



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Internering av barn på Trandum – overholder Norge sine folkerettslige forpliktelser?

Med særlig fokus på forholdsmessighetsvurderingen ved frihetsberøvelse av mindreårige, kravet om lovhjemmel samt vernet mot nedverdiggende og umenneskelig behandling – i lys av ny EMD-praksis.

Av: Victoria Hovig Frigland



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Begrepsavklaring.....	6
1.2	Aktualitet.....	6
1.3	Avgrensninger	7
1.4	Metode.....	8
1.4.1	Forholdet mellom norsk rett og folkeretten.....	8
1.4.2	Tolkning av konvensjoner	9
1.4.3	Kort om de aktuelle konvensjonene – håndhevelse og virkeområde	10
1.4.4	Særskilt om den rettskildemessige vekten av uttalelser fra FNs barnekomité.....	11
1.4.5	Forholdet mellom barnekonvensjonen og EMK:	12
1.5	Den videre fremstilling.....	13
2	Grunnleggende hensyn.....	14
2.1	Innvandringsregulerende hensyn.....	14
2.2	Hensynet til barnet	15
2.3	Vekten av barnets beste.....	16
3	Krav om lovhjemmel ved frihetsberøvelse	19
3.1	Retten til personlig frihet som hovedregel	19
3.2	Vilkår for inngrep.....	20
3.3	Legalitetsprinsippet etter norsk lov	21
3.4	Nærmere om innholdet i lovkravet etter EMK artikkel 5	22
3.5	Lovkravet – hva følger av barnekonvensjonen	24
3.6	Sammenfatning av lovkravet.....	25
3.7	Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b	25
3.7.1	Omfattes medfølgende mindreårige av ordlyden?	25
3.7.2	EMDs vurdering av lovkravet i tilfeller av internering av medfølgende barn	27
3.7.3	Sammenfatning og vurdering	28

4	Internering – følger det et krav til proporsjonalitet?	30
4.1	Norsk rett	30
4.2	EMK – kreves nødvendighet og forholdsmessighet?	31
4.3	Kravet til forholdsmessighet ved internering av mindreårige	35
4.3.1	Særlig om skjønnsmarginen	36
4.4	Barnekonvensjonens krav til nødvendighet og forholdsmessighet	37
4.5	Sammenfatning og vurdering	37
5	Barns stilling som selvstendige rettssubjekter	40
5.1	Er internering til barnets beste?	42
5.1.1	Barnets rett til å bli hørt – barnekonvensjonens artikkel 12	43
5.2	En særskilt prosessuell rettighet – retten til å anlegge sak	43
6	Vernet mot nedverdiggende behandling	46
6.1	Grunnlovfesting av vernet	46
6.2	Vernet etter EMK art. 3	46
6.2.1	Når er en behandling umenneskelig eller nedverdiggende i konvensjonens forstand 47	
6.2.2	Når er internering av mindreårige umenneskelig eller nedverdiggende behandling 48	
6.2.3	Norsk interneringspraksis vurdert i lys av EMK artikkel 3	51
7	Avsluttende bemerkninger	54
8	Kildeliste	56
8.1	Lover	56
8.2	Forskrift	56
8.3	Forarbeider	56
8.4	Norsk rettspraksis	57
8.4.1	Underrettspraksis	57
8.5	Den europeiske menneskerettighetsdomstol	57
8.6	Bøker	58

8.7	Artikler	59
8.8	Konvensjoner	60
8.9	Annet	60
8.10	Nettsider	60

1 Innledning

Temaet for denne avhandlingen er internering av medfølgende barn på Trandum i forbindelse med tvungen uttransportering av asylsøkere fra Norge.

Europeiske stater har i økende grad benyttet internering som et verktøy for å håndtere utfordringene knyttet til irregulær immigrasjon. Asylsøkere som ankommer Norge i dag har større sannsynlighet for å bli berøvet sin frihet enn noen gang tidligere.¹ Denne praksisen begrenses av at staten selvsagt må holde seg innenfor de rammer som følger av bindende internasjonale konvensjoner – og intern lovgivning.

Dersom UDI avslår en søknad om asyl og UNE ikke omgjør vedtaket, er avslaget endelig. Dette medfører at asylsøkeren skal forlate Norge frivillig. Asylsøkere med avslag som ikke returnerer frivillig til hjemlandet kan i påvente av utreise interneres i et lukket transittmottak på Trandum. Praksisen omfatter også barnefamilier, og unntaksvis enslige mindreårige asylsøkere.² Utlendingsloven gir hjemmel for slik internering.³ Praksisen er omstridt både politisk og juridisk, og har vært gjenstand for skarp kritikk - særlig under hensyn til barna.⁴

Internering av barnefamilier på Trandum skjer hovedsakelig for å forhindre at asylsøkere med endelig avslag på asylsøknaden skal unndra seg iverksettelse av vedtaket og nekte å returnere frivillig til hjemlandet.⁵

