 s. 68.

<sup>36</sup> Et eksempel fra utlendingsloven er henvisningen i § 106 til straffeprosessloven § 180 som viser videre til samme lovs §§ 230, 232 og 233, se nærmere i punkt 6.1.8 nedenfor.

en rekke språk slik at fremmedspråklige også skal ha anledningen til å sette seg inn i loven, men at disse oversettelsene gjerne ikke dekker de reglene i straffeprosessloven som det vises til.

De hensyn som tilsier at flest mulig regler samles i en lov må imidlertid avveies mot det hensynet at lovteksten i utlendingsloven ikke bør bli så lang og komplisert at lesbarheten og tilgjengeligheten reduseres av den grunn. Det er derfor grunn til å vurdere nærmere hvilke bestemmelser som det er særlig viktig at den vanlige leser av utlendingsloven har lett tilgang til. Det gjelder nok i særlig grad de materielle inngrepshjemplene og regler som gir utlendingen bestemte rettigheter, og i mindre grad regler om politiets konkrete fremgangsmåte ved gjennomføring av tvangsmiddelet. Men her må det foretas en konkret vurdering.

### **3 Enkelte merknader til de materielle fengslingsvilkårene**

#### ***3.1 Betydningen av utlendingssakens status***

Det hører ikke til dette oppdraget å gå gjennom alle de materielle vilkårene for å bruke tvangsmidler etter utlendingsloven, noe som nylig har blitt gjort i forbindelse med de siste lovendringene.<sup>37</sup> Likevel har vi valgt å trekke frem enkelte forhold ved dagens regler som vi har funnet noe uklare, og der det kan være behov for presiseringer i lovverket. Vi nøyer oss imidlertid med å peke på dette, og fremmer ikke konkrete lovforslag knyttet til lovens generelle materielle vilkår.<sup>38</sup>

En grunnleggende forutsetning for å benytte tvangsmidler etter utlendingsloven er at utlendingen har en eller annen sak til behandling som gjelder hans eller hennes rett til opphold. Ved arbeidet med de aktuelle tvangshjemplene har vi imidlertid funnet det tidvis uklart hvilke krav som stilles til «status» i utlendingssaken for at tvangsmidler skal kunne benyttes.

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b) gir adgang til pågripelse og fengsling i forbindelse med fare for unndragelse fra iverksettelsen av «vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket». Dette omfatter for det første vedtak som uttrykkelig pålegger utlendingen å forlate landet, slik som et vedtak om bortvisning (§ 17) eller utvisning (§§ 66 flg.). Det omfatter også et hvert vedtak som innebærer endelig avslag på søknad om tillatelse til å oppholde seg i Norge etter utlendingsloven kapittel 3-6. Et avslag på oppholdstillatelse innebærer nemlig en plikt for utlendingen til å forlate riket.<sup>39</sup> Vedtaket er endelig når et avslag i UDI ikke er påklaget innen utløpet av klagefristen eller UNE har avgjort å ikke ta klagen til følge. Også tilfeller der utlendingen har fått en tidsbegrenset oppholdstillatelse som så utløper uten at det søkes på nytt, omfattes.

---

<sup>37</sup> Se særlig Prop. 138 L (2010-2011).

<sup>38</sup> Særreglene for mindreårige behandles i punkt 5.

<sup>39</sup> Jf. NOU 2004:20 s. 342.

Kravet til vedtaksgrunnlag etter § 106 første ledd bokstav b) utfylles imidlertid av utlendingsloven § 99 andre ledd som sier 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». Siden enhver søknad om asyl eller oppholdstillatelse på annet grunnlag i prinsippet kan bli avslått, innebærer dette at anvendelsesområdet for de nevnte tvangshjemlene utvides vesentlig. Det innebærer at § 106 første ledd bokstav b) kan benyttes som fengslingsgrunnlag i alle saker der utlendingen ikke har fått en endelig tillatelse til å oppholde seg i riket, inkludert der en asylsøknad er til behandling.<sup>40</sup> Det samme gjelder i tilfeller der utlendingen har fått lovlig opphold, men myndighetene har varslet at det vil bli reist sak om bortvisning, utvisning eller tilbakekall av oppholdstillatelse.<sup>41</sup>

Det er uheldig at kravet til vedtaksgrunnlag først fremkommer ved å lese § 106 første ledd bokstav b) i sammenheng med § 99 andre ledd, særlig siden det gir denne fengslingshjemmelen et langt videre anvendelsesområde enn en isolert lesning av § 106 skulle tilsi.<sup>42</sup> Mens ordlyden i § 106 tyder på at det må foreligge et vedtak som pålegger utlendingen å forlate riket, er det – sammenholdt med § 99- nok at det ikke foreligger et endelig og uomtvistet positivt vedtak om opphold. Både av lovtekniske og rettsikkerhetsmessige hensyn vil vi anbefale at man vurderer å omformulere loven på dette punktet, slik at regelens reelle innhold går direkte frem av § 106. Det samme gjelder de tilsvarende reglene i § 104 andre ledd og § 105 første ledd bokstav b), som bruker den noe knappere formuleringen «vedtak».

Det kan for øvrig reises spørsmål om hvilken betydning utlendingsloven § 99 andre ledd har ut over de tilfeller som her er nevnt. Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd «tvangsmidler for å sikre iverksettingen av et vedtak», og skulle dermed tenkes å ha betydning i relasjon til alle de forskjellige hjemlene for bruk av tvangsmidler etter §§ 103-106. Det synes imidlertid som om § 103 om undersøkelser har en selvstendig regulering av kravet til utlendingssakens status, slik at det neppe har vært meningen å supplere med § 99 andre ledd. Det samme gjelder de nye fengslingsgrunnlagene i § 106 bokstav c), d), f) og g). Forholdet til § 99 andre ledd synes i alle fall ikke å ha vært drøftet i forarbeidene til disse reglene. Også av disse grunner kunne en generell avklaring og tydeliggjøring av forholdet mellom § 99 andre ledd og de øvrige reglene være på sin plass.

---

<sup>40</sup> Jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 445.

<sup>41</sup> Jf. *Einarsen 2011* note 275. Fra rettspraksis kan det vises til LF-11-103760 og LG-11-73426-2 (varsel om bortvisningsvedtak eller utvisning, anke forkastet i HR-2011-1005-U), LB-11-005737 (utlendingen hadde en asylsøknad til behandling, som kunne komme til å bli avslått), LB-11-016670 (tvangsmidler kan iverksettes også under behandling av en sak som kan føre til utsending), LB-11-019215, LB-11-003940 og LB-11-173903, LB-10-095052, LB-11-147214 (det er mest sannsynlig at et vedtak om at fremstilte må forlate landet, vil bli fattet), LB-11-038752 (asylsøknaden vil etter opplysning fra politiet bli avgjort raskt, og det er sannsynlig at utlendingen unndrar seg hvis den blir avslått), LB-11-177673 (fengsling av utlendingen mens klage til UNE er under behandling, utsatt iverksettelse av uttransportering), LB-11-204725 (vedtak om tilbakesendelse til et annet Dublin-land forventet truffet innen en viss dato).

<sup>42</sup> Se i denne sammenheng HR-2011-1005U, der lagmannsretten hadde omgjort sin egen fengslingskjennelse på grunn av misforståelser om lovens krav til status i utlendingssaken.

Einarsen har i Norsk Lovkommentar tatt til orde for en innskrenkende fortolkning av § 106 første ledd bokstav b). Han mener at internasjonale regler, først og fremst flyktningkonvensjonen artikkel 26 om retten til bevegelsesfrihet (som har forrang i kraft av utlendingsloven § 3), tilsier at en sannsynliggjøring av unndragelsesfare ikke bør være tilstrekkelig grunnlag for å fengsle en asylsøker *før* det er fattet et vedtak i asylsaken som innebærer at vedkommende må forlate riket. Noe annet gjelder ifølge Einarsen der det foreligger et klart misbruk av asylinstituttet, typisk der asylsøkeren utviser notorisk kriminell adferd i Norge.<sup>43</sup> I praksis synes det som det først og fremst er i den sistnevnte typen av tilfeller at utlendinger fengsles på grunn av unndragelsesfare før vedtak i asylsaken. Både politiets prioriteringer, herunder mangelen på fengselsplasser, og politiets og rettens vurdering av forholdsmessighetskravet tilsier dette. Det kan likevel være grunn til å se nærmere på praksis og vurdere om det er mulig å presisere lovens vilkår også på dette punktet. Vi har imidlertid ikke hatt anledning til å gå grundig nok inn i denne problemstillingen til at vi finner å kunne fremme et endringsforslag i denne retning.

### ***3.2 Krav til progresjon i utlendingssaken***

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f) tillater frihetsberøvelse for å hindre at en person kommer inn i landet uten tillatelse og av en person «against whom action is being taken with a view to deportation or extradition». Dette er av menneskerettsdomstolen tolket slik at utsendelsesprosessen må være i fremdrift («in progress»). I proposisjonen til de siste endringene i utlendingsloven foretas det en nærmere gjennomgang av det fremdriftskravet som EMD gjennom fast tolkningspraksis har etablert på dette området.<sup>44</sup> Det eneste unntaket synes å være der utlendingen misligholder sine plikter gitt i eller i medhold av lov til å medvirke til å avklare sin egen identitet (da kan EMK art. 5 nr. 1 bokstav b) være aktuell).

I den nye § 106 første ledd bokstav g) om fengsling av utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, er det menneskerettslige fremdriftskravet kommet til uttrykk gjennom formuleringen «og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse». Kravet gjelder imidlertid generelt, også i andre utlendingssaker. Det vil særlig – men ikke bare – være aktuelt i tilfelle der utlendingen blir omfattet av vernet mot utsendelse etter utlendingsloven § 73 og § 90 fjerde ledd.

Etter praksis for de norske domstolene er sakens fremdrift ofte et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Et typisk tilfelle er at myndighetene nok arbeider med utsendelse for øye, men progresjonen i saken er svak.<sup>45</sup> Da kan domstolene bruke

---

<sup>43</sup> Jf. Einarsen 2011 note 275.

<sup>44</sup> Jf. Prop. 138 L (2010-2011) s. 15-16, 39 og 45-46.

<sup>45</sup> Jf. LB-10-198205, der utlendingen ved utløpet av soning av en lang fengselsstraff var blitt fengslet etter utlendingsloven i påvente av effektivering av utvisningsvedtak. Utlendingen hadde allerede vært fengslet i nesten ett år etter utlendingsloven, men det hadde så langt ikke vært mulig å få iranske myndigheter til å medvirke til å utstede nødvendige dokumenter. Politiet hadde som «et siste forsøk» bedt Justisdepartementet om bistand til dette, men opplyste at det ikke var mulig å komme med en realistisk prognose om når reisedokumenter ville kunne foreligge. Lagmannsretten kom – som tingretten - til at videre fengsling ville være et uforholdsmessig inngrep. Et annet eksempel er LB-10-203073. Der kom lagmannsretten til at det forelå «særlige grunner» til



forholdsmessighetsvurderingen til å legge press på politiet og utlendingsmyndighetene, og om nødvendig avstå fra fengsling der saken drøyer uforholdsmessig mye. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt. 2009.797 om forståelsen av det tilsvarende forholdsmessighetskravet i den gamle utlendingsloven:

Utvalget legger til grunn at etter hvert som fengslingstiden blir lang, må domstolene også stille tiltagende krav til grunnlaget for fortsatt fengsling, til innsatsen og til fremdriften fra utlendingsmyndighetenes side, til dokumentasjon for gjennomførte tiltak, og til oversikt med hensyn til gjenstående undersøkelser. Det er også vesentlig at domstolene bygger på realistiske prognoser om samlet varetektsfengsling, som grunnlag for forholdsmessighetsvurderingen...

Ved utelukkende å trekke det menneskerettslige fremdriftskravet inn i forholdsmessighetsvurderingen står man imidlertid i fare for å relativisere dette, siden forholdsmessighet alltid dreier seg om en avveining av motstående interesser. Det fremdriftskravet som EMD har innfortolket i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f) er derimot et absolutt minimumskrav. Som det blir uttrykt i den ovenfor nevnte proposisjonen må staten «kunne vise at man arbeider aktivt for å få utsendelsen gjennomført, og at en utsendelse fremstår som realistisk».<sup>46</sup>

Vi vil derfor anbefale at man vurderer å ta inn en generell bestemmelse i loven, for eksempel i § 106 andre ledd, der minstekravet til fremdrift og realisme i utsendelsessaken kommer til uttrykk. En slik bestemmelse vil samtidig kunne fungere som en påminnelse om at domstolene også i tilfeller der utlendingssaken er i prosess men har svak fremdrift, kan og bør ta dette med i forholdsmessighetsvurderingen.

## **4 Forholdet mellom fengsling etter utlendingsloven og straffeprosessloven**

### ***4.1 Adgangen til å velge om det skal startes straffesak***

Som vi allerede har vært inne på, vil det i mange tilfeller kunne være grunnlag både for en utlendingssak og en straffesak mot samme person. Dette gjelder ikke bare fordi utlendinger på samme måte som norske borgere kan bli involvert i kriminalitet, men også fordi utlendingens handlinger i forbindelse med utlendingssaken (f. eks. forklaringsnektelse eller dokumentfalsk) kan gi grunnlag for straffeansvar, jf. kapittel 2.3 ovenfor.

Mens utlendingssaken i mange tilfeller er initiert av utlendingen selv, typisk i form av en søknad om asyl eller oppholdstillatelse på annet grunnlag, er det opp til politiet og påtalemyndigheten om man skal starte en straffesak mot utlendingen. I dette valget er det gitt et betydelig rom for skjønn. Etterforskningsplikten inntreer når det «som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart

---

fengsling ut over 12 uker, og at dette ikke ville være et uforholdsmessig inngrep, selv om det var problemer med fremdriften i arbeidet med å bringe utlendingens identitet på det rene.

<sup>46</sup> Jf. Prop. 138 L (2010-2011) s. 16. LB-10-198205 (omtalt i forrige note) synes å være et grensetilfelle der det kunne vært naturlig å vurdere forholdet til det menneskerettslige fremdriftskravet.

forhold som forfølges av det offentlige», jf straffeprosessloven § 224 første ledd. I kravet om «rimelig grunn» ligger det blant annet at det må fremstå som forholdsmessig å utsette den mistenkte for forfølgning og bruke etterforskningsressurser på forholdet.<sup>47</sup> Dette må ses i sammenheng med påtalemyndighetens adgang til å la være å påtale straffbare handlinger. Etter straffeprosessloven § 69 (opportunitetsprinsippet) kan påtale unnlates dersom «slike særlige forhold er til stede at påtalemyndigheten etter en samlet vurdering finner at overveiende grunner taler for ikke å påtale handlingen». En slik særlig grunn kan være at utlendingen uansett skal sendes ut av landet snart, enten fordi han har blitt utvist eller har fått avslag på oppholdstillatelse eller det er ventet at han vil få slikt avslag.

Riksadvokaten har gitt nærmere retningslinjer for påtalebehandling av straffbare handlinger som avdekkes i utlendingssaker.<sup>48</sup> Her tas det stilling til hvilke forhold som det skal reageres mot strafferettslig, og for hvilke forhold det ikke er nødvendig å reise straffesak ved siden av utlendingssaken. Det fremgår at straffesporet skal brukes i tilfeller det er brukt uriktig identitet eller falske reisedokumenter, ved brutt innreiseforbud og gjentatte innreiser, ved langvarige ulovlige opphold og ved ulovlig arbeid. Vårt inntrykk fra praksis er at det kan variere noe over tid og fra et politidistrikt til et annet hvor terskelen legges for å sette i gang en straffesak. Både politiets egen etterforskningskapasitet og tilgjengeligheten av fengselsplasser kan her spille inn. Noe annet er at dersom politiet først ønsker å undersøke nærmere om det foreligger et straffbart forhold, må man gjøre dette i form av en straffeprosessuell etterforskning, selv om det kan være relevant for utlendingssaken å gjøre de samme undersøkelsene.<sup>49</sup>

Vurderingen av om det bør startes en straffesak parallelt med utlendingssaken kan endre seg underveis. Det kan for eksempel vise seg at utlendingen også mistenkes for straffbare handlinger som gjør det naturlig å starte etterforskning. I slike tilfeller må man være oppmerksom på at det gjelder til dels forskjellige regler i en forvaltningssak og i en straffesak, fordi personen i straffesporet har visse prosessuelle rettigheter som han ikke har i en ren utlendingssak. Her er retten til å forholde seg taus (forbudet mot selvinkriminering) den viktigste.<sup>50</sup> Etter utlendingslovens §§ 83 og 92 har utlendingen plikt til å forklare seg og legge frem nødvendig dokumentasjon. Etter straffeprosesslovens § 230 har den mistenkte i en straffesak derimot ikke noen forklaringsplikt overfor politiet, og dette skal han ifølge § 232 gjøres kjent med i forkant av avhør. Dersom utlendingen alt har forklart seg i utlendingssaken, før det startes straffesak, kan man derfor ikke uten videre bruke den tidligere forklaringen i straffesaken. Men man kan i stedet be personen frivillig avgi en ny forklaring, etter å ha fortalt at han er mistenkt og ikke har forklaringsplikt. Et alternativ som vi har forstått brukes i

---

<sup>47</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 455-456.

<sup>48</sup> Riksadvokaten, Retningslinjer for påtalebehandling av straffbare handlinger som avdekkes i utlendingssaker, Ra 05-370 KHK av 01.12.2008.

<sup>49</sup> Jf. NOU 2004:20 s. 339, der det sies at «når politiet foretar undersøkelser som både har straffeprosessuell og forvaltningsmessig relevans ("dobbelt formål"), er det alminnelig antatt at politiets virksomhet må være under påtalemessig styring og kontroll, underlagt statsadvokaten og riksadvokaten.»

<sup>50</sup> Se nærmere *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 457-458, 471-475 og 484-488, *Vevstad 2010* s. 598-599 og mer generelt *Øyen 2010* s. 252-273.

praksis enkelte steder, er å foregripe muligheten av en senere straffesak ved alt fra starten av å si til utlendingen at han ikke har forklaringsplikt.

Vi finner ikke grunn til å gå nærmere inn på de rettsspørsmålene som kan oppstå når det gjelder overgangen fra en ren utlendingssak til (også) en straffesak. I stedet vil vi konsentrere oppmerksomheten om de særlige spørsmålene som oppstår der politiet kan velge mellom, og eventuelt også skifte mellom *fengsling* etter det ene eller det andre regelverket.

## **4.2 Valg og skifte av fengslingsgrunnlag**

Dersom det verserer både en utlendingssak og en straffesak, kan det lett tenkes at begge sakstypene gir grunnlag for fengsling, etter henholdsvis utlendingsloven og straffeprosessloven. Politiet vil normalt søke å samordne dette, særlig der det er samme enhet (kanskje til og med samme personer) som behandler begge sakene, slik at man velger å pågripe og begjære fengsling bare etter det ene regelsettet. Likevel forekommer det i praksis også tilfeller der det nærmest *parallelt* blir truffet pågripelsesbeslutninger etter straffeprosessloven og utlendingsloven, og at begge fengslingssakene blir bragt inn for retten. Et eksempel på dette er LG-11-103673, der lagmannsretten fremstilte sakens bakgrunn slik:

(Utlendingen ble) «05.06.2011 pågrepet av politiet siktet for overtredelsen av straffeloven § 229 første ledd. Videre ble han 06.06.2011 pågrepet etter utlendingsloven og fremstilt for fengsling. Han ble ved Stavanger tingretts kjennelse 07.06.2011 fengslet i fire uker etter utlendingsloven og ved Jæren tingretts kjennelse 10.06.2011 fengslet etter straffeprosessloven. Sistnevnte kjennelse ble anket og utlendingen ble ved Gulating lagmannsretts kjennelse 23.06.2011 besluttet løslatt. Utlendingen ble samme dag pågrepet på nytt etter utlendingsloven og fremstilt for Stavanger tingrett med begjæring om varetektsfengsel i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b jf annet ledd, jf § 106a, jf § 99. Begjæringen ble tatt til følge ved tingrettens kjennelse 24.06.2011, og fengslingsfristen ble fastsatt til 22.07.2011.»

Det hører med til saken at utlendingen hadde anket både tingrettens fengsling etter utlendingsloven og tingrettens fengsling etter straffeprosessloven. I prinsippet måtte da lagmannsretten ha behandlet hver fengslingssak for seg, noe som kunne ført til det eiendommelige resultatet at utlendingen ble fengslet på to grunnlag. Det kunne utløst diverse spørsmål om hvilke rettigheter og andre prosessregler som skulle gjelde overfor utlendingen under fengslingen, og hvilke frister som skulle gjelde. I det konkrete tilfellet ble dilemmaet etter det vi kjenner til løst ved at forberedende dommer i lagmannsretten tok kontakt med politiet for å gjøre oppmerksom på at det forelå dobbelt fengslingsgrunnlag og dobbel anke. Politiet opphevet da fengslingen etter utlendingsloven, og derfor behandlet lagmannsretten bare anken over den straffeprosessuelle fengslingen. Forhåpentligvis unngås eller løses denne typen forviklinger med «parallele» fengslingssaker nettopp gjennom en koordinering av politiets fremstillingspraksis.

