

## Høringsuttalelse

### **Forslag til endring i utlendingsloven – utvidet adgang til frihetsberøvelse mv i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser**

#### Innledning

Det vises til høringsbrev av 19. juni 2023 vedlagt høringsnotat med forslag til endring i utlendingsloven - utvidet adgang til frihetsberøvelse mv i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser.

Den norske Dommerforening organiserer embetsdommere i de alminnelige domstolene, i alle instanser. Foreningens formål er å verne rettsstaten og å samle dommere til felles arbeid for deres interesser og oppgaver for reformer innen rettslivet. Dommerforeningens høringsarbeid er organisert i fagutvalg. Denne høringsuttalelsen er forberedt og avgitt av fagutvalget for menneskerettigheter.

#### Overordnet om forslagene

Departementet legger i høringsnotatet til grunn at det har vist seg å være et sikkerhetsmessig behov for å kunne pågripe og internere utlendinger under behandlingen av en sak etter utlendingsloven som kan berøre grunnleggende nasjonale interesser. Menneskerettighetsutvalget har ingen merknader til selve behovet for en lovhjemmel. Menneskerettighetsutvalgets høringsuttalelse vil fokusere på prosessuelle forhold som må hensyntas for å ivareta en rettssikker prosess i disse sakene.

Menneskerettighetsutvalget vil overordnet bemerke at høringsnotatet gjelder lovendringer som tillater svært omfattende inngrep overfor enkeltmennesker. Det er tale om frihetsberøvelser utenfor det straffeprosessuelle sporet hvor de straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier ikke gjelder. Det stilles likevel strenge krav til lovhjemmelen etter EMK artikkel 5, og at domstolene må kunne foreta en effektiv prøving etter EMK art 13. Slik menneskerettighetsutvalget ser det, er høringsnotatet svært kort, og det mangler behandling og avklaring av en rekke grunnleggende problemstillinger.

#### Gjeldende rett

Departementet viser til at det tidligere var adgang til å benytte tvangsmidler forut for vedtak, men at adgangen falt bort som en utilsiktet virkning av en lovendring i 2014. Selv om det er tale om å gjeninnføre en tidligere lovhjemmel, er det etter menneskerettighetsutvalgets syn svært viktig å foreta de avveininger og vurderinger som lovforslaget nå reiser. Lovforslaget har en annen ordlyd og en annen plassering i loven enn det tidligere ordning hadde.

Menneskerettighetsutvalget bemerker også at tidligere rettstilstand bare helt kort presenteres i høringsnotatet. Det foretas ingen nærmere vurdering av tidligere rettstilstand, hvorvidt reglene ble antatt å være tilstrekkelige for å oppnå formålet, hvor mange saker det var tale om og hvordan domstolskontrollen foregikk. Slike vurderinger antas å kunne gi viktig informasjon ved utformingen av nytt lovverk. Departementet sier heller ikke noe om lovforslaget er ment å gå lengre enn tidligere rettstilstand.

## Grunnlovsmessige og folkerettslige skranker for frihetsberøvelse

Departementet gjennomgår flere folkerettslige skranker for frihetsberøvelse mv som er relevante for internering av utlendinger i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser.

Menneskerettighetsutvalget bemerker at departementet i liten grad vurderer de folkerettslige skranker som aktualiseres ved *utvidelsen* av adgangen til frihetsberøvelse mv, altså frihetsberøvelse mv under saksbehandlingen i utlendingsaker.

Departementet har i lovforarbeidene til utlendingsloven kapittel 14, *Prop.141 L (2012–2013) Endringer i utlendingsloven mv. (behandling av sikkerhetssaker)*, foretatt en gjennomgang av flere EMD-avgjørelser som har interesse også for foreliggende lovforslag. Departementet har blant annet på side 16 oppsummert vilkårene etter EMK art 13, retten til effektivt rettsmiddel, i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser på bakgrunn av *Al-Nashif vs Bulgaria (2002)* avsnitt 137. Vilkårene gjengis kort her:

- a. Prøvingsorganet må bli informert om begrunnelsen for en utvisningsavgjørelse, selv om denne måtte være unntatt offentlighet.
- b. Prøvingsorganet må være kompetent til å avvise den utøvende myndighets påstand om at det foreligger en trussel mot rikets sikkerhet, dersom organet finner inngrepet mot vedkommende vilkårlig eller urimelig.
- c. Det må være en form for kontradiktorisk prosedyre, om nødvendig med særlige, sikkerhetsgodkjente representanter.
- d. Det må vurderes om tiltaket griper inn i retten til familieliv, og i så fall om inngrepet er forholdsmessig.