I utgangspunktet finnes det ikke et forbud mot internering av barn hverken i intern rett, etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon⁶ eller FNs konvensjon om barnets rettigheter⁷, men det stilles strengere krav til i hvilke tilfeller barn kan interneres. Barns sårbarhet gjør at terskelen for å benytte internering må være høyere. Både Grunnloven, EMK, barnekonvensjonen og utlendingsloven setter derfor begrensninger for bruken av internering overfor barn. Asylsøkende mindreårige som fengsles sammen med sine foreldre er i en sårbar posisjon. Selv om barna er uten lovlig opphold i Norge, har de krav på samme vern etter

¹ NOAS, Detention of Asylum Seekers - Analysis of Norway's international obligations, domestic law and

² Statistikk på Politiets utlendingsenhet – tilgjengelig på deres nettsider:

https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_3729.pdf

³ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15.mai 2008 nr. 35

⁴ Både Barneombudet, Norsk organisasjon for asylsøkere(NOAS), Redd Barna og Advokatforeningen stiller seg svært kritisk til praksisen. Se blant annet: <http://www.noas.no/lovstridig-internerer-av-barn-pa-trandum-3/> og <http://www.aftenposten.no/meninger/leder/Aftenposten-mener-Barn-skal-ikke-sitte-i-fengsel-603563b.html>

⁵ Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), *Frihet først – En rapport om alternativer til internering*, Oslo 2015 s. 19.

⁶ Heretter EMK.

⁷ Heretter Barnekonvensjonen.

barnekonvensjonen og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon som norske barn. Slik det følger av begge konvensjoner er staten pliktig til å verne alle innenfor statens jurisdiksjon, og sikringsplikten skal utøves uten usaklig diskriminering.⁸

Jeg vil i avhandlingen vurdere om Norge overholder sine folkerettslige forpliktelser overfor de medfølgende mindreårige etter disse konvensjonene.

⁸ Jf. EMK art.1 og Barnekonvensjonen art. 2.

1.1 Begrepsavklaring

Asylsøker

Forutsetningsvis fremgår det av utl. § 28 at asylsøkere er personer som kommer til Norge på egen hånd, og som søker om asyl ved ankomst eller kort tid etter. For å få innvilget asyl må vedkommende ha et beskyttelsesbehov, jf. bestemmelsens første ledd bokstav a eller b. Personen kalles "asylsøker" fram til søknaden hans/hennes er behandlet. EMK har et autonomt asylsøkerbegrep, men grensedragningen mellom EMK og utl. i denne sammenhengen er ikke sentralt for denne avhandlingen, og vil ikke være gjenstand for nærmere analyse.

Internering

Etter utl. § 106 kan en utlending pågripes og fengsles i forbindelse med iverksetting av vedtak om at vedkommende plikter å forlate riket. Dette er en administrativ frihetsberøvelse av asylsøkere, flyktninger og andre utlendinger som av ulike årsaker ikke har lovlig opphold i Norge. Om praksisen benyttes både begrepet internering og fengsling. Det er forutsatt å være et administrativt tvangsmiddel, ikke en straffereaksjon.⁹ Utlendingsinternatet er ikke underlagt kriminalomsorgen, men administreres av politiet, jf. utlendingsloven § 107.

1.2 Aktualitet

Sommeren 2016 ble det avsagt fem dommer mot Frankrike i EMD der spørsmålet gjaldt krenkelse av EMK art. 3, 5 og 8 som følge av internering av barnefamilier.¹⁰ Det ble konstatert krenkelse i samtlige saker. Avgjørelsene er potensielt av betydning også for den norske praksisen med internering.

I oktober ble det kjent at Norge er innklaget for EMD for brudd på EMK art. 3, 5, 8 i en sak der en afghansk familie med to barn satt på Trandum i nærmere fire uker.¹¹

I september skrev Aftenposten en artikkel der det fremkom at så langt i år var 84 barn fordelt på 41 barnefamilier blitt internert og fratatt friheten på Trandum. I følge politiets egne tall

⁹ Vigdis Vevstad (red), *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 574.

¹⁰ EMDs dom 12. juli 2016 *A.B and others v France*, EMDs dom 12. juli 2016 *R.M and others v. France*, EMDs dom 12. juli 2016 *R.C. and V.C. v. France*, EMDs dom 12. juli 2016 *A.M and others v. France*, EMDs dom 12. juli 2016 *R.K and others v. France*. Dommene er kun tilgjengelig på fransk, men jeg har fått tilsendt en uoffisiell oversettelse fra innvandringsavdelingen i departementet.

¹¹ <http://www.dagsavisen.no/innenriks/klages-inn-for-rettighetsbrudd-1.789026>.

var over 60 av barna 12 år eller yngre, og halvparten var fem år eller yngre.¹² Så langt i år har to av barna hatt en oppholdstid på henholdsvis 18 og 24 døgn.¹³

Innesperring av barn og unge på utlendingsinternatet har i flere år fått kross kritikk fra en rekke norske organisasjoner som NOAS, Redd Barna, Barneombudet og Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg.