I en del tilfeller kan det bli aktuelt å *skifte fengslingsgrunnlag* underveis, fra den ene loven til den andre. Denne problemstillingen kan for det første oppstå der politiet etter først å ha startet en utlendingssak, begynner å etterforske en straffesak som gir grunnlag for varetektsfengsling,

jf. forrige punkt. Motsatt kan det hele starte som en straffesak fordi utlendingen pågripes i forbindelse med kriminalitet, og så avdekkes det at han eller hun trolig ikke har lovlig opphold og motarbeider identitetsavklaring.<sup>51</sup> Videre kan straffesaken utløse en utlendingssak fordi utlendingen blir straffedømt for alvorlige lovbrudd som gir grunnlag for utvisning.<sup>52</sup> Det kan også hende at utlendingssaken faller bort underveis, typisk ved at utlendingen innvilges oppholdstillatelse. Motsatt kan grunnlaget for fengsling i straffesaken falle bort, for eksempel fordi saken blir henlagt eller utlendingen allerede har sittet så lenge i varetekt at det er fare for oversoning.<sup>53</sup> Et praktisk tilfelle er også at utlendingen har sonet ferdig en straffedom og er besluttet utvist, uten at det har vært mulig å effektivere utvisningen med det samme soningen var gjennomført.<sup>54</sup> Felles for disse ulike scenariene er at det enten blir nødvendig å skifte fengslingsgrunnlag, fordi den utlendingsrettslige eller straffeprosessuelle saken faller bort eller ikke lenger gir grunnlag for pågrepelse og fengsling, eller at det fremstår som hensiktsmessig å endre fengslingsgrunnlag fordi formålet med fengslingen endrer seg underveis.

Det er i utgangspunktet ikke noe til hinder for slike skifter mellom det utlendingsrettslige og det straffeprosessuelle «sporet» som grunnlag for fengsling.<sup>55</sup> Det skjønnset som påtalemyndigheten i politiet har til å bestemme om en straffesak skal startes/opprettholdes og om varetektsfengsling skal benyttes eller ikke, kombinert med det forvaltningsskjønnet som politiet som utlendingsmyndighet til å beslutte hvilke virkemidler som skal brukes, gir politiet en utstrakt fleksibilitet til slike «sporskifter». I valget av om politiet skal begjære fengsling etter det ene eller det andre regelsettet, må man imidlertid ha for øye at fengslingene har ulikt formål.<sup>56</sup> Dersom hovedformålet med å fengsle personen er å fremtvinge en avklaring av identiteten hans eller å sikre at han ikke unndrar seg en utsendelse fra landet, skal det utlendingsrettslige «sporet» velges. Er hovedformålet å unngå bevisforspillelse, hindre gjentakelse eller at personen unndrar seg strafforfølgning,<sup>57</sup> skal det strafferettslige «sporet» velges som grunnlag for fengslingen. Retten må i hvert enkelt tilfelle vurdere om det fengslingsgrunnlaget som påberopes er tilstrekkelig.

Ved de forskjellige typer skifte av fengslingsgrunnlag oppstår enkelte prosessuelle spørsmål som vi vil gå noe nærmere inn på, først hvilken betydning det har for vurderingen av om videre fengsling er et uforholdsmessig inngrep (4.3), deretter hvilken innvirkning det har på fremstillingsfristen og andre frister (4.4) og til sist om det skal tilkjennes varetektsfradrag også for den tiden utlendingen har vært fengslet etter utlendingsloven (4.5).

---

<sup>51</sup> Jf. LG-10-083633

<sup>52</sup> Jf. LG-11-141789.

<sup>53</sup> Jf. LG-10-111293.

<sup>54</sup> Jf. LG-11-126719, LB-11-105838, LB-11-128298 og LB-11-121668. I den sistnevnte saken var utlendingen først fengslet etter utlendingslovens § 106, første ledd bokstav a), deretter overført til soning av straffedom og så ved løslatelse pågrepet og fengslet igjen med hjemmel i utlendingslovens § 106, første ledd bokstav a).

<sup>55</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 543 og *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 494.

<sup>56</sup> Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 343.

<sup>57</sup> Jf. strpl. § 171.

### **4.3 Forholdsmessighetsvurderingen ved skifte av fengslingsgrunnlag**

Både straffeprosessloven § 170a og utlendingsloven § 99 første ledd fastsetter at et tvangsmiddel ikke kan brukes dersom det «etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep». I denne vurderingen er lengden av fengslingen regelmessig et sentralt moment.<sup>58</sup> Det gjelder først og fremst summen av den tiden personen allerede har sittet fengslet og tiden frem til fengslingsfristen går ut. Men der det kan bli aktuelt med videre fengslingskjennelser også etter dette, er det ifølge Høyesterett «også vesentlig at domstolene bygger på realistiske prognoser om samlet varetektsfengsling, som grunnlag for forholdsmessighetsvurderingen».<sup>59</sup>

Dersom utlendingen allerede har sittet varetektsfengslet i en straffesak, og fengslingen så skifter «spor» til utlendingsloven, oppstår spørsmålet om retten i forholdsmessighetsvurderingen også skal ta hensyn til den tiden han har sittet fengslet etter straffeprosessloven. Et eksempel på en slik sak er LG-10-111293. Der ble utlendingen pågrepet og fengslet i forbindelse i en straffesak 23. februar 2010, og satt varetektsfengslet frem til hun den 9. juli 2010 ble begjært fengslet etter utlendingsloven. Forsvareren hadde gjort gjeldende at hun allerede hadde oversonet i forhold til tiltalen mot henne. Lagmannsretten sa at «fengsling i 4 uker som bestemt av tingretten ikke er et uforholdsmessig inngrep», uten å ta i betraktning at utlendingen allerede hadde sittet fengslet over 4 måneder basert på straffeprosessloven. I enkelte andre saker der utlendingen først har vært varetektsfengslet, er det vanskeligere å se om lagmannsretten har vurdert forholdsmessigheten i lys av samlet fengslingstid etter de to fengslingsgrunnlagene.<sup>60</sup> Vi har imidlertid ikke sett noe eksempel på at retten uttrykkelig har tatt forutgående fengsling etter straffeprosessloven med i forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven.

I vurderingen av om videre fengsling vil være et «uforholdsmessig inngrep» er det et sentralt vurderingstema hvor stor skade eller påkjenning anvendelsen av tvangsmidlet vil medføre for den som rammes.<sup>61</sup> Om fengslingen har grunnlag i den ene eller den andre loven spiller i denne sammenheng liten rolle. Som fremhevet av Bunæs og Myhrer, må det avgjørende være «om tidsforløp og belastning for øvrig ikke gjør at fengslingen – totalt sett – fremstår som uforholdsmessig».<sup>62</sup> Noe annet er at de allmenne hensyn som tilsier at fengslingen ikke er uforholdsmessig kan endre karakter og at man i forholdsmessighetsvurderingen etter

---

<sup>58</sup> For så vidt gjelder fengsling av barn, se punkt 5.2.2 nedenfor.

<sup>59</sup> Jf. Rt. 2009.797. Se i denne sammenheng også bestemmelsen i straffeprosesslovens § 185 tredje ledd, som er nærmere kommentert i punkt 6.1.14 nedenfor.

<sup>60</sup> Jf. LG-10-083633 og LG-11-141789. I begge saken var utlendingen først varetektsfengslet i syv uker i forbindelse med straffesak, og deretter med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b).

<sup>61</sup> Jf. *Andenæs/Myhrer 2009* s. 280.

<sup>62</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 494.

utlendingsloven også kan legge en viss vekt på at utlendingens kriminelle adferd under oppholdet i landet.<sup>63</sup>

I de tilfeller der utlendingen har sonet ferdig en straffedom og så blir fengslet etter utlendingsloven i påvente av uttransport, stiller vurderingen seg annerledes. Soningen i fengsel er en straff og skal innebære et onde for den straffedømte. Da må man se bort fra den belastningen dette har medført på vedkommende ved vurderingen av om fengslingen etter utlendingsloven vil være et uforholdsmessig inngrep.<sup>64</sup> Dersom soningen har medvirket til at utlendingens helse er dårlig, kan det likevel indirekte få betydning, siden personens faktiske helsetilstand vil være et moment i enhver forholdsmessighetsvurdering.

#### ***4.4 Fremstillingsfristen og 12-ukers-fristen ved skifte av fengslingsgrunnlag***

Den generelle fristen for fremstilling for fengsling etter utlendingsloven § 106 tredje ledd annet punktum er «snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen». Så vidt mulig betyr at hvis det går an å fremstille utlendingen for fengsling dagen etter pågripelsen, skal dette skje. Praktiske årsaker som kan påvirke dette er for eksempel om det oppstår språkproblemer eller andre uklarheter. I tillegg fastsetter straffeprosesslovens § 183, som utlendingsloven § 106 viser til, at den pågrepne «senest den tredje dagen etter pågripelsen» må fremstilles for tingretten. Vevstad opplyser at politiet i praksis har holdt seg til en maksimumsfrist på tre dager,<sup>65</sup> og ut fra hensynet til rettssikkerhet er det en rimelig tolkning å si at tre-dagers-fristen i § 183 også «passer» i utlendingssakene. Dette synes også å ha blitt lagt til grunn i LB-11-007875. Der var utlendingen pågrepet 31. desember 2010 og fremstilt for fengsling 4. januar 2011. Lagmannsretten var enig i at utlendingen burde vært fremstilt 3. januar (første hverdagen etter årsskiftet) men konstaterte at brudd på fremstillingsfristen i § 183 ikke gav grunnlag for avvisning.

I tilfeller der utlendingen først er pågrepet i forbindelse med en straffesak og politiet så etter noe tid velger å fremstille ham for fengsling etter utlendingsloven i stedet for straffeprosessloven, blir det spørsmål om fremstillingsfristene etter de to lovene kan kumuleres. Det vil si at politiet først kan vente inntil tre dager med fremstilling etter straffeprosessloven og så utsette fremstilling ytterligere en dag eller to med henvisning til fristen «snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen» etter utlendingsloven. En slik lovfortolkning vil kunne åpne for at politiet i krevende situasjoner utnytter det ekstra spillerommet ved å skifte fengslingsgrunnlag. Dessuten tilsier både kravet i EMK artikkel 5 nr. 4 om at den fengslede «raskt» skal få avgjort fengslingssspørsmålet av en domstol, samt det generelle forholdsmessighetskravet i utlendingsloven § 99 første ledd, at man ikke «tøyer» fremstillingsfristen på denne måten. Vi mener derfor at det blir mest sammenheng i reglene

---

<sup>63</sup> Se punkt 5.2.2 nedenfor, for så vidt gjelder mindreårige.

<sup>64</sup> I de sakene vi har sett på av denne typen er det kun fengslingsperioden etter utlendingsloven som har blitt tatt i betraktning, jf. LG-11-126719, LB-11-105838, LB-11-128298 og LB-11-121668.

<sup>65</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 579.

dersom de tolkes slik at det ved skifte av fengslingsgrunnlag fra straffeprosessloven til utlendingsloven gjelder en samlet maksimumstid på 3 dager før den pågrepne må fremstilles for retten.<sup>66</sup>

Motsatt oppstår spørsmålet om man kan kumulere fremstillingsfristene dersom utlendingen først blir pågrepet etter utlendingsloven og så – etter en dag eller to - blir besluttet pågrepet etter straffeprosessloven i stedet. Det samme hensyn gjør seg gjeldende her, og dessuten stiller EMK artikkel 5 nr. 3 et krav om at den pågrepne i en straffesak «promptly» skal bli stilt for en dommer.<sup>67</sup> Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at det også i disse tilfellene må gjelde en samlet maksimumstid for fremstilling på 3 dager, jf straffeprosessloven § 183 første ledd første punktum.

Et annet spørsmål er hvordan 12-ukers-fristen i utlendingsloven § 106 fjerde ledd første punktum skal forstås der det har skjedd et skifte av fengslingsgrunnlag fra straffeprosessloven til utlendingsloven. Dette kan illustreres med saken LG-10-083633. Der hadde utlendingen først vært varetektsfengslet i 7 uker i forbindelse med en straffesak, og deretter i 7 uker etter utlendingsloven. Ved spørsmål om ytterligere 4 ukers forlengelse av fengslingen etter utlendingsloven, konstaterte lagmannsretten kort at «samlet fengslingstid etter utlendingsloven» ikke vil overstige 12 uker. Det avgjørende vil være hvordan man fortolker uttrykket «samlet fengslingstid» i utlendingsloven § 106 fjerde ledd første punktum. Når man ser dette uttrykket i sammenheng med ordlyden i andre punktum, der det blant annet tales om «fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse», taler de beste grunner etter vårt syn for kun å medregne fengslingstiden etter utlendingsloven.<sup>68</sup> Det samme gjelder ved beregningen av 18-måneders-fristen i § 106 fjerde ledd tredje punktum. Uansett må også den tiden utlendingen har vært varetektsfengslet i forkant av dette, tas i betraktning i forholdsmessighetsvurderingen, jf. forrige punkt.

#### **4.5 Varetektsfradrag for fengslingstid etter utlendingsloven?**

Straffeloven § 60 gir rett til fradrag i straffen for tiden den dømte har vært «undergitt frihetsberøvelse i anledning saken». Det har vært reist spørsmål om dette også skal gjelde for den tiden en straffedømt utlending eventuelt har vært fengslet med hjemmel i utlendingsloven.<sup>69</sup> Dette er en praktisk viktig problemstilling som, så vidt vi kjenner til, ikke har funnet noen klar løsning i rettspraksis. Men vi må her ta forbehold om at vi ikke har hatt anledning til å gå gjennom uttrykt fengslingspraksis etter straffeprosessloven, der slike saker eventuelt kan finnes.

---

<sup>66</sup> I følge *Vevstad 2010* s. 580 blir dette også lagt til grunn i praksis.

<sup>67</sup> Se i denne forbindelse Rt. 1991 s. 777.

<sup>68</sup> Særlig klart er det at ved overgang fra soning av straffedom til fengsling etter utlendingsloven starter 12-ukers-fristen fra første fengslingsvedtak etter utlendingsloven, slik det uten videre ble lagt til grunn i LB-10-198205.

<sup>69</sup> Spørsmålet er særlig drøftet hos *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 522.

Uttrykket «under frihetsberøvelse» er valgt for å signalisere at bestemmelsen ikke er avgrenset til varetektsfengsling i snever forstand.<sup>70</sup> Det er likevel antatt i den juridiske teorien at uttrykket «omfatter kun såkalt «straffeprosessuell» og ikke administrativ frihetsberøvelse».<sup>71</sup> Ut fra det som tidligere er sagt om den systematiske plassering av reglene om tvangsmidler og forholdet til straffeprosessen (jf punkt 2.1 og 2.3 ovenfor), er det ikke opplagt hvilken av disse karakteristikene som passer best her. Men etter vårt syn gir det best mening å tolke uttrykket «frihetsberøvelse» i straffeloven § 60 slik at utlendingsfengslinger i utgangspunktet omfattes. Da må problemstillingen løses ut fra om frihetsberøvelsen har skjedd «i anledning saken», noe som også gjør at man kan fokusere mer på reelle sammenhenger enn på formelle karakteristikker.

Spørsmålet om når en fengsling har skjedd «i anledning saken» har vært oppe for Høyesteretts kjæremålsutvalg ved flere anledninger. I Rt. 1992.445 hadde forsvareren krevd domfelte i fradrag for 23 dagers arrest i Danmark. Men siden grunnen til arresten var at han hadde unnveket soning av fengselsstraff i Sverige, ble fradrag ikke godkjent. I Rt. 1984.1264 hadde personen vært varetektsfengslet i forbindelse med en straffesak som senere ble henlagt, og fikk ikke fradrag for dette. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte generelt at:

Lovens ordning er altså at bare varetekt som har sammenheng med forfølgningen av de forhold som kommer under pådømmelse i den enkelte sak, gir krav på fradrag i straffen.

Forsvareren hadde anført at det ved begjæringen om varetektsfengsling var blitt vist til at siktede også hadde flere uoppgjorte saker liggende ved Oslo Politikammer. Men kjæremålsutvalget bemerket at det ikke var holdepunkter for at domstolene ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet hadde lagt noen vekt på denne opplysningen.

Når man sammenholder denne tolkningen av vilkåret «i anledning saken» med de sakene der fengsling etter utlendingsloven blir benyttet, er det ikke mulig å gi ett enkelt svar på om en slik frihetsberøvelse skal komme til fradrag i en senere straffedom. I mange tilfeller er det ingen sammenheng mellom grunnlaget for frihetsberøvelsen og straffesaken. Utlendingen har for eksempel under en fengsling etter utlendingsloven slått ned en fangevokter og dømmes for dette, eller det dukker frem en straffesak (f.eks. en seksualforbrytelse) som ikke har noe med utlendingssaken å gjøre. Da er varetektsfradrag utelukket.

Bunæs og Myhrer mener imidlertid at det er rimelig å gi fradrag «i de tilfeller der frihetsberøvelsen etter utlendingsloven også tjener formål som ellers med stor grad av sannsynlighet ville blitt ivaretatt gjennom fengsling etter straffeprosessloven».<sup>72</sup> De nevner særskilt fengsling på grunn av unndragelsesfaren. Dette kan nok være en riktig løsning i noen tilfeller der fengslingen har skjedd på grunnlag av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b), men ikke i alle. Dersom det ved fengslingen etter utlendingsloven var kjent at personen var mistenkt eller dømt for straffbare forhold, og dette var et vesentlig moment i begrunnelsen for

---

<sup>70</sup> Jf. *Andenæs 2004* s. 453.

<sup>71</sup> Jf. *Bratholm/Matningsdal 2003* s. 541.

<sup>72</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 522, med tilslutning av *Vevstad 2010* s. 581.



unndragelsesfare,<sup>73</sup> vil det være i tråd med Rt. 1984.1264 å gi varetektsfradrag i den senere straffedommen for disse forholdene. På samme måte antar vi at en fengsling etter den nye bokstav c) i § 106 vil kunne gi grunnlag for varetektsfradrag i noen tilfeller. Utlendingen har for eksempel blitt tatt på fersk gjerning for en straffbar handling, har på dette grunnlaget blitt ilagt meldeplikt etter § 105 første ledd bokstav c), har så blitt fengslet på grunn av brudd på meldeplikten, og blir senere straffedømt for den opprinnelige forbrytelsen. Også ved fengsling etter § 106 første ledd bokstav a) kan det i noen tilfeller være en nær sammenheng med den senere pådømte straffesaken, dersom det er den oppgivelsen av falsk identitet (eller falskt pass) som begrunnet fengslingen etter utlendingsloven, som senere er blitt pådømt i straffesaken.

Vevstad har etterlyst en nærmere lovregulering av disse spørsmålene.<sup>74</sup> Vår vurdering er imidlertid at dette vil være vanskelig fordi saksforholdene kan variere svært mye. Når man erkjenner at også fengsling etter utlendingsloven utgjør «frihetsberøvelse» i straffelovens forstand, gir kriteriet «i anledning saken» et godt utgangspunkt for å ta stilling til de ulike typetilfellene fra sak til sak. Med det store antallet fengslinger etter utlendingsloven som nå forekommer, må man regne med at det etter hvert også vil utvikle seg en viss rettspraksis som vil gi nærmere holdepunkter for vurderingene.

## **5 Praksis og regelverk for pågrep og fengsling av barn**

### **5.1 Barnekonvensjonen og anbefalinger fra Europarådet**

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og har forrang fremfor utlendingsloven. Konvensjonen inneholder ikke noe generelt forbud mot fengsling av barn,<sup>75</sup> men stiller i artikkel 37 bokstav b) strenge vilkår:<sup>76</sup>

No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;

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

Innholdet i lovskravet er ikke like utpenslet i praksis som etter EMK, men vi antar at et hjemmelsgrunnlag som oppfyller lovskravet etter EMK artikkel 5 og etter vårt eget legalitetsprinsipp, i alle tilfelle vil være tilfredsstillende etter barnekonvensjonen. Utrykket siste utvei betyr at fengsling i utlendingsaker utelukkende kan brukes dersom det ikke finnes andre middel for å sikre utredningen eller utsendelsen. Hvis alternative tiltak kan benyttes,

---

<sup>73</sup> Jf. punkt 2.2 ovenfor.

<sup>74</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 581.

<sup>75</sup> Dvs. personer under 18 år, jf. barnekonvensjonen artikkel 1.

<sup>76</sup> Kravene etter barnekonvensjonen er drøftet i flere offentlige utredninger fra de senere årene, senest i Prop. 135 (2010-2011) s. 49 og 60-61.

skal disse benyttes. Hovedregelen må derfor være at identitetsfastsettelse og uttransportering skal gjennomføres uten bruk av tvangsmidler.<sup>77</sup> Vilkåret om et kortest mulig tidsrom betyr at man må vurdere konkret hvor kort det er mulig å gjøre fengslingsperioden. Det må dessuten ses i sammenheng med kravet om at fengsling må være en siste utvei, slik at fengslingen bare kan vare så lenge det ikke finnes alternative måter å oppnå formålet på.<sup>78</sup> Noen absolutt tidsgrense setter konvensjonen likevel ikke.

Barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 krever dessuten at ved alle handlinger og beslutninger som berører barn, skal barnets beste ("the best interests of the child") være et grunnleggende hensyn ("a primary consideration"). Innholdet i denne regelen ble i Rt. 2010.1313 utlagt slik av Høyesterett:

Av bestemmelsen følger det ... en plikt til også i slike saker å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas, og til å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget. Hva som best tjener barnets interesse er imidlertid ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet. ... Men bestemmelsen forutsetter at det legges stor vekt på det som best tjener barnet, ved avveiningen mot andre interesser.

Artikkel 3 nr. 1 supplerer dermed artikkel 37 bokstav b) ved å stille krav til myndighetenes skjønnsutøvelse i det enkelte tilfellet, innenfor de rammer som artikkel 37 setter.<sup>79</sup> Det er naturlig å tolke artikkel 3 nr. 1 slik at det stilles krav både til selve avveiningens innhold og til at avveiningen synliggjøres i den begrunnelsen som gis for fengslingsvedtaket, noe også Høyesterett synes å legge til grunn.<sup>80</sup>

Også Europarådet har i ulike sammenhenger arbeidet med vilkårene for å fengsle mindreårige. Dette har så langt ikke resultert i bindende regler, men også anbefalinger derfra er noe som bør tas hensyn til ved utarbeidelse og praktisering av de nasjonale reglene. I denne sammenheng må særlig nevnes Europarådets retningslinjer for tvungen retur, som i tillegg til å gjenspeile barnekonvensjonens krav også inneholder nærmere krav til privatliv og omsorg for barn som tas i forvaring.<sup>81</sup> Det kan også nevnes at Europarådets parlamentarikerforsamling i Resolusjon 1707 (2010) har oppstilt 10 prinsipper for frihetsberøvelse av asylsøkere og irregulære innvandrere som de oppfordrer alle medlemsland til å følge. Et av disse går ut på at sårbare personer som hovedregel ikke bør plasseres i fengsling forvaring, og at det aldri bør gjøres med enslige mindreårige.<sup>82</sup> Men anbefalingene er som nevnt ikke folkerettslig bindende.

---

<sup>77</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 575.

<sup>78</sup> Jf. *Fornes, KJ 2006* s. 104.

<sup>79</sup> En nærmere gjennomgang av artikkel 3 nr. 1 og forholdet til varetektsfengsling er foretatt av *Fornes, KJ 2006* s. 90-98 og mer generelt *Høstmælingen/Kjørholt/Sandberg 2008* s. 239-240.

<sup>80</sup> Jf. Rt. 2009.1025.

<sup>81</sup> Retningslinjene ble vedtatt 04.05.2005 og er nærmere omtalt i Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) s. 7, 10 og 14.

<sup>82</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010): Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe, punkt 9.1.9: "vulnerable people should not, as a rule, be placed in detention and

## 5.2 De materielle vilkårene og praktiseringen av disse

### 5.2.1 Selvstendig pågrepelse og fengsling av («enslige») mindreårige

Utlendingsloven § 106 gir hjemmel for å pågripe og fengsle utlendinger uten at det angis noen nedre aldersgrense for dette. Henvisningen til straffeprosessloven § 174 tydeliggjør at også mindreårige utlendinger kan fengsles. Det følger av vilkårene for varetektsfengsling i straffeprosessloven § 171 at personen må være over den kriminelle lavalder (15 år), men utlendingsloven henviser ikke til denne bestemmelsen. Formelt sett gjelder det derfor ikke noen nedre aldersgrense for fengsling etter utlendingsloven.<sup>83</sup> Vi har imidlertid inntrykk av at reglene praktiseres slik at det ikke blir gjort selvstendige vedtak om pågrepelse og fengsling for barn under 15 år.

Det følger av straffeprosessloven §§ 174 og 184 at de materielle vilkårene for pågrepelse og fengsling er strengere for mindreårige enn for voksne, og disse reglene gjelder tilsvarende i utlendingssaker. Etter § 174 andre ledd bør personer under 18 år «ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd». Tidligere gjaldt det samme vilkåret for å beslutte fengsling.<sup>84</sup> I forbindelse med en generell revisjon av reglene om barn i strafferettspleien ble imidlertid vilkårene for å fengsle mindreårige nylig skjerpet noe, med virkning fra 20. januar 2012. Etter § 184 andre ledd andre punktum heter det nå at ”personer under 18 år skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig».<sup>85</sup> Det går frem av forarbeidene at formålet med endringen var å «tydeliggjøre at terskelen for å varetektsfengsle et barn skal være høy, for slik å unngå at barn utsettes for dette inngripende tvangsmiddelet i større grad enn nødvendig». Det sies også at «vilkåret vil innebære et absolutt krav om at det ikke finnes noe alternativ til varetektsfengsling».<sup>86</sup> Siden endringen av § 184 får virkning for utlendingsfengslingene,<sup>87</sup> kan det ikke være tvilsomt at dagens regler tilfredsstiller kravene i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b).

Ifølge Justisdepartementet er det sjelden behov for fengsling av enslige mindreårige i forbindelse med uttransportering.<sup>88</sup> Dette kan godt stemme. I vårt materiale fra lagmannsrettene ser vi at kun 11 saker, dvs. vel 2 % av alle sakene, gjelder mindreårige utlendinger. Basert på statistikk fra Politiets Utlendingsenhet ble 645 personer som hevdet de

---

specifically unaccompanied minors should never be detained”. (Se her: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1707.htm>)

<sup>83</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 575.

<sup>84</sup> Strpl. § 184 andre ledd andre punktum fastsatte før lovendringen at «reglene i § 174 gjelder tilsvarende».

<sup>85</sup> Bestemmelsen ble endret ved lov 20. januar 2012 nr.6, og endringen trådte i kraft samme dag.

<sup>86</sup> Prop. L 135 (2010-2011) s. 59.

<sup>87</sup> Det kan nevnes at det i forbindelse med revisjonen av reglene om barn og straff ikke ble drøftet nærmere om endringen av fengslingsvilkårene også burde få virkning for fengslinger etter utlendingsloven. Dette ble imidlertid påpekt av departementet i forbindelse med de nyeste endringene i utlendingsloven (som ble foreslått samme dag), jf. Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.

<sup>88</sup> Jf. Innst. 78 L (2011–2012) s. 12.

var mindreårige uttransportert fra Norge i 2011. 103 av disse reiste uten familien sin, og i alle disse sakene ble returnen basert på Dublin-samarbeidet.<sup>89</sup> Vi har ikke et nøyaktig tall på hvor mange av de enslige mindreårige som ble fremstilt for fengsling i tingretten, men antar at det kun dreier seg om et lite mindretall av sakene. I de fleste tilfeller av uttransport av enslige mindreårige, har det trolig gått så kort tid mellom pågrepelse og utsendelse at det ikke har vært nødvendig å innhente fengslingskjennelse fra retten.

I 10 av de 11 sakene fra lagmannsrettene fant retten at fengslingsvilkårene var til stede og valgte å fengsle den mindreårige. Når det gjelder fengslingshjemmelen, var denne i samtlige 10 saker basert på utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b), dvs. unndragelsesfare. Disse sakene bekrefter det inntrykket vi har fått fra samtaler med politiet, nemlig at de fleste mindreårige som fengsles har vært involvert i straffbare forhold, og at dette er med på å begrunne unndragelsesfaren. Et flertall har tidligere søkt asyl i et annet europeisk land. Vi har ikke funnet noen saker fra 2010 og 2011 hvor en mindreårig enslig utlending er pågrepet eller fengslet basert på uklar identitet (bokstav a)). Det er også kommentert i Barnekomiteens rapport fra 1998 at dette vilkåret ikke brukes i forhold til enslige, mindreårige utlendinger.<sup>90</sup>

I samtalene våre med politiet har vi fått opplyst at det er et relativt stort praktisk problem at utlendingene ofte oppgir å være mindreårige uten å ha papirer som bekrefter dette. Spesielt gjelder dette asylsøkere, ofte slike som søker om asyl i forbindelse med at de blir pågrepet for straffbare forhold. Da oppstår spørsmålet om hvordan retten skal bedømme tvil om utlendingen er mindreårig eller ikke. Fra lagmannsrettspraksisen har vi tre eksempler på dette.<sup>91</sup> I alle sakene var utlendingen uvillig til å samarbeide for å klarlegge identiteten og alderen sin. I disse sakene uttalte retten at tvil om hvorvidt en asylsøker var under 18 år måtte komme ham til gode ved vurderingen om bruk av tvangsmidler.

## 5.2.2 Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen

Vurderingen av om det er «særlig påkrevd» å pågripe/fengsle den mindreårige synes i praksis å skje sammen med vurderingen av forholdsmessighetskravet i utlendingsloven § 99 første ledd, i form av et såkalt «skjerpet forholdsmessighetskrav». Det er noe påfallende at lagmannsretten bare i knapt halvparten av sakene fra Borgarting og Gulating har funnet grunn til å nevne at fengsling av mindreårige skal være «særlig påkrevd», jf. straffeprosessloven § 174 (som § 184 om fengsling tidligere viste til, se punkt 5.3 nedenfor).<sup>92</sup> Barnekonvensjonen

---

<sup>89</sup> Politiets Utlendingsenhet, Månedstatistikk desember 2011, Uttransporteringer fra Norge, s. 2.

<sup>90</sup> UN Committee on the rights of the child, periodic reports of state parties due in 1998, Norway, CRC/C/70/Add. 2, 18 November 1998 s. 63, hvor det står: "According to the Immigration Act, a foreign national may also be arrested and remanded in custody if there is reason to suspect that he or she has given a false identity. This provision is not applied in cases regarding minors."

<sup>91</sup> Jf. LG-11-157325, LB-11-169506 og LB-10-185293.

<sup>92</sup> Jf. LB-10-185293, LB-10-061167, LB-10-007595, LG-11-157325 og LG-11-157304.

er trukket inn i om lag halvparten av sakene.<sup>93</sup> Konvensjonen synes å fungere som et skjerpende moment i vurderingen om fengslingens forholdsmessighet. Men det er kun i en av de 11 sakene at barnekonvensjonen -sammen med andre momenter i saken- har ført til at retten har nektet å fengse den mindreårige.<sup>94</sup> Da ble tvangsmessig plassering på utlendingsinternat i 5 dager frem til uttransportering funnet å være et uforholdsmessig og unødvendig tiltak i henhold til straffeprosessloven § 174 og barnekonvensjonens artikkel 37 b. Fremstilte ble i stedet pålagt meldeplikt og opphold i asylmottak for mindreårige.

I den «skjerpede» forholdsmessighetsvurderingen ved fengsling av (enslige) mindreårige foretas det en bred og skjønnsmessig avveining av en rekke momenter. Fra gjennomgangen av praksis fra lagmannsrettene vil vi særlig fremheve disse:

#### **a) Ulovlig opphold i landet**

I de tilfellene der utlendingen har ulovlig opphold i Norge, virker dette ikke bare inn på bedømmelsen av unndragelsesfare, men også på forholdsmessighetevurderingen. I noen tilfeller dreier det seg om en mindreårig som tidligere har blitt utsendt fra Norge men har returnert, eller en mindreårig som er besluttet utvist fra landet.<sup>95</sup> I andre tilfeller har utlendingen tidligere søkt asyl i andre Schengen-land, og enten fått avslag eller reist derfra før asylsøknaden er blitt behandlet.<sup>96</sup>

#### **b) Straffbare forhold**

I 7 av de 10 lagmannsrettssakene der en mindreårig utlending er blitt fengslet, har han vært involvert i straffbare forhold. Dette har ikke bare vært et moment i vurderingen av unndragelsesfare, men også (eksplisitt eller implisitt) virket inn på forholdsmessighetsvurderingen. I noen tilfeller har den mindreårige allerede sonet en straffedom, og man venter på at et utvisningsvedtak skal bli utført.<sup>97</sup> I andre tilfeller er han blitt dømt for lovbrudd<sup>98</sup> eller har blitt pågrepet i forbindelse med utføringen av straffbare handlinger.<sup>99</sup> Sammen med en rekke tilsvarende saker om voksne utlendinger indikerer disse sakene at praksis allerede har vektlagt momenter som fra 1. mars 2012 er tatt inn i de nye bestemmelsene i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d) og c) (sistnevnte via pålegg om meldeplikt etter ny § 105 første ledd bokstav c)).

---

<sup>93</sup> Jf. LB-10-185293, LB-10-061167, LB-11-015050, LB-11-106461 og LB-11-156444. Prosessfullmektigen hadde også i sakene LG-11-157325, LG-11-15704 og LG-10-103617 henvist til barnekonvensjonen, og vi går ut ifra at retten da har vurdert denne, uten eksplisitt å skrive det i kjennelsen.

<sup>94</sup> LB-10-185293 (dissens 2-1). Den dissenterende dommeren mente at fengsling ikke ville være uforholdsmessig, og viste til at verken barnekonvensjonen eller straffeprosessloven setter noen absolutt sperre mot fengsling av personer under 18 år.

<sup>95</sup> Jf. LG-10-103617, LB-10-185293, LG-11-157325 og LB-10-052828.

<sup>96</sup> Jf. LG-11-157304, LB-11-156444 og LB-11-106461.

<sup>97</sup> Jf. LB-10-061167 og LB-10-052828.

<sup>98</sup> Jf. LB-11-156444.

<sup>99</sup> Jf. LB-10-007595, LB-11-106461, LB-11-015050 og LG-11-157304.

### c) Forholdene i fengselet/utlendingsinternatet.

Hvor den mindreårige plasseres under fengslingen ser også ut til være et moment i forholdsmessighetsvurderingen. I flere saker har lagmannsretten påpekt at Trandum er egnet og tilpasset for å holde mindreårige utlendinger fengslet, og da har retten tydeligvis regnet dette for å gjøre fengslingen mer forholdsmessig.<sup>100</sup> Men motsatt kan vi ikke se at det har vært bemerket at et opphold i vanlig fengsel gjør fengslingen mindre forholdsmessig.<sup>101</sup>

Isolasjon i fengselet har også kommet opp i en sak som en del av forholdsmessighetsvurderingen.<sup>102</sup> Utlendingen hadde sonet fengselsstraff tidligere, var varig utvist og hadde blitt overført fra Trandum til Ila fengsel på grunn av sikkerhetsrisiko. Der var han pålagt isolasjon på grunn av at han ikke ønsket å motta tiltak eller ikke samarbeidet om tiltakene. På bakgrunn av de alvorlige forholdene den mindreårige utlendingen tidligere var domfelt for og at han hadde motsatt seg uttransport, kom retten til at fengsling av utlendingen ikke var uforholdsmessig og heller ikke i strid med barnekonvensjonen. Retten påpekte også at domstolene ikke har kompetanse til å prøve fengselsmyndighetens administrative tiltak om isolasjon, men at disse må medregnes ved forholdsmessighetsvurderingen. Det at utlendingen straks kom til å bli 18 år var også et vurderingsmoment og det faktum at det kun var snakk om kort fengslingsperiode frem til utvisning medvirket også til at fengsling var ikke ble ansett som uforholdsmessig eller i strid med barnekonvensjonen.

### d) Fengslingstidens lengde

Fengslingstidens lengde er også et moment i forholdsmessighetsvurderingen ved fengsling av mindreårige utlendinger. Dersom det kun er snakk om plassering på Trandum i noen dager i påvente av utvisning, har dette vært brukt som et argument for at fengslingen ikke har fremstått som uforholdsmessig.<sup>103</sup> Men i den ene saken der lagmannsretten besluttet å løslate den mindreårige, dreide det seg også om en relativt kort fengslingsperiode.<sup>104</sup> I materialet fra lagmannsrettene der fengsling har blitt godtatt (ikke ansett uforholdsmessig) dreier det seg imidlertid om en fengslingsperiode på to, tre eller fire uker.<sup>105</sup> I to tilfeller har det vært tale om gjentatt fengsling, med en antatt samlet fengslingstid på henholdsvis seks og syv uker.<sup>106</sup> I det sistnevnte tilfellet er det grunn til å nevne at lagmannsretten eksplisitt bare vurderte lengden av fengslingsforlengelsen (fire uker), ikke den samlede fengslingstiden. Vi har ikke sett noen eksempler fra praksis som gjelder fengsling av mindreårige utlendinger ut over 12 uker (der det kreves særlige grunner, jf utlendingsloven § 106 tredje ledd).

---

<sup>100</sup> Jf. LG-11-157325, LB-11-015050, LB-11-169506 og LB-10-007595. Slik også mindretallet i LB-10-185293.

<sup>101</sup> Dette er særlig aktuelt for de to sakene fra Gulating der Trandum ikke er nevnt (LG-10-103617 og LG-11-157304), og vi derfor antar (ut fra praksis på Vestlandet generelt) at det har dreid seg om plassering i vanlig fengsel.

<sup>102</sup> Sak LB-10-061167.

<sup>103</sup> Jf. LB-11-015050 og LB-10-061167.

<sup>104</sup> Sak LB-10-185293.

<sup>105</sup> Jf. LB-10-052828 (to uker), LG-10-103617 (to uker), LB-11-156444 (tre uker), LB-10-007595 (fire uker), LG-11-157304 (fire uker) og LG-11-157325 (fire uker).

<sup>106</sup> Jf. LB-10-061167 og LB-11-169506.

### e) Alternativer til fengsling

Vurdering av om meldeplikt/bestemt oppholdssted vil kunne være godt nok, er gjort i nesten alle saker hvor utlendingen er mindreårig. I de fleste tilfellene har retten vurdert surrogater som utjenlige på grunn av omstendighetene i saken, og da spesielt i situasjoner hvor utlendingen tidligere har forsvunnet fra asylmottak og ikke er samarbeidsvillig. Vurderingen av om fengslingssurrogater er anvendelige synes ikke å skille seg vesentlig fra vurderingen i situasjoner hvor utlendingen ikke er mindreårig, men dette kan skyldes at fengsling av mindreårige generelt kun gjøres i tilfeller hvor situasjonen i utgangspunkt er alvorlig. Etter endringen i strprl. § 184 annet ledd stilles det nå et noe strengere krav til dette, siden fengsling må være «tvingende nødvendig», jf punkt 5.2.1 ovenfor. Men siden det i de unntakstilfellene der retten har besluttet å fengsle en mindreårig utlending synes nokså klart at surrogater ikke er anvendelige, er det ikke sikkert at denne endringen vil få særlig stor betydning i praksis.

I kun en av de 11 sakene vi har sett på, vurderte lagmannsretten om alternative tiltak fra barnevernets side kunne redusere unndragelsesfaren.<sup>107</sup> Men retten konstaterte her kort «at så ikke er tilfellet».

### f) Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er bare eksplisitt omtalt i en av de lagmannsrettssakene som gjelder mindreårige utlendinger.<sup>108</sup> I de sakene der barnekonvensjonen er trukket inn (om lag halvparten av sakene, jf. ovenfor) må man kunne gå ut fra at dette hensynet likevel har vært tatt i betraktning. Det er likevel uheldig at hensynet til barnets beste ikke regelmessig blir nevnt i rettens begrunnelse, noe barnekonvensjonen og Høyesteretts praksis etter vårt syn forutsetter (jf. ovenfor i 5.1).

## 5.2.3 Pågrepelse og fengsling av mindreårige sammen med foreldre

Det finnes ingen regler i utlendingsloven som fastslår at barn kan holdes i fengsel sammen med foreldrene. Men i forskrift om Politiets utlendingsinternat av 23.12.2009 synes dette forutsatt i § 4 tredje ledd. Der heter det at «familier som er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv». At barn blir holdt fengslet på Trandum sammen med sine foreldre er også forutsatt i ulike lovforarbeider fra de seneste årene.<sup>109</sup>

Ved pågrepelse av mindreårige barn sammen med en eller begge foreldre synes praksis å være at det bare blir utferdiget en pågripelsesbeslutning og (eventuelt) fengslingskjennelse mot foreldrene. Barna følger med foreldrene uten at dette formelt er en del av beslutningen.

---

<sup>107</sup> Jf. LG-11-157304.

<sup>108</sup> Jf. LB-11-015050. I tillegg går det frem at prosessfullmektigen har pekt på hensynet til barnets beste i LG-11-157304 og LG-11-157325.

<sup>109</sup> Se Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) s. 14, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 345-346 og Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.

Tanken har vært at det vil være til barnas beste å være sammen med foreldrene sine. Som departementet uttrykte det i 2006:<sup>110</sup>

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

I de fleste tilfellene er det kun snakk om pågrepelse og kortvarig opphold på Trandum før uttransportering, typisk slik at familien interneres kvelden før flyet går. Som departementet nylig har påpekt, blir familien nesten alltid sluppet fra Trandum fremfor at det bes om fengslingskjennelse fra retten dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågrepelse.<sup>111</sup>

Vi har ikke noen direkte statistikk over hvor mange mindreårige som for en kortere tid blir internert på Trandum sammen med familien sin. Men som nevnt viser statistikken fra Politiets Utlendingsenhet at det blir uttransportert ca. 5 ganger så mange barn i følge med familie som enslige mindreårige. Som et grovt estimat vil vi derfor anta at også antallet pågripelser av mindreårige sammen med foreldre er om lag 5 ganger så høyt som antallet pågripelser av enslige mindreårige.