Departementet har på side 42 uttalt at prøvingsvilkårene er strengere i fengslingsaker etter EMK art 5 nr. 4:

«Departementet mener (...) at det ikke kan gjelde samme strenge krav til prøvingen etter EMK artikkel 13 i for eksempel utvisningssaker, som i fengslingsaker etter EMK artikkel 5 nr. 4. Det er stor forskjell på å holde en utlending fengslet over lang tid slik som i [*A m.fl. mot Storbritannia (3455/05)*], og det å pålegge en utlending å forlate landet – særlig gjelder dette i tilfeller hvor vedkommende har svak tilknytning til oppholdsstaten eller hvor tilknytningen til hjemlandet er sterk.»

Departementet gjengir videre:

«(...) I *A m.fl. mot Storbritannia* ble [det] presisert at de prosessuelle kravene vil avhenge av sakens innhold og omstendigheter, herunder «type» frihetsberøvelse. I den konkrete saken konkluderte domstolen med at det forelå brudd på artikkel 5 nr. 4 overfor fire av klagerne, da disse ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon til å kunne imøtegå statens anførsler. (...) [Det var et] sentralt moment at fengslingene var langvarige og at klagerne periodevis ikke kunne forutse når de ville bli løslatt eller om fengslingen i realiteten ville bli livsvarig(...)»

På side 43 uttaler departementet deretter at det for fengslingsaker underveis i saksbehandlingen ikke gjelder like strenge krav som EMD oppstilte i *A mfl mot Storbritannia (2009)*:

«I lys av dette mener departementet at det ikke kan gjelde like strenge krav til kontradiksjon i fengslingsaker underveis i saksbehandlingen som det EMD oppstilte i *A m.fl.* Det vises særlig til EMDs presisering av at «[t]he requirement of procedural fairness under Article 5 § 4 does not impose a uniform, unvarying standard to be applied irrespective of the context, facts and circumstances». I denne sammenheng må det være relevant å se hen til om det pågår en

utlendingssak, der utlendingen vil ha anledning til å imøtegå grunnlaget for både fengslingen og det utlendingsrettslige vedtaket om for eksempel utvisning.»

Menneskerettighetsutvalget mener disse eksemplene fra lovforarbeidet til utlendingsloven kapittel 14 viser at det er behov for en grundigere gjennomgang av hvilke skranker som oppstilles i EMK art 5 nr. 4 for fengslinger under saksbehandlingen i utlendingssaker. Departementets uttalelser er uklare. Departementet sier at det i fengslingssaker underveis i saksbehandlingen ikke gjelder like strenge krav til kontradiksjon som i *A mfl mot Storbritannia*, samtidig som det sies at vilkårene er strengere i fengslingssaker enn i utvisningssaker som prøves etter EMK art 13. Skrankene bør avklares når det nå foreslås regler som åpner for fengsling under saksbehandlingen.

#### Departementets vurderinger - pågripelse og internering på bakgrunn av forhåndsvarsel

Departementet uttaler at et forhåndsvarsel om utvisning eller tilbakekall som er begrunnet i grunnleggende nasjonale interesser, bør være tilstrekkelig til pågripelse og internering etter utl § 130. Det heter videre i høringsnotatet:

«Det må fremgå av forhåndsvarselet hva som er hovedelementene i vurderingen, herunder hvilke grunnleggende nasjonale interesser som tilsier utvisning eller tilbakekall, slik at parten, og domstolen, skal være i stand til henholdsvis å imøtegå og overprøve dette i tilstrekkelig grad, jf. også de krav som oppstilles av EMK og EMDs rettspraksis».