Siden praksisen med pågrepelse og eventuell fengsling av barn sammen med foreldre i liten grad nedfelles i rettslige kjennelser, kan vi ikke si noe nærmere om hvilke vurderinger og avveininger som blir gjort i slike saker, og i hvilken grad barnets behov og interesser blir tillagt selvstendig betydning.

### **5.3 Prosessuelle særregler**

Straffeprosessloven inneholder i de bestemmelsene som utlendingsloven henviser til, også enkelte prosessuelle særregler ved pågrepelse og fengsling av mindreårige. I forbindelse med den nevnte skjerpelsen av vilkårene for å fengsle barn, ble det i § 183 lagt til et nytt andre ledd:

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

Første punktum minner mye om den generelle fristregelen (for både barn og voksne) i utlendingsloven § 106 andre ledd tredje punktum. Begge steder kreves det at fremstilling må skje «snarest mulig», men straffeprosessloven setter en absolutt frist til «dagen etter», mens utlendingslovens krever «så vidt mulig dagen etter». Spørsmålet blir da om den skjerpede fristregelen i § 183 andre ledd første punktum skal gjelde også ved fengsling av barn også etter utlendingsloven. Dette spørsmålet synes ikke å ha vært drøftet i forbindelse med endringene i straffeprosessloven. Men hensynet til barnets rettssikkerhet, som har vært

---

<sup>110</sup> Ot. Prp. Nr. 28 (2006-2007) s. 14.

<sup>111</sup> Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.



motiverende for endringen i straffeprosessloven, gjør seg gjeldende med samme styrke ved fengslinger etter utlendingsloven. Dette tilsier at det nå gjelder en absolutt fremstillingsfrist til «dagen etter» ved fengsling av mindreårige utlendinger. Et unntak gjelder riktignok i forbindelse med helgedag, da fristen forlenges med en dag, jf. § 183 andre ledd andre punktum.

En slik fortolkning av lovverket gjør imidlertid at Politiet utlendingsenhets instruks for Politiets utlendingsinternat fremstår som noe foreldet. Der står det at barn «som hovedregel» ikke skal pågripes og plasseres på internat i mer enn 24 timer, og at pågripelsen ikke skal overstige 48 timer (med et visst unntak når fristen utløper i løpet av en helg/helligdag).<sup>112</sup> Denne bestemmelsen bør bringes i samsvar med den nevnte endring i straffeprosessloven § 183.

I forbindelse med revisjonen av reglene om barn og straff ble det i straffeprosessloven § 185 også inntatt en særregel om den maksimumsfristen som retten må sette for fengslingens lengde. Mens hovedregelen etter første ledd er at fengslingen kan skje for fire uker om gangen, heter det i § 185 andre ledd:

Er den siktede under 18 år, skal fristen være så kort som mulig og ikke overstige to uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil to uker av gangen.

Også denne bestemmelsen må gjennom henvisningen i utlendingsloven § 106 gis tilsvarende anvendelse ved fengsling etter utlendingsloven.<sup>113</sup>

Videre heter det i et nytt tredje ledd i straffeprosessloven § 183:

Er siktede under 18 år, skal påtalemyndigheten varsle barneverntjenesten om fengslingen. Barneverntjenesten skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak. Reglene i § 118 gjelder tilsvarende.

Om også denne bestemmelsen skal gis anvendelse ved fengsling av mindreårige utlendinger, kommer an på om den «passer». Hensynet til de mindreårige, som begrunner de straffeprosessuelle endringene, taler med styrke for å gi reglene tilsvarende anvendelse i utlendingssaker. Likevel synes det uheldig at dette ikke synes å ha blitt vurdert særskilt. Særlig i tilfeller der den mindreårige blir fengslet med sikte på uttransport etter noen få dager, kan det synes noe formalistisk å pålegge barneverntjenesten møte- og uttaleplikt. Etter instruks for Politiets utlendingsinternat kreves det bare at barneverntjenesten varsles ved plassering av mindreårige på internatet.<sup>114</sup> Men etter det vi har fått opplyst fra Oslo

---

<sup>112</sup> Jf. Instruks for Politiets utlendingsinternat punkt 6.2. Der går det også frem at juridisk avdeling i Politiets utlendingsenhet alltid skal underrettes når det er spørsmål om å plassere barn på internatet, og at pågripelse utover 24 timer skal besluttes av jurist. Instruks er fastsatt av sjefen for Politiets utlendingsenhet 25. mars 2009, og har nå hjemmel i forskrift om Politiets utlendingsinternat av 23.12.2010 § 19.

<sup>113</sup> Dette er også forutsatt i Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.

<sup>114</sup> Instruks for Politiets utlendingsinternat (se ovenfor i note 112) punkt 6.2.

politikammer følger man nå bestemmelsene i straffeprosessloven § 183 tredje ledd også ved fengslinger etter utlendingsloven.

#### **5.4 Særregler om oppholdet i fengsel/utlendingsinternat**

Straffeprosessloven § 186 andre ledd tredje punktum inneholder en ny bestemmelse om at fengslede under 18 år alltid skal kunne motta besøk av, eller sende eller motta brev fra nær familie, med mindre det foreligger særlige omstendigheter. Men siden det er et vilkår for brev- og besøksforbud at «hensynet til etterforskingen» tilsier det, er det antatt at straffeprosessloven § 186 andre ledd ikke passer i utlendingssaker.<sup>115</sup> Utlendingsloven § 107 fjerde ledd bokstav c) gir derimot en selvstendig hjemmel for å «kontrollere og begrense utlendingens besøk, telefonsamtaler og postsendinger» når det er nødvendig for å opprettholde ro, orden og sikkerhet på utlendingsinternatet, og det samme gjør straffegjennomføringsloven §§ 30-32 der personen er plassert i fengsel. Etter disse regelsettene gjelder ingen spesialregel for mindreårige. Men barnekonvensjonen, særlig prinsippet om å ta hensyn til barnets beste, tilsier likevel at det legges til grunn en tilsvarende høy terskel som etter straffeprosessloven.

Straffeprosessloven § 186a første ledd andre punktum forbyr nå bruk av isolasjon når den siktede er under 18 år. § 186a «passer» imidlertid ikke i utlendingssaker, siden grunnvilkåret etter første ledd første punktum er at det foreligger bevisforspillelsesfare.<sup>116</sup> Utlendingslovens § 107 femte ledd bokstav b) og c) gir imidlertid en viss hjemmel for å isolere en person på utlendingsinternatet dersom det er strengt nødvendig for å opprettholde ro, orden eller sikkerhet. En lignende hjemmel gir straffegjennomføringsloven § 37. Etter de to sistnevnte bestemmelsene gjelder ikke det et slikt totalforbud mot isolasjon av mindreårige som straffeprosessloven nå har fått. I noen tilfeller kan nok hensynet til andres sikkerhet veie så tungt at det uansett alder er vanskelig å komme utenom isolasjon for et kortere tidsrom.<sup>117</sup>

Av barnekonvensjonens artikkel 37 c) andre punktum følger det at mindreårige ikke skal holdes fengslet sammen med voksne, med unntak av situasjoner hvor dette er forenlig med barnets beste:

In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so...

Denne bestemmelsen har ikke et motstykke i utlendingsloven eller straffeprosessloven, men gjelder likevel i kraft av inkorporeringen av barnekonvensjonen. Det kan i praksis være vanskelig å holde mindreårige helt atskilt fra voksne i fengsel, siden antallet mindreårige enkelte steder er så lavt at det ville kunne bety nærmest en isolasjon av barnet. Å holde barn fengslet sammen med foreldrene sine må uansett anses for å være det beste for barnet i de aller fleste tilfeller. I forskrift om Politiets utlendingsinternat av 23.12. heter at «familier som

---

<sup>115</sup> Jf. punkt 6.1.15 nedenfor.

<sup>116</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 512 og *Vevstad 2010* s. 580.

<sup>117</sup> Et eksempel er LB-10-061167 (nærmere omtalt i punkt 5.2.2 ovenfor).

er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv». Dette er også forutsatt i ulike lovforarbeider fra de seneste årene.<sup>118</sup>

## **5.5 Rettstilstanden i andre nordiske land**

### **5.5.1 Innledning**

Generelt har man i Sverige og Finland valgt å regulere bruken av tvangsmidler i utlendingssaker gjennom et selvstendig regelverk i utlendingslovgivningen. Det er i disse landene ikke de samme lovtekniske og praktiske forbindelseslinjene til straffeprosessen som i norsk rett. Det kan i denne sammenheng nevnes at den rettslige prøvingen av tvangsmiddelbruken i Sverige skjer ved spesielle forvaltningsorgan og forvaltningsdomstoler, -de samme som også overprøver andre vedtak i utlendingssaker.<sup>119</sup> I dansk rett har man valgt en lignende reguleringsmåte som i Norge, med en utstrakt henvisning til de straffeprosessuelle reglene om varetektsfengsling.

Disse forskjellene finner man også igjen i den terminologien som benyttes. I svensk og finsk rett brukes betegnelsen «förvar» når det gjelder pågripelse og fengsling av utlendinger etter utlendingslovene. Termen har blitt valgt for å skille mellom en forvaltningsrettslig frihetsberøvelse og fengsling som skjer i forbindelse med en straffesak. Den danske utlendingsloven bruker betegnelsen «frihetsberøves». Vi har tidvis valgt å bruke det svenskspråklige ordet «förvar» når vi omtaler de svenske og finske reglene, og ellers taler vi om frihetsberøvelse når vi omtaler de andre nordiske land.

Vi har ved omtalen av de ulike lands regler forsøkt å følge det samme mønsteret i fremstillingen, slik at vi først omtaler de materielle særvilkår for å fengsle barn (alene eller sammen med foreldrene), deretter prosessuelle særregler og til sist særregler for barnets opphold i fengsel/internat.

### **5.5.2 Sverige**

Den svenske utlendingsloven har en bestemmelse om vilkårene for å ta personer over 18 år i «förvar»,<sup>120</sup> og en annen og strengere regel for personer under 18 år. Om mindreårige fastsetter lovens kapittel 10 § 2 første ledd:

Ett barn får tas i förvar, om

1. det är sannolikt att barnet kommer att avvisas med omedelbar verkställighet enligt 8 kap. 6

---

<sup>118</sup> Se Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) s. 14, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 345-346 og Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.

<sup>119</sup> I Sverige er det Migrationsverket som har hovedansvaret for bruken av tvangsmidler i de sakene som disse myndighetene behandler, men i forbindelse med blant annet utvisningssaker kan også politiet beslutte bruk av tvangsmidler, se nærmere Wikrén/Sandesjö 2010 s. 493-495. Rettslig overprøving skjer ved Migrationsdomstolen og Migrationsöverdomstolen. I Finland er det politiet som i utgangspunktet har ansvaret for bruk av tvangsmidler, og tingrettene står for den rettslige prøvingen av disse (uten videre ankemuligheter).

<sup>120</sup> Utlänningslag 2005:716 kapittel 10 § 1.

- § eller det är fråga om att verkställa ett beslut om avvísning med omedelbar verkställighet,
2. risken är uppenbar att barnet annars håller sig undan och därigenom äventyrar en verkställighet som inte bör fördröjas, och
  3. det inte är tillräckligt att barnet ställs under uppsikt enligt bestämmelserna i 7 §.

Andre ledd i bestemmelsen fortsetter:

Ett barn får också tas i förvar, om

1. det är fråga om att verkställa ett beslut om avvísning i andra fall än enligt första stycket eller ett beslut om utvisning enligt 8 kap. 7 eller 8 §, och
2. det vid ett tidigare försök att verkställa beslutet inte visat sig tillräckligt att barnet ställts under uppsikt enligt bestämmelserna i 7 § andra stycket.”

Dette betyr at et barn kan tas i «förvar» dersom vilkårene enten i første eller andre ledd er oppfylt. Etter første ledd må det foreligge en situasjon der det er grunnlag for umiddelbar avvísning fra landet, det foreligger en åpenbar unndragelsesfare og fengslingsurrogater ikke vil være nok. Etter andre ledd må det foreligge en situasjon hvor den mindreårige ikke har rett til å være i landet eller er utvist på grunn av at han har blitt dømt for en straffbar handling, og fengslingsurrogater tidligere har blitt prøvd uten å vise seg tilstrekkelig. Dette betyr at personer under 18 år ikke slik som voksne kan tas i «förvar» alene på grunn av uklar identitet, eller på fordi det er sannsynlig at han vil få et negativt vedtak i utlendingssaken og det er grunn til å tro at han ellers vil unndra seg utsendelse eller begå straffbare handlinger i Sverige.<sup>121</sup> Det gjelder ikke noen nedre aldersgrense for når barn kan frihetsberøves etter denne bestemmelsen.

Adgangen til å frihetsberøve mindreårige begrenses imidlertid også av utlendingslovens kapittel 10 § 3 første punktum, som sier at et barn ”får inte skiljas från båda sina vårdnadshavare genom att barnet eller vårdnadshavaren tas i förvar”. Dette betyr at dersom barnet bare har en av foreldrene i Sverige, kan denne forelderen ikke frihetsberøves uten at det skjer sammen med barnet, noe som forutsetter at vilkårene for å frihetsberøve barnet også er oppfylt.<sup>122</sup> Hvis barnet har begge foreldrene i landet, kan eventuelt den ene av disse frihetsberøves. § 3 innebærer dessuten – og det er det viktigste her- at selv om vilkårene for å ta den mindreårige i «förvar» etter § 2 er oppfylt, kan barnet ikke frihetsberøves uten at det skjer sammen med en av foreldrene. Dette forutsetter at vilkårene for å ta denne forelderen i «förvar» også er oppfylt.

Et forslag om et fullstendig forbud mot «förvar» av enslige mindreårige ble fremmet under lovforberedelsen, men lovgiver valgte en mindre absolutt regel.<sup>123</sup> Av den svenske utlendingsloven kapittel 10 § 3 andre punktum følger det at et barn som ikke har noen foresatte i Sverige ”får tas i förvar endast om det finns synnerliga skäl”. Det skal med andre ord særlige grunner til for å frihetsberøve en enslig mindreårige etter den svenske

---

<sup>121</sup> Jf. Utlänningslagen kap. 10 § 1.

<sup>122</sup> Jf. *Wikrén/Sandesjö 2010* s. 485

<sup>123</sup> Jf. *Wikrén/Sandesjö 2010* s. 485.

utlendingsloven. Det ble forutsatt i lovforarbeidene at denne regelen kun skal brukes ved nærliggende uttransportering.<sup>124</sup>

Videre har utlendingsloven en maksimumsfrist for hvor lenge barn kan holdes i «förvar». Etter lovens kapittel 10 § 5 kan et barn ikke holdes i lengre tid enn 72 timer. Denne fristen kan forlenges med ytterligere 72 timer dersom det finnes særlige grunner. Fristene er de samme der barn tas i «förvar» sammen med foreldrene sine. I 2011 ble til sammen 42 mindreårige frihetsberøvet etter utlendingsloven, de fleste av disse sammen med foreldre.<sup>125</sup>

Den svenske utlendingsloven kapittel 18 § 1 bestemmer at et barn som holdes i «förvar» og som ikke har foresatte i landet, har rett til et «offentligt biträde». Det vil si at enslige mindreårige har krav på en partsrepresentant (normalt en jurist) betalt av det offentlige til å ivareta sine interesser i saken.

Etter svensk rett kan mindreårige utlendinger bare holdes i «förvar» på utlendingsinternatet. Dette følger av utlendingslovens kapittel 10, § 20, annet ledd som sier: ”Barn som hålls i förvar får inte placeras i kriminalvårdsanstalt, häkte eller polisarrest.” Det innebærer også at i tilfeller hvor barn tas i «förvar» sammen med foreldrene sine, kan de heller ikke holdes noe annet sted enn på utlendingsinternatet. Videre følger det av den svenske utlendingsloven at en mindreårig aldri kan underlegges fullstendig isolasjon på internatet, selv om hensynet til egen eller andres sikkerhet i og for seg kunne tale for det.<sup>126</sup>

### 5.5.3 Finland

Den finske utlendingsloven har ingen materielle særregler for når en person under 18 år kan tas i «förvar».<sup>127</sup> Det følger av den generelle bestemmelsen i lovens § 121 at en utlending kan frihetsberøves i tre typetilfeller. Det må enten foreligge en unndragelsesfare eller tvil om utlendingens identitet, eller det må foreligge «grundad anledning att anta att han eller hon gör sig skyldig till brott i Finland».

Lovens § 6 har imidlertid en generell regel om mindreårige. Av denne følger det at i alle beslutninger som gjelder barn under 18 år skal man ta særlig hensyn til barnets beste og omstendigheter som vedrører barnets utvikling og helse. Det sies også at om barnet fylt 12 år, skal det høres før beslutninger tas, med mindre det er åpenbart unødvendig. Også yngre barn kan høres. Endelig fastsettes det at alle saker som gjelder barn skal behandles hurtig («i brådskande ordning»). Det følger videre av § 122 at før en person under 18 år frihetsberøves, skal en representant for sosialmyndighetene høres. Dette betyr i praksis at barnevernet må kontaktes og gis anledning til å si sin mening om saken. Også denne regelen tar sikte på å ivareta hensynet til barnets beste.

---

<sup>124</sup> Jf. *Wikrén/Sandesjö 2010* s. 485.

<sup>125</sup> Basert på korrespondanse med det svenske Migrationsverket.

<sup>126</sup> Jf. Utänningslagen kap. 11 § 7 første ledd.

<sup>127</sup> Utlänningslag 30.4.2004/301.

Vi har fått opplyst at man i praksis prøver så langt mulig unngå å ta utlendinger med barn i «förvar».<sup>128</sup> Men i tilfelle hvor det kun finnes en forelder i landet, og vilkårene for å frihetsberøve den voksne er oppfylt, plasseres barnet i «förvar» sammen med forelderen. Man bruker også å kontakte og høre barnevernet først, selv om loven ikke uttrykkelig krever det i disse tilfellene.

Finland har ingen maksimumsfrist for «förvar» av barn. I praksis har mindreårige blitt holdt i relativt lange perioder på utlendingsinternatet. I 2011 ble 17 mindreårige holdt i «förvar» på Mäntsälä. Dette inkluderer både enslige mindreårige og barn som er der sammen med foreldrene/forelderen sin. 4 av de mindreårige var enslige og disse ble i gjennomsnitt frihetsberøvet i 20,8 døgn (den lengste tiden var 68 døgn). De som var sammen med foreldrene sine ble i gjennomsnitt holdt i «förvar» i 26,6 døgn (lengste opphold var her 96 døgn).<sup>129</sup> Det kan være grunn til å nevne at den finske regjeringen har avgitt en programerklæring om å forby fengsling av enslige asylsøkere som er mindreårige.<sup>130</sup>

Etter finsk rett skal mindreårige utlendinger som hovedregel holdes på utlendingsinternatet. Mens voksne i noen tilfeller kan holdes i politiets eller grensekontrollmyndighetenes lokaler, også sammen med sine barn, er dette helt utelukket for enslige mindreårige.<sup>131</sup>

#### 5.5.4 Danmark

Den danske utlendingsloven har ikke noen spesifikke bestemmelser som regulerer frihetsberøvelse av mindreårige.<sup>132</sup> De materielle vilkårene for pågripelse og fengsling av mindreårige er de vanlige vilkårene som fremgår av lovens § 36. Etter denne bestemmelsen kan utlendinger frihetsberøves i en rekke tilfeller, blant annet når utlendingen skal uttransporteres eller utvises, når utlendingens samarbeid kreves for behandling av asylsaken, hvis utlendingen ikke oppfyller plikter som er pålagt han av utlendingsmyndighetene, når utlendingen ikke samarbeider eller gir falsk informasjon om identitet eller når hans samarbeid behøves for utsendelse.<sup>133</sup> I tillegg gir lovens § 35 en åpning for å «varetekstfængsle» i tilfeller der det er konkret mistanke om at en utlending uten fast bopel har begått en forbrytelse som kan medføre utvisning, eller en utlending har kommet inn i landet på tross av et innreiseforbud.

I Rigspolitiets strategi for anvendelsen av frihetsberøvelse etter utlendingsloven er det kommentert at frihetsberøvelse av barn skal unngås hvis mulig og bare skal skje når særskilte

---

<sup>128</sup> Opplysningene er innhentet via den finske flyktingehjelpen.

<sup>129</sup> Basert på korrespondanse med den finske flyktingehjelpen, som fikk informasjonen direkte fra Mäntsälä.

<sup>130</sup> Jf. Regeringsprogrammet för statsminister Jyrki Katainens regering 22.06.2011 (<http://valtioneuvosto.fi/hallitus/hallitusohjelma/pdf/fi332892.pdf>) på s. 32: «Tagande i förvar av ensamkommande minderåriga asylsökande förbjuds.»

<sup>131</sup> Jf. Utlänningslagen § 123 femte ledd.

<sup>132</sup> Udlændingeloven av 24.08.2011 nr. 947.

<sup>133</sup> Se nærmere *Christensen et al 2006* s. 795-810. Vi har i arbeidet med dansk rett fått bistand fra Ph.d.-stipendiat Bassah Khalaf ved Juridisk Institut, Syddansk Universitet.

omstendigheter gjør seg gjeldende.<sup>134</sup> Vi er blitt informert om at man i Danmark, slik som i de andre nordiske land, særlig prøver å unngå å frihetsberøve enslige mindreårige. Det gjelder ikke etter dansk rett noen formell aldersgrense for når barn kan frihetsberøves etter utlendingslovens § 36. I tilfeller av varetektsfengsling etter § 35 gjelder en nedre aldersgrense på 15 år, fordi bestemmelsen forutsetter en straffesak.<sup>135</sup> En tilsvarende grense legges også til grunn ved fengslingspraksis etter § 36.

Det er heller ikke regulert i utlendingsloven om barn kan frihetsberøves sammen med foreldrene sine. I forarbeidene er det kommentert at det ikke skal treffes beslutning om frihetsberøvelse i situasjoner hvor dette på grunn av personlige forhold vil virke særlig belastende for utlendingen.<sup>136</sup> Det er også sagt at hvis utlendingen har barn under 7 år skal utlendingen helst ikke sendes til utsendelsessenter for uttransport.<sup>137</sup>

Det følger av utlendingslovens § 37 første ledd første punktum at en person som er frihetsberøvet etter § 36 skal fremstilles for retten innen 3 døgn. Denne generelle fristen gjelder også for mindreårige. Utlendingsloven har ikke noen bestemmelser om varigheten av frihetsberøvelsen etter § 36.<sup>138</sup> Rigspolitiet har påpekt at heller ikke forarbeidene eller EMK fastsetter noen klar grense for varigheten, men har samtidig presisert at en eventuell frihetsberøvelse av barn skal være så kortvarig som mulig.<sup>139</sup>

Personer som frihetsberøves med hjemmel i den danske utlendingsloven kan enten holdes i vanlig fengsel eller plasseres på det særskilte utlendingsinternatet på Sandholm utenfor København. Det er så vidt vi kjenner til heller ikke gitt særregler om hvor mindreårige kan plasseres.

## ***5.6 Behov for ytterligere lovregulering***

Både de materielle og prosessuelle vilkårene for pågrepelse og fengsling av mindreårige har nylig vært gjenstand for en modernisering med det formål å styrke barnas rettsstilling. Vi anser derfor at de reglene som finnes i utlendingslovens § 106 i kombinasjon med straffeprosesslovens §§ 174 og 183-185 er i godt samsvar med kravene i barnekonvensjonen, og ser ikke behov for å foreslå innholdsmessige endringer i disse. Det er imidlertid et klart behov for å samordne reglene i de to lovene bedre. Det synes også behov for å fremheve i

---

<sup>134</sup> Rigspolitiets Strategi for anvendelse af varetægtsfængsling og frihedsberøvelse efter udlændingeloven, ajourført 4. januar 2011 s. 10.

<sup>135</sup> Jf. den danske straffelovs § 15 som fastsetter den strafferettslige myndighetsalderen til 15 år.

<sup>136</sup> Forslag L 191 (2000-2001) under kommentarene til nr. 5.

<sup>137</sup> Rigspolitiet, Det retlige grundlag for politiets udsendelsesarbejde i asylsager og politiets praktiske udsendelsesarbejde, senest oppdatert i april 2010 s. 9.

<sup>138</sup> Ved varetektsfengsling etter den danske utlendingslovens § 36 kommer imidlertid retsplejelovens (lov om rettens pleje av 17.11.2011 nr. 063) § 768 andre ledd til anvendelse. Denne medfører at en person under 18 år som hovedregel ikke kan holdes i varetekt i mer enn 4 måneder (8 måneder om det gjelder en særlig grov forbrytelse), men heller ikke disse tidsfrister er absolutte.

<sup>139</sup> Rigspolitiet, Strategi for anvendelse af varetægtsfængsling og frihedsberøvelse efter udlændingeloven, ajourført 4. januar 2011 s. 4 og 10. Barnekonvensjonen er ikke nevnt i drøftingen.

loven at hensynet til barnets beste alltid skal vurderes. I forslaget til endringer i utlendingsloven § 106 (punkt 7.1.1 nedenfor) vil vi forsøke å fange opp dette.

Det svakeste punktet ved dagens rettstilstand er at mindreårige i forholdsvis stor utstrekning blir pågrepet (og noen ganger muligens også besluttet fengslet) sammen med foreldre, uten at dette er nærmere regulert i lovverket. Situasjonen synes å være den samme i dansk og finsk rett. Dette samsvarer likevel etter vårt syn dårlig både med legalitetsprinsippet i grunnloven § 96 og kravet i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b) om at frihetsberøvelse av barn må skje «in conformity with the law».<sup>140</sup> Det er i denne forbindelse grunn til å påpeke at det følger som en rød tråd gjennom barnekonvensjonen at hvert enkelt barn er et selvstendig rettssubjekt med individuelle rettigheter.<sup>141</sup> I dette perspektivet er det ikke godt nok til å legitimere dagens praksis at det i normaltilfellene vil være til barnets beste å plassere barn sammen med foreldrene på utlendingsinternatet.<sup>142</sup> Det følger av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at det må gjøres en konkret vurdering av hva som er til det enkelte barnets beste.

Betenkelighetene ved dagens rettstilstand kan avhjelpes på flere måter. Et alternativ er å kreve at det må gjøres en selvstendig pågripelsesbeslutning for hvert enkelt barn, og at vilkårene for pågrepelse må være oppfylt for hvert enkelt av familiemedlemmene, uansett alder. Dette synes å være den løsningen man har valgt i Sverige. En innvending er imidlertid at det lett blir lite realitet i å vurdere pågrepelse av et mindre barn i lys av de alminnelige vilkårene for pågrepelse og fengsling i utlendingssaker.

Et annet alternativ er å utforme en lovregel som tillater at en pågripelsesbeslutning og eventuell fengslingskjennelse omfatter også en utlendings mindreårige barn, for eksempel barn under 15 år. Samtidig må man da kreve at det i forbindelse med beslutningen gjøres en selvstendig vurdering av om det vil være til barnets beste å bli fengslet sammen med sin forelder/foreldre, og at det også går frem av beslutningen at en slik selvstendig vurdering er foretatt. I de tilfellene der barnet har to foreldre i Norge, må det i denne sammenheng vurderes om det er «tvingende nødvendig» å pågripe begge foreldre, eller om det er nok å pågripe en av dem, -en løsning som ofte vil være i barnets/barnas interesse. Også en slik lovteknisk regulering vil være i samsvar med Redd Barnas påpekning av at det bør foreligge «et formelt vedtak basert på en grundig vurdering dersom en familie med barn skal interneres».<sup>143</sup> Dette er den løsningsmodell vi vil anbefale. For å kunne utforme et konkret lovforslag på dette punktet, er det imidlertid behov for å drøfte nærmere hvordan

---

<sup>140</sup> Jf. punkt 2.5 og 5.1 ovenfor.

<sup>141</sup> Jf. *Søvig 2009* s. 49.

<sup>142</sup> Jf. Redd Barnas høringsuttalelse til utlendingsloven av 2008, sitert i Ot. prp. nr. 28 (2006-2007) s. 12: «En rettslig regulering som gir grunnlag for inn gripen overfor et individ kan ikke legitimere tvang overfor et annet individ. Grunnlag for frihetsberøvelse av en av foreldrene gir ikke rett til ... frihetsberøvelse av barnet.» Flere andre instanser har også vært kritiske til at barn kan fengsles sammen med foreldrene uten at de er subjekt for fengslingskjennelsen og at det burde kreves særskilt lovhjemmel for å internere barn, se blant annet høringsuttalelse til utlendingsloven av 2008 fra Advokatforeningen 6.10.2006 s. 2, fra Barneombudet 13.10.2006 s. 1-2 og fra NOAS 10.10.2006 s. 1-2 og 4-6.

<sup>143</sup> Sitert etter Ot. prp. nr. 28 (2006-2007) s. 12.



pågrepelsespraksis og pågrepelsesbeslutningene i slike tilfelle kan innrettes slik at både de rettssikkerhetsmessige og praktiske hensyn ivaretas på en tilfredsstillende måte.

Av svensk rett følger det også (jf. punkt 5.5.2 ovenfor) at et barn som har foreldre i landet aldri kan fengsles uten at det skjer sammen med minst en av foreldrene. Antageligvis blir et tilsvarende prinsipp fulgt i Norge. Vi vil anbefale departementet å vurdere en tilsvarende lovfesting i norsk rett, men har ikke utformet noe lovforslag på dette punktet.

## **6 Systematisk gjennomgang av henvisningene til straffeprosessloven**

### **6.1 Pågrepelse og fengsling**

#### **6.1.1 Utlendingsloven § 106**

§ 106 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,
- b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
- c) utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreiseferien ennå ikke er inntrådt,
- d) det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. § 90, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Det er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger,
- e) utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument,
- f) utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse, eller
- g) utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og dette er fastslått i et vedtak i utlendingssaken eller i en instruks fra departementet, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse.

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

Pågrepelse besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten

med begjæring om fengsling. Straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Fengsling etter første ledd bokstav b og f kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

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

### **6.1.2 Straffeprosessloven § 174**

§ 174 lyder: ---

Personer under 18 år bør ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd.

Denne bestemmelsen er nærmere behandlet ovenfor i punkt 5.2.1. Vi mener at dette er en viktig regel som bør fremgå direkte av utlendingsloven.

### **6.1.3 Straffeprosessloven § 175**

§ 175 lyder:

Pågrepelse besluttes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den mistenkte, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.

Beslutning om pågrepelse kan treffes av retten dersom den mistenkte oppholder seg i utlandet og påtalemyndigheten vil søke ham utlevert, eller dersom forholdene ellers tilsier det.

Beslutningen settes i verk av politiet eller av noen som påtalemyndigheten har anmodet om det.

Første ledd første punktum er ikke relevant, siden utlendingslovens § 106 andre ledd har en bestemmelse om at pågrepelse besluttes av politimesteren eller den som politimesteren gir fullmakt. Men henvisningen til § 175 må innebære at reglene i andre og tredje punktum om beslutningens form og begrunnelse må gjelde tilsvarende. Det betyr at beslutningen skal være skriftlig.<sup>144</sup> Beslutningen skal også inneholde informasjon om grunnen til pågrepelse, mens kravet om «en kort beskrivelse av det straffbare forhold» ikke passer her.

Andre ledd i § 175 er ikke relevant. Utlendingen må befinne seg i Norge for at det skal være aktuelt å bruke utlendingslovens tvangsbestemmelser. Tredje ledd er heller ikke relevant, siden utlendingslovens § 106 andre ledd regulerer hvem som setter beslutningen i verk.

Henvisningen til § 175 er langt på vei overflødig. Vi foreslår at reglene i første ledd om beslutningens form og begrunnelse tas inn i utlendingsloven.

---

<sup>144</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 580.

### **6.1.4 Straffeprosessloven § 176**

§ 176 lyder:

Når det er fare ved opphold, kan politimann foreta pågrepelse uten beslutning av retten eller av påtalemyndigheten. Det samme gjelder enhver annen dersom den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.

Den som uten å høre til politiet har foretatt en pågrepelse, skal straks overgi den pågrepne til politiet.

Første ledd første punktum er ikke relevant i utlendingssaker, siden utlendingslovens § 106 tredje ledd bestemmer at pågrepelse kan besluttes av politimesteren, og ved fare ved opphold, av en polititjenestemann. Andre punktum om «privat» pågrepelse passer heller ikke, siden vilkåret om «fersk gjerning eller ferske spor» forutsetter mistanke om en straffbar handling.<sup>145</sup> Andre ledd er en prosedyreregulering for den sistnevnte typen pågrepelser, og passer derfor heller ikke. Hele henvisningen til § 176 bør derfor utgå.

### **6.1.5 Straffeprosessloven § 177**

§ 177 lyder:

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

Første punktum passer ikke særlig godt i utlendingssaker, da fengsling etter utlendingsloven ikke forutsetter mistanke om et lovbrudd. Men bestemmelsen bør tillempes slik at en utlending som pågripes etter utlendingslovens § 106 informeres om årsaken til pågripelsen, noe som også kreves etter EMK artikkel 5 nr. 2. Regelen i andre punktum om at den pågrepne skal ha avskrift av en eventuell skriftlig beslutning om pågrepelse, passer også i utlendingssaker.

Henvisningen til § 177 bør etter vårt syn utgå, da det er uheldig å knytte vedtak etter utlendingsloven til en regel som forutsetter mistanke om lovbrudd. Det bør i stedet sies direkte i utlendingsloven at utlendingen skal informeres om grunnen til pågripelsen og få avskrift av en eventuell skriftlig beslutning.

### **6.1.6 Straffeprosessloven § 178**

§ 178 lyder:

Pågrepelse foretas så skånsomt som forholdene tillater.

Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike, skal tas fra ham. I dette øyemed kan han ransakes.

---

<sup>145</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 580-581.

Første ledd er en generell bestemmelse om hvordan pågrepelse skal skje. Både maktanvendelsen og de omstendigheter pågripelsen gjennomføres under, skal være skånsomme.<sup>146</sup> Det finnes ikke noen motsvarende bestemmelser i utlendingsloven, og bestemmelsen «passer» også i slike saker. Politiloven § 10 har en mer generell regel om hvordan politiet skal utføre sine oppdrag, blant annet at makt bare skal brukes i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig. Likevel vil vi tilrå at det også for fengslinger etter utlendingsloven gis en tilsvarende bestemmelse som første ledd, men at denne inntas i utlendingsloven.

Andre ledd gir en viss adgang til personundersøkelse og beslag i forbindelse med pågrepelse. Bestemmelsen er praktisk viktig og bør inntas i utlendingsloven.

### **6.1.7 Straffeprosessloven § 179**

§ 179 lyder:

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

Denne bestemmelsen passer ikke i utlendingssaker, siden påtalemyndigheten ikke har noe med slike saker å gjøre. Henvisningen til § 179 bør derfor utgå.

### **6.1.8 Straffeprosessloven § 180**

§ 180 lyder:

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

Denne bestemmelsen hjemler en forklaringsrett for den som blir pågrepet. Henvisningen til § 180 har i så måte selvstendig betydning, siden utlendingsloven bare inneholder visse bestemmelser om plikt til å gi opplysninger. Det gjelder § 93 fjerde ledd om asylsøkeres plikt til å legge frem nødvendig dokumentasjon, og opplysningsplikten etter § 83 som er begrenset til tilfeller der politiet krever opplysninger som kan ha betydning for vedtaket.

De videre henvisningene i § 180 passer imidlertid ikke i utlendingssaker. Både § 230 første ledd og § 232 forutsetter at den pågrepne ikke har plikt til å forklare seg, noe som bare gjelder i straffesaker.<sup>147</sup> I utlendingssakene er derimot utgangspunktet at vedkommende har plikt til å gi opplysninger av betydning for utlendingssaken dersom politiet krever det, jf. § 83. Henvisningen til § 180 er av den grunn egnet til å forvirre og bør gå ut. I stedet bør den pågrepnes rett til å forklare seg for politiet tas inn i utlendingsloven.

---

<sup>146</sup> Jf. Bjerke/Keiserud/Sæther 2011 (I) s. 640.

<sup>147</sup> Se nærmere i punkt 4.1 ovenfor.

Et spørsmål i denne forbindelse er likevel om også reglene i straffeprosessloven § 230 fjerde og femte ledd (om nedtegning m. v. av forklaringen) også bør tas inn i utlendingsloven eller vises til. Siden dette gjelder den praktiske fremgangsmåten ved opptak av forklaring, mener vi at en henvisning til straffeprosessloven her må være forsvarlig og tilstrekkelig.

### **6.1.9 Straffeprosessloven § 181**

§ 181 lyder:

Påtalemyndigheten kan unnlate pågrepelse eller løslate den pågrepne, mot at han lover å fremstille seg for politiet til bestemte tider eller ikke å forlate et bestemt oppholdssted. Det samme gjelder når mistenkte samtykker i andre vilkår, så som innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis eller liknende. Løftet eller samtykket skal gis skriftlig.

Mistenkte kan straks eller senere kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for pågrepelse etter §§ 171- 173 foreligger, og om det er grunn til å opprettholde forføyninger som er tatt. Han skal gjøres oppmerksom på denne rett når løfte eller samtykke etter første ledd blir avgitt.

Retten avgjørelse treffes ved kjennelse.

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

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

### **6.1.10 Straffeprosessloven § 182**

§ 182 lyder:

Når pågrepelse er foretatt, skal påtalemyndigheten sørge for underretning til den pågrepnes husstand eller annen person han utpeker. Dersom den pågrepne ikke ønsker det, gis ikke underretning, med mindre særlige grunner taler for det.

Underretning som nevnt kan unnlates såfremt det antas at den vil være til vesentlig skade for etterforskningen. Spørsmålet skal i så fall forelegges for retten første gang den pågrepne fremstilles.

Det er antatt at denne bestemmelsen også skal gjelde ved fengsling etter utlendingsloven.<sup>148</sup> Hovedregelen er da at pårørende skal varsles. Unntaket i andre ledd krever at hensynet til etterforskningen tilsier unnlatt varsling, noe som ikke er relevant i utlendingssaker. En streng forståelse av § 182 anvendt på utlendingssaker kunne derfor tilsi at pårørende alltid må varsles, med mindre den pågrepne selv motsetter seg dette. Det kan imidlertid spørres om en slik regel «passer» i utlendingssaker. Man kan vanskelig kreve at politiet som en hovedregel skal varsle pårørende som befinner seg i andre land. Derimot kan det være grunn til å kreve varsling av eventuelle familiemedlemmer eller lignende kontaktperson i Norge.

Etter vårt syn bør henvisningen til § 182 utgå. I stedet bør det tas inn en regel i utlendingsloven som er mer tilpasset forholdene i utlendingssaker. Det kan gjerne være en hovedregel om varsling av pårørende, men denne bør bare strekke seg til å varsle personer hjemmehørende i Norge.

### **6.1.11 Straffeprosessloven § 183.**

§ 183 lyder:

Vil påtalemyndigheten beholde den pågrepne, må den snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av fristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken. Kongen kan gi nærmere regler om bruken av og forholdene i politiarrest, herunder regler om elektronisk overvåking. § 187 a gjelder tilsvarende.

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

Er siktede under 18 år, skal påtalemyndigheten varsle barneverntjenesten om fengslingen. Barneverntjenesten skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak. Reglene i § 118 gjelder tilsvarende.

Påtalemyndigheten skal møte med mindre det vil være forbundet med uforholdsmessig ulempe.

Her oppstår flere spørsmål om sammenhengen mellom utlendingsloven § 106 tredje ledd andre punktum og straffeprosessloven § 183. Fristen for å fremstille den pågrepne for retten er regulert i spesialbestemmelsen i utlendingslovens § 106 tredje ledd andre punktum. Det gjelder som hovedregel en kortere frist (dagen etter) enn etter straffeprosessloven § 183 (senest den tredje dagen). Men siden det i utlendingsloven står at fremstilling skal skje «så vidt mulig» dagen etter, er dette ingen absolutt regel. Etter vårt syn er det naturlig å si at den absolutte fristen på tre dager etter straffeprosessloven § 183 første ledd første punktum også gjelder i utlendingssaker, jf punkt 4.4 ovenfor. Det betyr at også regelen om fristberegning i

---

<sup>148</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 580.

andre punktum må gjelde tilsvarende. Men det er lite tilfredsstillende at man må kombinere utlendingslovens regel med straffeprosesslovens regel for å fastslå hvilke frister for fremstilling som gjelder. Dette bør derfor tydeliggjøres og reguleres selvstendig i utlendingsloven.

Vi er kjent med at Justisdepartementet for tiden har til vurdering om fengslingsfristen etter utlendingsloven bør endres/utvides,<sup>149</sup> men har ikke sett det som en del av vårt mandat å drøfte dette. I forslaget til endringer i utlendingsloven legger vi derfor til grunn at det er den nåværende fremstillingsfristen som skal gjelde, med tillegg av en absolutt frist på tre dager.

Siden utlendingsloven gir en viss adgang til senere fremstilling enn dagen etter, blir straffeprosessloven § 183 første ledd tredje punktum relevant.<sup>150</sup> Dette er en rettssikkerhetsgaranti som må gjelde uavhengig av om fengslingen skjer etter det ene eller det andre lovverket. Også denne bestemmelsen bør tas med i utlendingsloven.

§ 183 første ledd fjerde punktum er også relevant for de tilfeller utlendingen settes i politiarrest, men en slik bestemmelse trenger ikke stå også i utlendingsloven. En henvisning fra denne er heller ikke nødvendig for at delegasjonsbestemmelsen i fjerde punktum i praksis skal få virkning også for de som sitter i politiarrest basert på pågrep etter utlendingsloven.

Reglene i § 183 andre og tredje ledd om skjerpet fremstillingsfrist i forhold til mindreårige og om barneverntjenestens møte- og uttaleplikt er behandlet ovenfor i punkt 5.3. Som nevnt der, må det antas at bestemmelsene gjelder også for utlendingssaker, men dette bør gå tydeligere frem og reguleres fullt ut i utlendingsloven.