Menneskerettighetsutvalget vil bemerke at utover dette fremgår det ikke hvilken informasjon forhåndsvarselet bør inneholde for å ivareta retten til kontradiksjon og domstolens mulighet for overprøving. Det er uklart hvor detaljert informasjonen bør være, og hvordan kontradiktoriske opplysninger fra utlendingen bør behandles. Videre er det ikke redegjort for hva departementet mener når det vises til «de krav som oppstilles av EMK og EMDs rettspraksis», ettersom det er foretatt en svært begrenset gjennomgang av folkerettslige skranker i høringsnotatets punkt 3.

Videre bemerker menneskerettighetsutvalget at den foreslåtte ordlyden til utl § 130 (1) og (2) har et inngangsvilkår om at «utlendingen vurderes å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser». Ordlyden avviker fra gjeldende rett som benytter ordlyden «er funnet å utgjøre» og «utgjør en trussel». Ordlydsendringen er ikke kommentert i høringsnotatet. Det er uklart om departementet har lagt opp til en realitetsendring eller ikke. Videre er det ikke angitt hvilket beviskrav domstolen skal legge til grunn ved prøvingen av vilkåret «vurderes å utgjøre en trussel (...)», er det tale om «konkrete holdepunkter» som i utl § 106 eller er det tale om sannsynlighetsovervekt?

Menneskerettighetsutvalget bemerker også at departementet ikke har behandlet spørsmålet om forholdsmessighet ved forhåndsvedtak som grunnlag for internering. Menneskerettighetsutvalget antar at det må stilles strengere til sakens fremdrift når vedtaket ikke er endelig på tidspunkt for fengsling.

For øvrig er det i forslaget om ny ordlyd kun vist til § 106 i utlendingsloven, og ikke til «§§106 til 106 c» som i dag. Det er uklart om dette er ment å innebære en realitetsendring, herunder om reglene om internering av mindreårige i § 106 c kommer til anvendelse i disse sakene.

#### Departementets vurderinger – særlig om pågripelse og internering av utlending som ikke har oppholdstillatelse

Departementet foreslår at utlending som ikke har oppholdstillatelse, skal kunne pågripes og interneres dersom «PST mener at vedkommende utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser». Dette vil gi adgang til pågripelse og internering før det er fattet forhåndsvedtak. Det fremgår av høringsnotatet at PST eller den som beslutter pågripelse, «må utferdige en pågripelsesbeslutning som oppfyller de vilkårene som utlendingsloven setter, og som kan forelegges parten (...). På samme måte som ved forhåndsvarsel må det være tilstrekkelig ugradert informasjon i saken til at parten skal kunne være i stand

til å imøtegå anførselene. Dersom informasjonen ikke kan formidles til parten, må det oppnevnes særskilt sikkerhetsklarert advokat (...).

Menneskerettighetsutvalget bemerker at det i høringsnotatet ikke angis nærmere hvilken informasjon beslutningen bør inneholde for å ivareta retten til kontradiksjon og domstolens mulighet for overprøving. Videre er det ikke sagt noe om hva som ligger i «PST mener», hvordan meningen skal komme til uttrykk, om den skal begrunnes og eventuelt hvordan kontradiksjon skal ivaretas. Det er ikke angitt hvilket beviskrav domstolen skal anvende, og det er heller ikke sagt noe om eventuelle strengere krav til aktivitet i saken ved vurderingen av forholdsmessighet.

Menneskerettighetsutvalget viser til det som er sagt om hvilke vilkår som fremgår av EMDs praksis etter EMK art 13 nevnt ovenfor, og særlig til at *«det må være en form for kontradiktorisk prosedyre, om nødvendig med særlige, sikkerhetsgodkjente representanter»*. Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett har sikkerhetsklarerte dommer og lokaler som kan behandle saker som er graderte etter sikkerhetsloven. Det er på samme måte sikkerhetsklarerte advokater. Det er altså ressurser tilgjengelige som vil sikre at sakene blir behandlet på en tilfredsstillende måte og som vil være *«kompetent til å avvise den utøvende myndighets påstand om at det foreligger en trussel mot rikets sikkerhet, dersom organet finner inngrepet mot vedkommende vilkårlig eller urimelig»*.

Dommerforeningens menneskerettighetsutvalg