Bestemmelsen i fjerde ledd om at påtalemyndigheten skal møte hvis det ikke er forbundet med ulempe «passer» også i utlendingssaker,<sup>151</sup> med den tilpasning at det er politiet som må møte, siden det er politiet som begjærer fengslingen, jf utlendingsloven § 106 tredje ledd tredje punktum. Sammen med andre sentrale prosessuelle regler bør denne regelen imidlertid tas inn i utlendingsloven.

### **6.1.12 Straffeprosessloven § 184.**

§ 184 lyder:

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

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

---

<sup>149</sup> Jf. Prop. 138 L (2010-2011) s. 9 og statsråd Faremo i St.forh. 2011 s. 1125.

<sup>150</sup> Slik også *Vevstad 2010* s. 579 og tilsvarende *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 509.

<sup>151</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 513.

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

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

Kjennelse om fengsling eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres.

Paragraf 184 første ledd første punktum om at tingretten skal bruke formen kjennelse fremgår ikke av utlendingsloven. Det gjør heller ikke regelen i andre punktum. Første ledd supplerer derfor utlendingslovens regler i dag. Men dette er viktige regler som etter vårt syn bør stå i utlendingsloven § 106.

I andre ledd første punktum er henvisningen til straffeprosessloven §§ 171-173 irrelevant, siden de materielle vilkårene for fengsling blir regulert i utlendingsloven § 106 første ledd. Det samme gjelder den videre henvisningen til straffeprosessloven § 188, siden det nå (med virkning fra 1. mars 2012) er kommet inn en bestemmelse i utlendingsloven § 106 andre ledd som fastslår at pågrepelse eller fengsling ikke skal besluttes dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105. Dette følger også av de mer generelle prinsippene i utlendingsloven § 99 første ledd.

Det skjerpede fengslingsvilkåret for personer under 18 som man finner i straffeprosessloven § 184 andre ledd andre punktum, er drøftet foran i punkt 5.2. Som nevnt der, bør en slik bestemmelse gå direkte frem av utlendingsloven.

Andre ledd tredje punktum er også relevant i utlendingssaker, for så vidt gjelder kravet om at kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til fengslingen. Passasjen om at kjennelsen også skal nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, er derimot ikke relevant. Denne regelen bør skrives om og tas inn i utlendingsloven.

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

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

Vi foreslår at de relevante delene av § 184 tas inn i utlendingslovens § 106, og at henvisningen til straffeprosessloven § 184 utgår i sin helhet.

### **6.1.13 Straffeprosessloven § 184a**

§ 184a lyder:

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



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

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

Bestemmelsen regulerer rettens ansvar for at den som fremstilles for fengsling får veiledning om pågripelsesbegjæringen og en eventuell fengslingskjennelse. Bestemmelsen ivaretar den fremstiltes rettssikkerhet, og når man ser bort fra begrepene ”siktelsen” og ”siktet”, passer den også i utlendingssaker.<sup>152</sup> Vi foreslår å beholde henvisningen til § 184a.

#### **6.1.14 Straffeprosessloven § 185**

§ 185 lyder:

Beslutter retten å fengsle den siktede, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for fengslingen, når ikke hovedforhandlingen allerede er påbegynt. Fristen skal være så kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen. Dersom etterforskingens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, kan retten sette en lengre frist. Er hovedforhandling påbegynt når siktede blir fengslet eller når fengslingsfristen løper ut, kan siktede holdes fengslet inntil dom er avsagt.

Er den siktede under 18 år, skal fristen være så kort som mulig og ikke overstige to uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil to uker av gangen.

Dersom det begjæres forlenget fengsling, skal påtalemyndigheten oppgi når saken ventes ferdig etterforsket. Tidspunktet skal opplyses i rettsboken. Påtalemyndigheten skal også kortfattet gjøre rede for den etterforskning som er foretatt siden forrige rettsmøte, og for hvilken etterforskning som gjenstår.

Siktede har rett til å være til stede i retten når spørsmålet om forlengelse av fengslingsfristen skal behandles. Dersom retten finner det nødvendig, skal siktede fremstilles, selv om han ikke ønsker å møte. Retten kan beslutte at rettsmøte om forlengelse av fengslingsfristen kan holdes som fjernmøte med bildeoverføring når retten finner det ubetenkelig ut fra formålet med rettsmøtet og øvrige omstendigheter, og rettsmøtet ellers ville medført omkostninger som ikke står i rimelig forhold til betydningen av at siktede møter. Tvisteloven § 13-1 annet ledd gjelder tilsvarende. Før beslutning om fjernmøte tas, skal påtalemyndigheten og siktede gis anledning til å uttale seg. Siktede skal sikres adgang til direkte og fortrolig kommunikasjon med forsvareren under møtet. Skal retten samtidig behandle spørsmål om ileggelse eller forlengelse av isolasjon etter § 186 a, kan rettsmøtet ikke avholdes som fjernmøte uten siktedes samtykke. Det samme gjelder for rettsmøte om forlengelse av fengslingsfristen når det er gått mer enn 90 dager siden forrige gang siktede hadde rett til å få behandlet fengslingsspørsmålet i ordinært rettsmøte. Kongen kan gi nærmere regler om fjernmøte i forskrift.

Påtalemyndigheten skal fremme begjæring om forlengelse så tidlig at siktede og forsvareren kan få varsel senest dagen før rettsmøtet holdes. Påtalemyndigheten skal varsle partene om rettsmøte innen denne frist. Påtalemyndigheten bør møte, når det ikke etter omstendighetene finnes upåkrevd.

---

<sup>152</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 513.

Finner retten på noe tidspunkt at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede.

Bestemmelsens første ledd regulerer for hvor lang tid fengslingskjennelsen kan gjelde for, og må ses i sammenheng med utlendingslovens § 106 tredje ledd som også har en særlig bestemmelse om dette. Sammenhengen mellom reglene må forstå slik at det i utgangspunktet er reglene i straffeprosessloven § 185 første ledd som regulerer dette spørsmålet. Det innebærer for det første at fristen skal settes så kort som mulig, jf. andre punktum. Videre følger det av andre og tredje punktum at det som hovedregel ikke kan besluttes fengsling for mer enn fire uker av gangen, heller ikke ved gjentatte fengslinger. Men fra denne fireukersregelen gjør fjerde punktum et unntak dersom etterforskningens art eller andre særlige hensyn tilsier det. Det er denne muligheten for å fengsle for mer enn fire uker av gangen som utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum stenger for i tilfeller der fengslingen bygger på unndragelsesfare (bokstav b) eller at utlendingen er i transitt i norsk lufthavn (bokstav f)). I tillegg har utlendingsloven § 106 tredje ledd særregler som stiller opp ekstra strenge vilkår for at samlet fengslingstid kan overstige 12 uker, og fastslår at fengsling ut over 18 måneder bare kan skje i helt spesielle tilfeller. Slike regler har ikke straffeprosessloven. Det er sterkt ønskelig at reglene om fengslingstidens lengde fremstår samlet i en lov, og vi foreslår at disse bestemmelsene samles i utlendingsloven § 106.

Straffeprosesslovens § 185 første ledd femte punktum må forstås som en særregel for straffeprosessuelle fengslinger, og passer ikke i forbindelse med fengslinger etter utlendingsloven. Henvisningen til § 185 første ledd kan derfor utgå i sin helhet.

Andre ledd har en særregel for tilfeller der personen er under 18 år. Denne er behandlet i punkt 5.3 ovenfor. En tilsvarende regel bør inntas i utlendingsloven.

Etter tredje ledd skal det ved begjæring av forlenget fengsling oppgis når saken ventes ferdig etterforsket. Denne bestemmelsen er gitt av hensyn til den fengsledes rettssikkerhet, og gode grunner taler for å anvende bestemmelsen også i utlendingssaker. Det innebærer at politiet ved begjæring av fortsatt fengsling skal oppgi hvor lenge den situasjonen som grunngir fengslingen antas å vare, for eksempel utredning av personens identitet eller påvente av endelig vedtak og uttransportering. Dette skal noteres i rettsboken. Samtidig må politiet gjøre rede for hvilke skritt som er tatt siden forrige rettsmøte og hvilke skritt som gjenstår (for eksempel at konsulatet utsteder nødvendige reisedokumenter). Dette gjør det mulig å vurdere forholdsmessigheten av fortsatt fengsling i lys av fremdriften i saken, og er også viktig i lys av det menneskerettslige minstekravet om at saken er «i prosess», jf punkt 3.2 ovenfor. Vårt forslag er at henvisningen til tredje ledd beholdes.

Fjerde ledd om siktedes rett til å være til stede i retten når spørsmålet om fengslingsforlengelse behandles, passer også for fremstilte i utlendingssaker.<sup>153</sup> Reguleringen av fjernmøte med bildeoverføring i tredje til sjuende punktum er ny fra 2011. Vi antar at dette kan være praktisk også i enkelte utlendingssaker, og at betenkelighetene her ikke er større enn ved straffeprosessuelle fengslinger. Vi anbefaler derfor at reglene i fjerde ledd videreføres.

---

<sup>153</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004s.* 514.

Blant annet på grunn av bestemmelsens omfang og detaljeringsgrad anser vi det mest tjenlig at utlendingsloven § 106 beholder en henvisning til fjerde ledd i straffeprosessloven § 185.

Femte ledd har ytterligere regler om fremgangsmåten ved forlengelse av fengsling. Disse er relevante i utlendingssaker og innebærer blant annet at utlendingen og hans prosessfullmektig må varsles om en forlengelsesbegjæring senest dagen før, og at politiet som hovedregel må møte under fengslingsmøtet. Vi foreslår at henvisningen beholdes også for så vidt gjelder femte ledd.

Sjette ledd gjelder rettens plikt til å løslate siktede, hvis etterforskningen ikke fremmes hurtig nok. Denne bestemmelsen passer ikke særlig godt i utlendingssaker, siden det her ikke foregår noe etterforskning i vanlig forstand. Bestemmelsen må i tilfelle omtolkes slik at den gjelder tilsvarende dersom utlendingssaken ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet. Vi antar imidlertid at det må være tilstrekkelig å videreføre bestemmelsene i straffeprosessloven § 184 femte ledd og § 187a om adgangen til å omgjøre en fengslingskjennelse og plikten til å løslate dersom fengslingsgrunnen faller bort. Vi foreslår derfor at henvisningen til § 185 sjette ledd utgår.

### **6.1.15 Straffeprosessloven § 186**

§ 186 lyder:

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

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

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

§ 187 a gjelder tilsvarende.

Ellers gjelder reglene i straffegjennomføringsloven kapittel 4.

Bestemmelsens første ledd er relevant i utlendingssaker i de tilfeller der utlendingen har fått oppnevnt prosessfullmektig. Utlendingslovens § 92 fjerde ledd sier at:

Retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 106. Det samme gjelder når retten prøver spørsmålet om beslag eller pålegg etter § 104 annet ledd og § 105 annet ledd, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig. Dersom utlendingen allerede har advokat på

det offentlige bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes. Oppnevningen faller bort når retten bestemmer det.

Strpl. § 186 første ledd må da gjelde for den oppnevnte prosessfullmektigen i utlendingssaken, slik at utlendingen får samme rett til å kommunisere skriftlig eller muntlig med sin advokat, uavhengig av om han fengsles etter den ene eller andre loven. Dette er en viktig rettssikkerhetsgaranti som bør fremgå direkte av utlendingsloven. Vi foreslår imidlertid at denne bestemmelsen inntas i § 92, jf punkt 7.5.1 nedenfor.

Straffeprosessloven § 186 andre ledd regulerer adgangen til å ilegge brev- og besøksforbud og delvis isolasjon i forbindelse med fengsling. Men siden det er «hensynet til etterforskningen» som må begrunne slike restriksjoner, passer ikke denne regelen i utlendingssaker.<sup>154</sup> Dermed blir heller ikke tredje og fjerde ledd relevante. Påminnelsen i femte ledd om at straffgjennomføringsloven gjelder er i og for seg også relevant ved fengsling etter utlendingsloven. Men regelen er unødvendig, siden straffgjennomføringsloven uansett gjelder for opphold i fengsel. Henvisningene til andre til femte ledd kan i sin helhet falle bort.

### **6.1.16 Straffeprosessloven § 186a**

§ 186 a lyder:

Retten kan ved kjennelse beslutte at den fengslede skal utelukkes fra fellesskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon) når varetektsfengsling er besluttet etter § 184 annet ledd, jf § 171 første ledd nr. 2, og det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken dersom han ikke holdes isolert. Er den siktede under 18 år, kan isolasjon ikke besluttes.

Retten skal fastsette en bestemt tidsfrist for isolasjonen. Fristen skal være så kort som mulig, og må ikke overstige 2 uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil 2 uker om gangen. Dersom etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter 2 uker vil være uten betydning, og den siktede er fylt 18 år, kan fristen forlenges med inntil 4 uker om gangen.

Den fengslede kan ikke holdes isolert i et sammenhengende tidsrom på mer enn

- a) 6 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre straff av fengsel inntil 6 år. Forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning. Dersom siktelsen gjelder flere straffbare handlinger som samlet kan føre til en straff av mer enn 6 års fengsel, og tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan den fengslede likevel holdes fortsatt isolert utover 6 uker.
- b) 12 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 år. Bokstav a annet punktum gjelder tilsvarende. Dersom tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan den fengslede holdes fortsatt isolert utover 12 uker.

§ 186 tredje og fjerde ledd gjelder tilsvarende.

---

<sup>154</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 512 og *Vevstad 2010* s. 580. Se også ovenfor i punkt 5.4.

Bestemmelsen regulerer illeggelse av fullstendig isolasjon i forbindelse med fengsling. Som nevnt i punkt 5.4 ovenfor kan regelen ikke gjelde ved fengsling etter utlendingsloven. Henvisningen til straffeprosessloven § 186a er derfor unødvendig og bør utgå.

### **6.1.17 Straffeprosessloven § 187**

§ 187 lyder:

Er siktede i varetektsfengsel når det avsies ubetinget dom på frihetsstraff eller dom som forkaster anke over slik dom, kan han fortsatt holdes fengslet i inntil 4 uker etter domsavsigelsen om ikke retten treffer annen bestemmelse. Spørsmålet om forlengelse av fengslingen avgjøres av retten etter reglene i § 185.

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

Bestemmelsen gjelder i tilfeller hvor en siktet person er varetektsfengslet når han blir idømt straff. Det er tilstrekkelig at denne bestemmelsen står i straffeprosessloven, siden den bare aktualiseres i forbindelse med en straffesak. Henvisningen bør utgå.

### **6.1.18 Straffeprosessloven § 187a**

§ 187a lyder:

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

Denne plikten til å løslate dersom fengslingsgrunnen er falt bort eller fengslingsfristen er gått ut, er relevant også i fengslingssaker etter utlendingsloven.<sup>155</sup> Noe annet er at dersom et fengslingsgrunnlag ikke lenger gjelder, kan det hende at det er annet fengslingsgrunnlag er aktuelt. Når identiteten av utlendingen er blitt avklart, kan det for eksempel oppstå spørsmål om fengsling for å skaffe frem reisebevis. Det er likevel et nytt grunnlag for fengslingen, og disse må holdes separate. Vi foreslår at en tilsvarende bestemmelse tas inn i utlendingsloven.

### **6.1.19 Straffeprosessloven § 188**

§ 188 lyder:

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.

---

<sup>155</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 520.

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet. Slik plassering kan bare skje dersom institusjonen eller kommunen samtykker. Retten kan beslutte at siktede som er psykisk utviklingshemmet og antas å være utilregnelig, skal plasseres i en fagenhet for tvungen omsorg, jf. straffeloven § 39 a. Når den siktede skal oppholde seg i institusjon eller kommunal boenhet, kan retten fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet.

Reglene i §§ 184, 185 og 187 gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen regulerer rettens adgang til å beslutte bruk av fengslingsurrogater. Utlendingslovens § 105 regulerer meldeplikt og bestemt oppholdssted, og det må antas at denne er ment som en uttømmende regulering av adgangen til å benytte fengslingsurrogater.<sup>156</sup> Det er altså ikke mulig å supplere § 105 med bruk av kausjon, deponering eller pantsettelse etter straffeprosessloven § 188. Det følger dessuten av den nye bestemmelsen i utlendingsloven § 106 andre ledd at retten alltid skal vurdere om et mildere tiltak enn fengsling vil føre frem. Henvisningen til § 188 første ledd bør derfor utgå.

Utlendingsloven har en egen regulering om utlendingsinternat i § 107. Tvangsmessig plassering i institusjon eller kommunal boenhet synes da å være mindre praktisk. Under enhver omstendighet kan politiet be kommunen om å hjelpe til med en frivillig plassering på en slik institusjon/enhet. Vi antar derfor at det heller ikke er behov for å videreføre henvisningen til § 188 andre ledd.

### **6.1.20 Straffeprosessloven § 189**

§ 189 lyder:

Den som stiller sikkerhet etter § 188, skal underskrive en erklæring om sikkerhetsstillelse og vilkårene for at sikkerheten skal anses forbrutt.

Hvorvidt en stilt sikkerhet er forbrutt, avgjøres ved kjennelse etter at det så vidt mulig er gitt alle interesserte anledning til å bli hørt. Er siktede unnveket, men innen en måned enten frivillig kommer tilbake eller pågripes, kan retten bestemme at ansvaret skal nedsettes eller helt falle bort.

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

Bestemmelsen inneholder en nærmere regulering av sikkerhetsstillelse etter § 188. Siden § 188 ikke kommer til anvendelse i utlendingssaker, synes en henvisning til § 189 heller ikke å være relevant. Vi foreslår at henvisningen utgår.

### **6.1.21 Straffeprosessloven § 190**

§ 190 lyder:

---

<sup>156</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 576 og *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 520.

Sikkerhet som ikke er forbrutt, og andre forholdsregler som er trådt i stedet for fengsling, faller bort når den siktede igjen er brakt i fengsel.

Kausjonisten blir også fri når han fremstiller siktede til fengsling eller har oppsagt kausjonen tidsnok til at det har vært anledning til å fengsle siktede. Det samme gjelder når siktede selv fremstiller seg til fengsling, eller når dom er avsagt og det har vært tilstrekkelig tid til å sette i verk fullbyrdingen.

Bestemmelsen har sammenheng med §§ 188 og 189, og er heller ikke relevant i utlendingssaker. Henvisningen til § 190 bør derfor utgå.

### **6.1.22 Straffeprosessloven § 191**

§ 191 er opphevet. Henvisningen til denne bør definitivt utgå.

## **6.2 Undersøkelser**

### **6.2.1 Utlendingsloven § 103**

§ 103 lyder:

Det kan foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen

- a) ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, oppgir uriktig identitet, eller skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse,
- b) har penger eller andre formuesgoder som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen som utlendingen har plikt til å dekke, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke frivillig vil dekke utgiftene, eller
- c) har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. § 106a.

Det er ikke adgang til undersøkelse av utlendingens bolig etter første ledd bokstav b og c, med mindre utlendingen har ulovlig opphold som omfattes av straffebestemmelsen i § 108 eller det gjelder undersøkelse etter bokstav c, og utlendingen har unnlatt å etterkomme et pålegg etter § 21 eller § 83 om å legge frem reisedokumenter.

Uten utlendingens skriftlige samtykke kan undersøkelser som nevnt i første ledd bare foretas etter beslutning fra retten. Er det fare ved opphold, kan beslutningen treffes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med undersøkelsen og hva undersøkelsen omfatter. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før undersøkelsen foretas, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med undersøkelsen.

Reglene i straffeprosessloven §§ 198 til 202 gjelder så langt de passer.

## 6.2.2 Straffeprosessloven § 198

§ 198 lyder:

Uten beslutning som nevnt i § 197 kan politimann foreta ransaking:

- 1) på sted som nevnt i § 193,
- 2) når mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor, eller
- 3) når det er sterk mistanke om en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, og det er nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers vil forspilles.

Personlig ransaking av andre enn mistenkte kan likevel ikke foretas uten samtykke eller beslutning som nevnt i § 197. Første ledd nummer 3 gjelder ikke ved ransaking av redaksjonslokale eller tilsvarende.

Politimann som ifølge påtalemyndighetens eller rettens beslutning skal pågripe en mistenkt, kan i dette øyemed foreta ransaking av hans bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at han oppholder seg.

Første ledd i bestemmelsen regulerer tilfeller hvor en politimann kan foreta ransaking uten rettens eller (i hastetilfelle) påtalemyndighetens beslutning. Nr. 1 gjelder ransaking i offentlig tilgjengelig bygning, hus der det driver virksomhet i kraft av offentlig bevilling (f.eks. skjenkesteder) og militære bygninger og rom. Men siden utlendingsloven ikke henviser til grunnbestemmelsen her, dvs. § 193, er denne delen av bestemmelsen ikke relevant i utlendingssaker. Nr. 2 forutsetter en straffbar handling med ferske spor, og passer ikke i saker etter utlendingsloven. Nr. 3 forutsetter også en straffbar handling, og passer heller ikke.

Andre ledd første punktum inneholder enkelte unntak fra første ledd, og er derfor heller ikke relevant.

Tredje ledd regulerer ransaking av en mistenkts bolig, rom e. l. i forbindelse med pågrepelse. Dersom man skal gi denne bestemmelsen tilsvarende anvendelse i utlendingssaker, må det bety at i et hvert tilfelle der det er gjort beslutning om pågrepelse, kan den politimannen som pågriper utlendingen også foreta husransaking. Denne muligheten er det praktisk viktig å ha også i utlendingssaker. Vi foreslår derfor at en tilsvarende regel tas inn i utlendingsloven.

## 6.2.3 Straffeprosessloven § 199

§ 199 lyder:

Ransakingen settes i verk av politiet så vidt mulig i nærvær av et vitne, som ikke må være ugild etter reglene i domstolsloven § 110 annet ledd.

Det skal på stedet eller snarest mulig settes opp en rapport om ransakingen, og den skal medundertegnes av vitnet.

Bestemmelsen regulerer tilstedeværelse av et vitne ved ransaking, samt utferdigelse av en rapport som også vitnet skal undertegne. Bestemmelsen har ingen parallell i utlendingsloven



men «passer» like godt i utlendingssaker og må derfor gjelde også her.<sup>157</sup> Vi foreslår derfor å videreføre henvisningen til § 199.

#### **6.2.4 Straffeprosessloven § 199a**

§ 199a lyder:

Ved ransaking av et datasystem kan politiet pålegge enhver som har befattning med datasystemet å gi nødvendige opplysninger for å gi tilgang til datasystemet.

Brudd på opplysningsplikten som begås av andre enn den siktede, straffes etter straffeloven § 339 nr. 1.

Bestemmelsen regulerer ransaking av et datasystem, og har bakgrunn i Europarådets konvensjon om datakriminalitet.<sup>158</sup> Det er omdiskutert om bestemmelsen gir anledning til å pålegge å oppgi koder og l som gir tilgang til selve innholdet, eller bare tilgangskoder til datasystemet som sådan.<sup>159</sup>

Konvensjonen innebærer ingen forpliktelse til å ha en tilsvarende bestemmelse innenfor utlendingsretten. Bestemmelsen kan være relevant i utlendingssaker dersom politiet antar at utlendingen har informasjon på egen pc eller i et nettverk (f.eks. epost-konto eller lignende) som er relevant for myndighetene i forbindelse med fastlegging av utlendingens identitet. Vi foreslår derfor å opprettholde en henvisning til § 199a.

#### **6.2.5 Straffeprosessloven § 200**

§ 200 lyder:

Før ransaking settes i verk, skal beslutningen leses opp eller forevises. Foreligger det ikke skriftlig beslutning, skal det opplyses om hva saken gjelder og formålet med ransakingen.

Skal noens bolig eller rom ransakes, skal han eller – om han er fraværende – en av hans husstand eller en nabo tilkalles når det kan skje uten opphold. Ved ransaking av redaksjonslokale skal i stedet redaktøren eller dennes stedfortreder tilkalles, når det kan skje uten opphold. Om nødvendig kan det åpnes adgang med makt. Det som er brutt opp, skal så vidt mulig lukkes til etter ransakingen.

Første ledd regulerer formen for beslutningen og hvordan den leses opp eller forevises. Dette har utlendingslovens § 103 andre ledd en egen regulering av. Den eneste forskjellen er at det i utlendingsloven tas reservasjonen «så vidt mulig». Men siden § 200 andre ledd forutsetter at ransaking i noen tilfeller også kan foretas uten at noen andre enn politiet (og vitne) er til stede, ligger det neppe noen realitetsforskjell i dette. Henvisningen til § 200 første ledd er således unødvendig.

---

<sup>157</sup> Jf. *Vevstad 2010* s. 565.

<sup>158</sup> Begrepet datasystem omfatter både enkeltstående PC-er og nettverk, jf. Europarådets Convention on Cybercrime, Budapest, 23.11.2001 art. 1 (a).

<sup>159</sup> Jf. *Bjerke/Keiserud/Sæther 2011 (I)* s. 688 og *Sunde 2006* s. 272-273.

Andre ledd første punktum regulerer nærværet av personen ved ransaking av bolig eller rom. Denne bestemmelsen henger sammen med regelen i utlendingsloven § 103 andre ledd femte punktum om at utlendingens «så vidt mulig» skal få lest opp eller forklart beslutningen om å foreta undersøkelser. Den selvstendige betydningen av straffeprosessloven § 200 andre ledd er at i de tilfellene der utlendingen ikke er til stede hvor ransakingen skal foretas, skal politiet tilkalle en annen i husstanden eller en nabo. Bestemmelsen i andre punktum om ransaking av redaksjonslokale synes ikke særlig relevant i utlendingssaker, men er såpass prinsipielt viktig at den kanskje også bør bli videreført. Regelen i § 200 andre ledd tredje punktum om maktbruk ved undersøkelse av bolig har ingen parallell i utlendingsloven. Vi foreslår derfor å videreføre en henvisning til § 200 andre ledd i sin helhet.

## 6.2.6 Straffeprosessloven § 200a

§ 200a lyder:

Når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller som rammes av straffeloven §§ 90, 91, 91 a, 94 jf. 90, 104 a første ledd annet punktum, eller 104 a annet ledd jf. første ledd annet punktum, eller av §§ 162 eller 317, jf. § 162, kan retten ved kjennelse beslutte at ransaking kan settes i verk uten underretning til den mistenkte eller andre. Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning.

Tillatelse etter første ledd kan bare gis dersom det må antas at det vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort.

§ 216 e annet ledd gjelder tilsvarende. Retten kan ved kjennelse beslutte at underretning om ransakingen og resultatet av den også i ettertid kan utsettes dersom det er strengt nødvendig for etterforskningen i saken at underretning ikke gis. Utsatt underretning kan besluttes for inntil 8 uker om gangen, og underretning skal senest gis når tiltale tas ut. I saker om overtredelse av straffeloven kapittel 8 eller 9 kan retten beslutte at underretning kan utsettes for inntil 6 måneder om gangen eller unnlates helt. § 216 f annet ledd gjelder tilsvarende.

Når tidsfristen for utsatt underretning er utløpt og ikke forlenget, skal den mistenkte underrettes om kjennelsen og om ransakingen. Er det tatt beslag, skal den mistenkte og andre som rammes av beslaget, også underrettes om beslaget og om retten etter § 208 til å kreve brakt inn for retten spørsmålet om beslaget skal opprettholdes.

§ 208 a fjerde ledd annet og tredje punktum gjelder tilsvarende.

Når politiet ber om rettens samtykke etter denne bestemmelsen, gjelder § 216 d annet ledd tilsvarende. Dersom det ved opphold er stor fare for at etterforskningen vil lide, kan ordre fra påtalemyndigheten tre istedenfor kjennelse av retten, men ikke ut over 24 timer. § 197 annet ledd annet punktum og tredje ledd og § 216 d gjelder tilsvarende.

For øvrig gjelder bestemmelsene i kapittel 15 så langt de passer.

Bestemmelsen regulerer i detalj adgangen til å sette i verk ransaking uten underretning til den mistenkte (hemmelig ransaking). Siden bestemmelsen gjelder tilfeller hvor en person er

mistenkt for en forbrytelse, er denne bestemmelsen ikke relevant i utlendingssaker.<sup>160</sup> Det foreslås at henvisningen til bestemmelsen utgår.

### **6.2.7 Straffeprosessloven § 201**

§ 201 lyder:

Ransakingen foretas så skånsomt som forholdene tillater. Bare i påtrengende tilfelle bør den foretas på helligdager eller om natten (mellom kl. 21 og kl. 06), dersom det ikke gjelder hus eller rom der det også til slik tid er alminnelig adgang.

Når hensynet til ærbarhet tilsier det, skal personlig ransaking utføres ved en person av samme kjønn som den ransakingen gjelder.

Bestemmelsen regulerer nærmere hvordan ransaking skal foretas. Utlendingsloven har ikke bestemmelser om dette, og det «passer» å gi bestemmelsen tilsvarende anvendelse her.<sup>161</sup> Siden regelen omhandler selve fremgangsmåten ved undersøkelsene, finner vi det tilstrekkelig at utlendingsloven fortsatt henviser til straffeprosessloven § 201.

### **6.2.8 Straffeprosessloven § 202**

§ 202 lyder:

Undersøkelser i etterforskningsøyemed på sted av annen art enn nevnt i § 192, kan uten samtykke av eier eller besitter foretas etter beslutning av retten, påtalemyndigheten eller – om det er fare ved opphold – tjenestemann i politiet.

Bestemmelsen er en kompetanseregulering som gjelder situasjoner ut over straffeprosessloven § 192, dvs. undersøkelse av andre steder enn hus, rom og oppbevaringssteder. Et eksempel kan være undersøkelse av et uteområde i privat eie. Dette blir ikke regulert i utlendingsloven § 103, men synes ikke særlig relevant i utlendingssaker. Henvisningen kan derfor utgå.

## **6.3 Beslag**

### **6.3.1 Utlendingsloven § 104**

§ 104 lyder:

Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydningen for retten til opphold i riket.

---

<sup>160</sup> Slik også *Vevstad 2010* s. 565.

<sup>161</sup> Slik også *Vevstad 2010* s. 565.

Når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, kan det foretas beslag av reisedokumenter og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet. Tilsvarende kan det foretas beslag av billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om størrelsen på beløpet som kan beslaglegges.

Det kan foretas beslag av reisedokumenter til utlendinger hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73. Tilsvarende gjelder utlending som er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og som av andre grunner enn nevnt i første punktum ikke har innrettet seg etter vedtak om at vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg gjennomføre.

Avgjørelsen om beslag besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før beslaget iverksettes, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget.

Når utlendingen ankommer riket, ved undersøkelse etter § 103 og i situasjoner hvor det er fare ved opphold, kan beslag tas av en polititjenestemann. Beslaget skal straks meldes til den som ellers treffer avgjørelser om beslag, jf. fjerde ledd. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget. Hvis beslaget opprettholdes, nedtegnes det en beslutning etter fjerde ledd.

Enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. Politiet sørger for at den som rammes av beslaget, blir gjort kjent med denne retten. Reglene i straffeprosessloven kapittel 16, med unntak av §§ 208 a og 210-212, gjelder så langt de passer.

### **6.3.2 Straffeprosessloven § 203**

§ 203 lyder:

Ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken. Det samme gjelder ting som antas å kunne inndras eller å kunne kreves utlevert av fornærmede.

Bestemmelsen regulerer hva som kan beslaglegges, og knytter dette til tingens betydning som bevis. Dette passer ikke i utlendingssaker. Første ledd i utlendingssakens § 104 regulerer hva som kan beslaglegges i utlendingssaker (reisedokumenter, billetter eller annet relevant materiale som kan bidra til å avklare/dokumentere identiteten), og i hvilke tilfeller (tvil om utlendingens identitet, skjellig grunn til å mistenke at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet). Denne må forstås som en uttømmende regulering av disse spørsmålene, og henvisningen til § 203 synes derfor unødvendig.

### **Straffeprosessloven § 204**

§ 204 lyder:

Det kan ikke tas beslag i dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117-121 og 124-125, og som besittes enten av den som kan nekte å forklare seg, eller av den som har rettslig interesse i hemmelighold. I den utstrekning det etter de nevnte bestemmelser kan pålegges vitneplikt i visse tilfelle, gjelder dette tilsvarende for adgangen til beslag.

Forbudet i første ledd gjelder ikke dokumenter eller annet som inneholder betroelser mellom personer som er mistenkt for å være medskyldige i det straffbare forhold. Det er heller ikke til hinder for at dokumenter eller annet blir fratatt urettmessig besitter for å muliggjøre overlevering til rette vedkommende.

Bestemmelsen begrenser beslagsadgangen i § 203 og regulerer de tilfeller hvor vitner ikke har lov til å gi forklaring eller kan nekte dette. Siden utlendingslovens § 104 regulerer beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten av utlendingen, er det vanskelig at se at bestemmelsen om taushetsplikt er relevant. Henvisningen til § 204 foreslås derfor fjernet.

### **6.3.3 Straffeprosessloven § 205**

§ 205 lyder:

Beslag av ting som besitteren ikke vil utlevere frivillig, beslutes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Reglene i § 200 første ledd gjelder tilsvarende.

Når påtalemyndigheten finner at særlige grunner foreligger, kan den bringe spørsmålet om beslag inn for retten. Reglene i denne paragrafs første ledd annet til fjerde punktum og § 209 gjelder tilsvarende for rettens beslutning om beslag. Bestemmelsene i § 208 første og tredje ledd gjelder også når beslag er besluttet av retten etter dette ledd.

Dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, kan ikke beslaglegges uten rettens kjennelse, hvis ikke slikt pålegg allerede er gitt. Dersom politiet vil ta med dokumenter til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren.

Første ledd regulerer nærmere hvem som kan treffe beslutning om beslag, hvordan beslutningen skal nedtegnes og (via henvisningen til § 200 første ledd) oppleses. Disse spørsmålene blir uttømmende regulert i utlendingsloven § 104 fjerde ledd.

Andre ledd gir påtalemyndigheten en anledning til uoppfordret å bringe beslaget inn for retten, og regulerer rettens kompetanse i slike tilfeller. En tilsvarende regel har utlendingsloven § 104 ikke. Men utlendingen kan selv bringe beslaget inn for retten, jf. § 104 sjettede ledd. Siden utlendingsloven gir hjemmel for beslag i en langt mer begrenset gruppe ting og dokumenter, antar vi at det er lite behov for denne regelen i utlendingssaker.

Tredje ledd gjelder dokumenter som har et innhold som bare retten kan pålegge noen å forklare seg om. I slike tilfelle kreves alltid rettens kjennelse i forkant av beslaget. Siden utlendingsloven § 104 gir hjemmel for beslag av en begrenset gruppe dokumenter og ting, er

det lite tenkelig at slike situasjoner vil oppstå, og vi har inntrykk av at bestemmelsen ikke har noen praktisk betydning. Derfor foreslår vi at henvisningen til hele § 205 utgår.

#### **6.3.4 Straffeprosessloven § 206**

§ 206 lyder:

Uten beslutning av påtalemyndigheten kan politimann ta beslag når han setter i verk beslutning om ransaking eller pågripelse, og ellers når det er fare ved opphold. Beslag kan tas av enhver når den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.

Beslaget skal straks meldes til påtalemyndigheten. Finner denne at beslaget bør opprettholdes, utferdiger den en skriftlig beslutning med slikt innhold som nevnt i § 205 første ledd annet punktum.

Bestemmelsen regulerer beslag ved fare ved opphold m v. Utlendingsloven § 104 femte ledd har egne regler om beslag ved fare for opphold og i forbindelse med ransaking. Det eneste § 206 synes å tilføre er at beslag kan besluttes av polititjenestemann også i forbindelse med pågripelse. Men da vil vilkåret om fare ved opphold normalt være oppfylt. § 206 tilfører derfor ikke noe ekstra og henvisningen til § 206 bør utgå.

#### **6.3.5 Straffeprosessloven § 207**

§ 207 lyder:

Beslaglagte ting skal opptegnes nøyaktig og merkes på en slik måte at forveksling unngås.

Det skal så vidt mulig gis kvittering til den som hadde tingen i sin besittelse.

Bestemmelsen er en praktisk regulering av hvordan beslagleggelse skal gjøres. Utlendingsloven har ikke noen bestemmelser om dette og henvisningen til § 207 synes da nødvendig.

#### **6.3.6 Straffeprosessloven § 208**

§ 208 lyder:

Enhver som rammes av beslaget, kan straks eller senere kreve brakt inn for retten spørsmålet om det skal opprettholdes. Påtalemyndigheten sørger for at han blir gjort kjent med denne rett.

Regelen i første ledd første punktum gjelder tilsvarende når noen som frivillig har utlevert ting til beslag, krever dem tilbake.

Rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.

Bestemmelsen regulerer adgangen til å få beslutningen om beslag overprøvd av en domstol. Henvisningen til første ledd er unødvendig, siden utlendingslovens § 104 sjette ledd har en tilsvarende bestemmelse. Paragraf 208 andre ledd har derimot ingen parallell i

utlendingsloven, og kan være praktisk å ha med videre. Det samme gjelder presiseringen av at retten treffer beslutningen ved kjennelse. Vi foreslår å skrive bestemmelser tilsvarende § 208 andre og tredje ledd inn i utlendingslovens § 104 sjette ledd.

### **6.3.7 Straffeprosessloven § 209**

§ 209 lyder:

Beslag kan unnlates mot at det blir gitt løfte om eller stilt sikkerhet for at tingen på oppfordring vil bli lagt fram eller utlevert.

Bestemmelsen regulerer sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag. Utlendingsloven regulerer ikke dette, og henvisningen gjør at sikkerhetsstillelse kan brukes i utlendingssaker.<sup>162</sup> Men vi har ikke inntrykk av at det er noe praktisk behov for en slik regel, og foreslår derfor at henvisningen utgår.

### **6.3.8 Straffeprosessloven § 213**

§ 213 lyder:

Viser det seg innen saken er endelig avgjort, at det ikke lenger er behov for beslaget, skal dette heves av påtalemyndigheten eller retten. Dersom det er fare for at en gjenstand som er beslaglagt med sikte på inndragning, raskt vil bli ødelagt, kan retten tillate politiet å avhende gjenstanden.

For øvrig faller beslaget bort når saken er endelig avgjort. Retten kan bestemme at beslag av bevismidler skal opprettholdes også etter at det foreligger rettskraftig dom i saken, såfremt og så lenge det er grunn til å regne med at saken kan bli begjært gjenåpnet eller andre særlige forhold tilsier det.

Bestemmelsene i §§ 213 og § 214 regulerer varigheten av beslag, noe som det også er behov for i utlendingssaker.<sup>163</sup> Utlendingsloven har ikke noen tilsvarende bestemmelser, og vi foreslår derfor å videreføre en henvisning til disse.

### **6.3.9 Straffeprosessloven § 214**

§ 214 lyder:

Ting som er fravendt noen ved en straffbar handling, skal utleveres til fornærmede når beslaget er falt bort. Er det tvist om hvem som har rett til tingen, avgjør retten ved kjennelse om den skal holdes tilbake inntil det har vært anledning til å få spørsmålet avgjort ved dom, eller om utlevering skal skje straks, mot eller uten at det blir stilt sikkerhet.

Andre ting leveres tilbake til den de er beslaglagt hos, når beslaget er falt bort. Gjør noen annen krav på å få tingen utlevert, gjelder bestemmelsene i første ledd annet punktum tilsvarende.

---

<sup>162</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 538.

<sup>163</sup> Jf. *Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004* s. 538.

Se merknaden under forrige punkt.

### **6.3.10 Straffeprosessloven § 215**

§ 215 lyder:

Kongen kan gi nærmere forskrifter til gjennomføring av reglene i §§ 211 og 212.

Siden §§ 211 og 212 ikke er brukbare i utlendingssaker, bør henvisningen til § 215 utgå.

### **6.3.11 Straffeprosessloven § 215a**

§ 215a lyder:

Påtalemyndigheten kan som ledd i etterforskning gi pålegg om sikring av elektronisk lagrede data som antas å ha betydning som bevis.

Pålegg om sikring av data i en sending som besittes av en tilbyder av tilgang til elektroniske kommunikasjonsnett eller elektronisk kommunikasjonstjeneste, kan bare gis dersom vilkårene i første ledd er oppfylt og det er grunn til å tro at det er begått en straffbar handling.

Den som har rådigheten over de data som omfattes av sikringspålegget, skal underrettes om pålegget. En mistenkt skal underrettes straks dataene er sikret og han får status som siktet i saken. For øvrig skal underretning gis straks dataene er sikret.

Sikringspålegget gjelder for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn nødvendig og høyst 90 dager om gangen. Dersom sikringspålegget gis etter anmodning fra fremmed stat, gjelder pålegget for minst 60 dager. § 197 tredje ledd, § 208 første og tredje ledd og § 216 i gjelder tilsvarende.

Den pålegget retter seg mot, skal etter begjæring utlevere de trafikkdata som er nødvendige for å spore hvor dataene som omfattes av sikringspålegget kom fra og hvor de eventuelt ble sendt til.

Bestemmelsen regulerer sikring av elektronisk lagrede data som skal brukes i etterforskning. Siden det ved beslagleggelse i utlendingssaker ikke dreier seg om en etterforskning i straffeprosessuell forstand, og utlendingen ikke er å anse som mistenkt eller siktet, passer ordlyden i bestemmelsen ikke. Et slikt forholdsvis inngripende virkemiddel har dessuten større berettigelse i straffesaker, og kan uansett benyttes dersom det parallelt løper en strafferettslig etterforskning. Dessuten har politiet allerede adgang til å ta beslag i elektronisk lagrede data som utlendingen er i besittelse av, jf. uttrykket «annet materiale» i utlendingsloven § 104 første ledd. Vi foreslår at henvisningen til straffeprosessloven § 215a utgår.

### **6.3.12 Straffeprosessloven § 216**

§ 216 lyder:

For å sikre bevis kan påtalemyndigheten, eller i påtrengende tilfelle politimann, stenge bygning eller rom, sperre av bestemt område, forby flytting eller berøring av bestemte ting, eller treffe liknende forholdsregler. Reglene i § 208 gjelder tilsvarende.



Bestemmelsen regulerer påtalemyndighetens eller politiets kompetanse til å treffe ulike forholdsregler i samband med sikringen av bevis. I utlendingssaker er det ikke tale om bevissikring i vanlig forstand, med mindre det også foregår straffeprosessuell etterforskning mot utlendingen. Vi antar at det er tilstrekkelig å ha denne hjemmelen i de sistnevnte tilfeller, og foreslår at henvisningen fra utlendingsloven utgår.

## **6.4 Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted**

### **6.4.1 Utlendingsloven § 105**

§ 105 lyder:

En utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,
- b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
- c) utlendingen er asylsøker eller har ulovlig opphold og er ilagt straff for et straffbart forhold eller treffes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold, som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder,
- d) det eneste grunnlag for opphold er vernet mot utsendelse etter § 73, eller
- e) utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og av andre grunner enn nevnt i bokstav f ikke har innrettet seg etter vedtak om at vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg gjennomføre.

Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for meldeplikt og bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde pålegget. Politiet sørger for at den som rammes av pålegget om meldeplikt og bestemt oppholdssted, blir gjort kjent med denne retten. Straffeprosessloven §§ 175 første ledd annet punktum, 184 og 187a gjelder tilsvarende så langt de passer.

Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter første ledd.

### **6.4.2 Straffeprosessloven § 175 første ledd andre punktum**

§ 175 første ledd lyder:

Pågrepelse besluttes av påtalemyndigheten. Beslutningen skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den mistenkte, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.

Utlendingsloven § 105 viser her kun til § 175 første ledd andre punktum om beslutningsform (ved pågrepelse). Henvisningen skal da tydeligvis sikre at beslutningen om meldeplikt og

bestemt oppholdssted skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget.<sup>164</sup> Vi foreslår at dette heller sies uttrykkelig i utlendingslovens § 105.

### 6.4.3 Straffeprosessloven § 184

§ 184 lyder:

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

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

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

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

Kjennelse om fengsling eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres.

Bestemmelsen regulerer rettens fengslingsbeslutning, og er nærmere omtalt i punkt 6.1.12 ovenfor. Det er noe usikkert hvorfor det er henvist til hele § 184. I forarbeidene til utlendingsloven pekes det på at henvisningen innebærer «at pålegg ikke kan ilegges eller opprettholdes hvis det ikke er tilstrekkelig grunn til det eller dersom det fremstår som et uforholdsmessig inngrep».<sup>165</sup> Dette følger imidlertid allerede av utlendingslovens § 99 første ledd.

Derimot synes bestemmelsene i første ledd relevant, når de fastsetter at retten skal avgjøre spørsmålet ved kjennelse og så vidt mulig innen rettsmøtets slutning. Vi foreslår å ta tilsvarende regler inn i utlendingsloven § 105.

### 6.4.4 Straffeprosessloven § 187a

§ 187a lyder:

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

Bestemmelsen regulerer løslatelse fra varetektsfengsling når grunnen er falt bort. Tydeligvis er henvisningen til denne i § 105 ment å bety at når vilkårene for meldeplikt eller pålegg om oppholdssted ikke lenger er til oppfylt, skal tvangsmidlet ikke lenger benyttes.<sup>166</sup> Vi foreslår at dette i stedet sies i utlendingsloven § 105.

---

<sup>164</sup> Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 352.

<sup>165</sup> Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 352.

<sup>166</sup> Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 352.

## 7 Forslag til lovendringer med kommentarer

### 7.1 Pågrepelse og fengsling

#### 7.1.1 Forslag til ny § 106

##### § 106. *Vilkår for pågrepelse og fengsling*

En utlending kan pågripes og fengsles når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,
- b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
- c) utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen ennå ikke er inntrådt,
- d) det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. § 90, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Det er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger,
- e) utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument,
- f) utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse, eller
- g) utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og dette er fastslått i et vedtak i utlendingssaken eller i en instruks fra departementet, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse.

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

*Personer under 18 år kan bare pågripes hvis det er særlig påkrevd, og skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig. Hensynet til barnets beste skal alltid vektlegges.*

#### 7.1.2 Merknader til ny § 106

Paragraf 106 første og andre ledd er ikke endret. Tredje ledd første punktum er nytt og svarer til straffeprosessloven §§ 174 og 184 andre ledd andre punktum. Tredje ledd andre punktum er også nytt og samsvarer med barnekonvensjonens artikkel 3 nr.1, jf. punkt 5.1 ovenfor.

### 7.1.3 Forslag til ny § 106a

#### § 106a. Pågrepelse og fremstilling

Pågrepelse besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. *Beslutning om pågrepelse skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den pågrepne og en kort beskrivelse av grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes. Pågrepelse foretas så skånsomt som forholdene tillater. Ting som den pågrepne kan bruke til vold eller til å unngå, skal tas fra ham. I dette øyemed kan hans person undersøkes.*

*Den som blir pågrepet, skal gis opplysning om grunnen til pågripelsen. Foreligger det skriftlig beslutning om pågrepelse, skal han ha avskrift av beslutningen. Den pågrepne skal snarest mulig gis adgang til å forklare seg for politiet. Straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd gjelder tilsvarende.*

*Når pågrepelse er foretatt, skal politiet sørge for underretning til den pågrepnes husstand eller annen person han utpeker. Dersom den pågrepne ikke ønsker slik underretning eller de nevnte personer befinner seg i utlandet, kan det unnlates.*

Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. *Fremstilling må aldri skje senere enn den tredje dagen etter pågripelsen. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av denne fristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken.*

*Er den pågrepne under 18 år, må fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag. Politiet skal varsle barneverntjenesten om fengslingen. Barneverntjenesten skal møte til hvert fengslingsmøte, med mindre retten finner at deltagelse utover det første fengslingsmøtet er åpenbart unødvendig. Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak. Reglene i straffeprosessloven § 118 gjelder tilsvarende.*

### 7.1.4 Merknader til ny § 106a

Paragraf 106a første ledd første og andre punktum viderefører nåværende § 106 tredje ledd første og andre punktum. Tredje og fjerde punktum er nye og svarer til straffeprosessloven § 175 første ledd andre og tredje punktum (modifisert til å ikke inneholde noe om straffbare forhold). Femte punktum svarer til straffeprosessloven § 178 første ledd, og sjette punktum til § 178 andre ledd.

Paragraf 106a andre ledd første og andre punktum svarer til straffeprosessloven § 177. Tredje punktum svarer til første del av straffeprosessloven § 180. I tillegg er det tatt inn en henvisning til straffeprosessloven § 230 femte og sjette ledd om nedtegning, underskrift m. v. av slike forklaringer.

Paragraf 106a tredje ledd svarer til straffeprosessloven § 182 men er modifisert slik at det bare er krav om underretning til husstand eller kontaktperson i Norge.

Paragraf 106a fjerde ledd første punktum svarer til nåværende § 106 tredje ledd tredje punktum. Andre punktum er ny og tar inn den maksimale fremstillingsfristen på tre dager som i dag følger av straffeprosessloven § 183 første ledd første punktum.<sup>167</sup> Tredje og fjerde punktum svarer til straffeprosessloven § 183 første ledd andre og tredje punktum.

Paragraf 106a femte ledd svarer til straffeprosessloven § 183 andre og tredje ledd.

### 7.1.5 Forslag til ny § 106b

#### § 106b. *Fengsling*

*Den tingrett som den pågrepne fremstilles for, avgjør ved kjennelse om han skal undergis fengsling. Politiet har plikt til å møte til fengslingsmøtet. Avgjørelsen treffes så vidt mulig innen rettsmøtets slutning. Straffeprosessloven § 184a gjelder tilsvarende. Kjennelsen skal angi lovhjemmelen og gjøre rede for grunnen til fengslingen. Det skal også gå frem av kjennelsen at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep.*

*Beslutter retten å fengsle den framstilte, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for fengslingen. Fristen skal være så kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen. Dersom særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, og fengslingen bygger på et annet grunnlag enn første ledd bokstav b eller f, kan retten sette en lengre frist. Er den framstilte under 18 år, skal tidsfristen for fengslingen ikke overstige to uker, og fristen kan forlenges ved kjennelse med inntil to uker av gangen.*

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

*Ved begjæring om forlenget fengsling gjelder straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd tilsvarende for politiets og rettens behandling av saken.*

*Kjennelse om fengsling eller løslatelse kan til enhver tid omgjøres. Den som er fengslet, skal løslates så snart retten eller politiet finner at grunnen for fengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut.*

*Ved anke over kjennelse om fengsling etter denne loven gjelder bestemmelsene i straffeprosessloven kapittel 26.*

### 7.1.6 Merknader til ny § 106b

Paragraf 106b første ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd første punktum. Andre punktum svarer til straffeprosessloven § 183 fjerde ledd, med den endring av det ikke kan gjøres unntak hvis fremmøte vil representere en uforholdsmessig ulempe. Tredje

---

<sup>167</sup> Jf. punkt 4.4 ovenfor.

punktum svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd annet punktum. Fjerde punktum viser til straffeprosessloven § 184a, som gjelder rettens veiledningsplikt ved fengsling. Femte punktum svarer til straffeprosessloven § 184 andre ledd tredje punktum, men er litt modifisert for å passe i utlendingssaker. Sjette punktum svarer til straffeprosessloven § 184 andre ledd fjerde punktum.

Paragraf 106b andre ledd første, andre og tredje punktum svarer i hovedsak til straffeprosessloven § 185 første ledd første, andre og tredje punktum. Fjerde punktum svarer til straffeprosessloven § 185 første ledd fjerde punktum, men er modifisert for å passe i utlendingssaker og inneholder dessuten det unntaket som følger av nåværende § 106 tredje ledd femte punktum. Femte punktum svarer til straffeprosessloven § 185 andre ledd første og andre punktum.

Paragraf 106b tredje ledd viderefører uendret nåværende fjerde ledd i § 106.

Paragraf 106b fjerde ledd viderefører henvisningen til straffeprosessloven § 185 tredje til femte ledd.

Paragraf 106b femte ledd første punktum svarer til straffeprosessloven § 184 femte ledd. Andre punktum svarer til straffeprosessloven § 187a.

Paragraf 106b sjette ledd klargjør at det ved anke over kjennelser om fengsling etter utlendingsloven gjelder reglene for anke av straffeprosessuelle kjennelser tilsvarende. Dette synes å samsvare med dagens praksis, og trenger en lovmessig avklaring, jf. punkt 2.1 ovenfor.

### **7.1.7 Forslag til ny § 106c**

Vi foreslår at nåværende § 106a flyttes til ny § 106c. Det er hensiktsmessig å ha denne til slutt blant disse bestemmelsene, siden den også gjelder i forhold til §§ 103-105. Det har ikke falt inn under vårt mandat å foreslå innholdsmessige endringer i denne bestemmelsen.

## **7.2 Undersøkelser**

### **7.2.1 Forslag til ny § 103**

Det kan foretas undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted dersom det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen

- a) ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, oppgir uriktig identitet, eller skjuler eller tilbakeholder opplysninger av vesentlig betydning for en sak om oppholdstillatelse,
- b) har penger eller andre formuesgoder som kan brukes til å dekke utgifter i forbindelse med utreisen som utlendingen har plikt til å dekke, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke frivillig vil dekke utgiftene, eller
- c) har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. § 106a.

Det er ikke adgang til undersøkelse av utlendingens bolig etter første ledd bokstav b og c, med mindre utlendingen har ulovlig opphold som omfattes av straffebestemmelsen i § 108 eller det gjelder undersøkelse etter bokstav c, og utlendingen har unnlatt å etterkomme et pålegg etter § 21 eller § 83 om å legge frem reisedokumenter.

Uten utlendingens skriftlige samtykke kan undersøkelser som nevnt i første ledd bare foretas etter beslutning fra retten. Er det fare ved opphold, kan beslutningen treffes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med undersøkelsen og hva undersøkelsen omfatter. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før undersøkelsen foretas, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses hva saken gjelder og formålet med undersøkelsen.

*Politimann som skal pågripe en utlending, jf § 106, kan i dette øyemed foreta undersøkelse av hans bolig eller rom, eller på sted hvor det er særlig grunn til å anta at han oppholder seg.*

*Ved gjennomføring av undersøkelser etter denne paragraf gjelder reglene i straffeprosessloven §§ 199, 199a, 200 annet ledd og 201 tilsvarende.*

## **7.2.2 Merknader**

§ 103 første til tredje ledd er ikke endret.

Fjerde ledd er nytt og svarer til straffeprosessloven § 198 tredje ledd.

Femte ledd er nytt og svarer stort sett til tidligere fjerde ledd i utlendingsloven § 103, men inneholder nå bare en henvisning til de av reglene i straffeprosessloven som er klart relevante ved gjennomføring av undersøkelser.

## **7.3 Beslag**

### **7.3.1 Forslag til ny § 104**

Dersom det foreligger tvil om utlendingens identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen skjuler eller tilbakeholder opplysninger om sin identitet, kan det foretas beslag av reisedokumenter, billetter eller annet materiale som kan bidra til å avklare eller dokumentere identiteten. Tilsvarende gjelder ved tvil om tidligere oppholdssted, når dette har betydning for retten til opphold i riket.

Når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, kan det foretas beslag av reisedokumenter og annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet. Tilsvarende kan det foretas beslag av billetter og penger eller andre formuesgoder til dekning av kostnader som utlendingen plikter å dekke i forbindelse med utreisen. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om størrelsen på beløpet som kan beslaglegges.

Det kan foretas beslag av reisedokumenter til utlendinger hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73. Tilsvarende gjelder utlending som er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og som av andre grunner enn nevnt i første

punktum ikke har innrettet seg etter vedtak om at vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg gjennomføre.

Avgjørelsen om beslag besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Beslutningen skal så vidt mulig være skriftlig og opplyse om hva saken gjelder, formålet med beslaget og hva det skal omfatte. En muntlig beslutning skal snarest mulig nedtegnes. Før beslaget iverksettes, skal beslutningen så vidt mulig leses opp eller forevises utlendingen. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget.

Når utlendingen ankommer riket, ved undersøkelse etter § 103 og i situasjoner hvor det er fare ved opphold, kan beslag tas av en polititjenestemann. Beslaget skal straks meldes til den som ellers treffer avgjørelser om beslag, jf. fjerde ledd. Foreligger det ingen skriftlig beslutning, skal det så vidt mulig muntlig opplyses om hva saken gjelder og formålet med beslaget. Hvis beslaget opprettholdes, nedtegnes det en beslutning etter fjerde ledd.

Enhver som rammes av beslaget, kan kreve spørsmålet om det skal opprettholdes brakt inn for retten. *Det samme gjelder når noen som frivillig har utlevert ting til beslag, krever tingen tilbake.* Politiet sørger for at den som rammes av beslaget, blir gjort kjent med denne retten.

*Straffeprosessloven § 205 tredje ledd gjelder tilsvarende. Rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.*

*Reglene i straffeprosessloven §§ 207 og 213-214 gjelder tilsvarende.*

## **7.3.2 Merknader**

§ 104 første til femte ledd er ikke endret.

Sjette ledd andre punktum er nytt og svarer til straffeprosessloven § 208 andre ledd. Sjette ledd fjerde punktum er nytt og viser til straffeprosessloven § 205 tredje ledd. Sjette ledd femte punktum er også nytt og svarer til straffeprosessloven § 208 tredje ledd.

Sjuende ledd har en ny formulering som henviser til et mer begrenset antall regler i straffeprosessloven.

## **7.4 Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted**

### **7.4.1 Forslag til ny § 105**

En utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

- a) utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet,
- b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket,
- c) utlendingen er asylsøker eller har ulovlig opphold og er ilagt straff for et straffbart forhold eller treffes på fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold, som kan føre til høyere straff enn fengsel i seks måneder,
- d) det eneste grunnlag for opphold er vernet mot utsendelse etter § 73, eller



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

Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted beslattes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. *Beslutningen skal være skriftlig og opplyse om grunnen til pålegget.* Utlendingen kan kreve innbrakt for retten spørsmålet om vilkårene for meldeplikt og bestemt oppholdssted foreligger, og om det er grunn til å opprettholde pålegget. Politiet sørger for at den som rammes av pålegget om meldeplikt og bestemt oppholdssted, blir gjort kjent med denne retten. *Retten avgjør saken ved kjennelse, så vidt mulig innen rettsmøtets slutning.*

*Er vilkårene i første ledd ikke lenger oppfylt, skal pålegget opphøre.*

Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted etter første ledd.

## **7.4.2 Merknader**

Paragraf 105 første ledd og andre ledd første punkt er ikke endret. Andre ledd andre punktum svarer til den tidligere henvisningen til straffeprosessloven § 175 første ledd andre punktum. Andre ledd femte punktum svarer til straffeprosessloven § 184 første ledd første og andre punktum.

Tredje ledd svarer i sak til straffeprosessloven § 187a.

Fjerde ledd samsvarer med nåværende tredje ledd.

## **7.5 Andre aktuelle lovendringer**

### **7.5.1 Forslag til endring i § 92 fjerde ledd**

Vi foreslår at henvisningen til straffeprosessloven § 186 første ledd videreføres gjennom et nytt andre punktum i utlendingslovens § 92 fjerde ledd, se punkt 6.1.15 ovenfor. Bestemmelsen vil da lyde slik.

*Retten skal oppnevne en prosessfullmektig når den prøver spørsmålet om fengsling etter § 106. Utlendingen har rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin prosessfullmektig. Det samme gjelder når retten prøver spørsmålet om beslag eller pålegg etter § 104 annet ledd og § 105 annet ledd, med mindre det ville medføre særlig ulempe eller tidsspille, eller retten finner det ubetenkelig å unnlate å oppnevne prosessfullmektig. Dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes. Oppnevningen faller bort når retten bestemmer det.*

### **7.5.2 Andre endringer som bør vurderes nærmere**

Vi har i denne rapporten også pekt på enkelte andre problemstillinger der det er grunn til å vurdere lovendringer, men der vi ikke har hatt grunnlag for å utforme konkrete lovforslag. Det gjelder:

- En klargjøring av kravene til utlendingssakens status som vilkår for bruk av tvangsmidler etter §§ 104 andre ledd, § 105 første ledd bokstav b) og § 106 første ledd bokstav b). Se punkt 3.1 ovenfor.
- En kodifisering av det menneskerettslige kravet om at utlendingssaken må være «i prosess», se punkt 3.2 ovenfor.
- En klargjøring av på hvilket grunnlag barn kan pågripes og fengsles sammen med sine foreldre, se punkt 5.2.3 og 5.6 ovenfor. Her er det av hensyn til legalitetsprinsippet et særlig behov for nærmere lovregulering.
- Spørsmålet om det slik som i svensk rett skal lovfestes at barn som har foreldre i landet aldri kan fengsles uten at det skjer sammen med minst en av foreldrene, se punkt 5.6 ovenfor.

## 8 Litteratur

- Aall 2011** = Aall, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. 3. utg., Fagbokforlaget, Bergen 2011.
- Andenæs 2004** = Andenæs, Johs; Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fr. Alminnelig strafferett. 5. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2004.
- Andenæs/Myhrer 2009** = Andenæs, Johs og Myhrer, Tor-Geir. Norsk straffeprosess. 4. Universitetsforlaget, Oslo 2009.
- Bjerke/Keiserud/Sæther 2011 (I)** = Bjerke, Hans Kristian; Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik. Straffeprosessloven : lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer. 4. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2011.
- Bratholm/Matningsdal 2003** = Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. Almindelige bestemmelser. Universitetsforlaget, 2003.
- Bunæs/Vandvik/Kvigne 2004** = Bunæs, Runa; Vandvik, Bjørn og Kvigne, Kristin Ottesen, red. Utlendingsrett. Universitetsforlaget, Oslo 2004.
- Christensen et al 2006** = Christensen, Lone B og m, fl. Udlændingeret. 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2006.
- Einarsen 2011** = Einarsen, Terje. Utlendingsloven. In: Tjomsland, Steinar, Bårdsen, Arnfinn and Falkanger, Aage Thor, red. Norsk lovkommentar: Gyldendal rettsdata, Sist hovedrevidert 04.12.2011.
- Fornes, KJ 2006** = Fornes, Ingun. Varetekstfengsling av barn. Kritisk juss 32 (2): 87-107.
- Høstmælingen/Kjørholt/Sandberg 2008** = Sandberg, Kirsten; Høstmælingen, Njål og Kjørholt, Elin Saga, red. Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge. Universitetsforlaget, Oslo 2008.
- Sunde 2006** = Sunde, Inger Marie. Lov og rett i cyberspace internettkriminalitet og etterforskningsmetoder. Fagbokforlaget, Bergen 2006.
- Søvig 2009** = Søvig, Karl Harald. Barnets rettigheter på barnets premisser, -utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett. Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2009.
- Vevstad 2010** = Vevstad, Vigdis, red. Utlendingsloven : lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her : kommentarutgave. Universitetsforlaget, Oslo 2010.
- Wikrén/Sandesjö 2010** = Wikrén, Gerhard og Sandesjö, Håkan. Utlänningslagen : med kommentarer. 9. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2010.
- Øyen 2010** = Øyen, Ørnulf. Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen. Fagbokforlaget, Bergen 2010.