I sin rapport etter besøket på Trandum i 2015 påpekte Sivilombudsmannen at stress og uro, høyt støynivå, selvskading, selvmordsforsøk og maktanvendelse kan bidra til å traumatisere barna. Sivilombudsmannen understreket at barn er spesielt sårbare for å ta skade av et interneringsopphold. Sivilombudsmannen har i sin rapport kalt Trandum et uegnet oppholdssted for barn og unge.¹⁴

Internering kan også brukes som ledd i identitetsavklaring. Regjeringen har varslet at den ønsker å bruke internering som et middel for å avklare identitet i større omfang enn det gjøres i dag.¹⁵ Det er også et uttalt politisk mål å sørge for effektive returordninger, hvilket innebærer bruk av internering, også av barn. Ved internering av barn reiser det seg særlige rettslige problemstillinger som det er all grunn til å tro at vil være aktuelle fremover. Disse er per i dag i liten grad avgjort.

1.3 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenses til å handle om avslag på søknad om asyl da dette er det mest brukte grunnlag for internering av barnefamilier. Andre tilfeller av ulovlig opphold som kan gi grunnlag for internering vil ikke bli behandlet. Såkalte Dublin-saker behandles ikke.¹⁶ Videre begrenses drøftelsen til internering med hjemmel i utlendingsloven § 106 b) første ledd om unndragelsesfare, da denne benyttes oftest som hjemmel for internering av barnefamilier.¹⁷ Av plasshensyn begrenses drøftelsen til de bestemmelsene i EMK og barnekonvensjonen som anses mest relevant i denne sammenheng. Innenfor denne avhandlingens rammer er det imidlertid dessverre ikke mulig å drøfte alle relevante bestemmelser etter EMK. Artikkel 8 er

¹² <http://www.aftenposten.no/norge/Barn-holdt-innesperret-18-og-24-dogn-bak-piggtradgjerdene-pa-Trandum---politiets-hovedregel-er-maks-24-timer-603275b.html>

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse, *Besøksrapport - Politiets utlendingsinternat på Trandum 19.-21. mai 2015*, Oslo 2015.

¹⁵ Prop. 1 S (2014-2015). Punkt 3.5.2 tiltak for raskere retur. s 154.

¹⁶ Dette samarbeidet innebærer et sett prosedyreregler om retur av asylsøkere til asylsaksbehandling i andre europeiske land. Hensikten med forordningen er å sikre at hver asylsøker får asylsaken behandlet i ett land, men kun i ett. Man ønsker å forhindre at en og samme person søker asyl i forskjellige land.

¹⁷ NOAS, *Frihet først – En rapport om alternativer til internering*, Oslo 2015 s.19.

ofte påberopt i saker om internering, men av hensyn til omfang vil fokus kun rettes mot EMK artikkel 3 og 5, slik at det avgrenses også mot konvensjonens art. 8 om retten til familieliv.

Av hensyn til omfang avgrenses det også mot andre potensielt relevante konvensjoner, herunder FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter. Det kan også bemerkes at utgangspunktet det opereres med, om at internering er en administrativ reaksjon og ikke straff, kan være problematisk. En nærmere diskusjon av dette faller dessverre utenfor denne oppgavens rammer.

1.4 Metode

Drøftelsen av praksisen med internering av medfølgende mindreårige vil foretas i lys av menneskerettslige konvensjoner. Dette aktualiserer særlige metodiske utfordringer vedrørende forholdet mellom norsk rett folkeretten.

1.4.1 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten

Norsk rett bygger som utgangspunkt på det dualistiske prinsipp. I dette ligger at folkerettslige regler ikke anerkjennes som norsk rett uten en særskilt gjennomføringsakt; normalt inkorporasjon, transformasjon eller konstatering av rettsharmoni.¹⁸ Dette utgangspunktet modifiseres i stor grad av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som går ut på at norsk rett så vidt mulig skal tolkes på en slik måte at motstrid mellom den norske og den folkerettslige regel unngås så langt det er mulig.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven.¹⁹ Konvensjonene er gjort til norsk lov med forrang gjennom mrl. § § 2 og 3. Ved motstrid vil bestemmelsene i konvensjonene legges til grunn.²⁰

Forranget for de konvensjoner som er inkorporert ved menneskerettighetsloven gjelder selvsagt også på utlendingsrettens område. På utlendingsfeltet gjelder ytterligere konvensjoner som norsk lov. Det følger av utlendingsloven § 3 at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling. Resultatet av dette betegnes som sektormonisme – folkerettslige forpliktelser er gjort til norsk lov på et avgrenset område.²¹ Det fremgår av forarbeidene til

¹⁸ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 s. 50.

¹⁹ Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

²⁰ Dette er lagt til grunn i for eksempel Rt. 2000 s. 96. og Rt 2001 s. 1006.

²¹ Ot.prp. nr.45 (2002-2003).

utlendingsloven at internasjonale regler skal benyttes til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning.²²

Av dette kan det sluttet at menneskerettighetene er gitt en sterk posisjon i norsk utlendingsrett.²³ Videre innebærer dette at EMK og barnekonvensjonen er kilder av direkte betydning for fastleggingen av innholdet i de enkelte bestemmelser i utlendingsloven. Dersom det oppstår motstrid mellom tolkningsalternativer etter utlendingslovens ordlyd og forarbeider på den ene siden, og konvensjonene på den andre, skal det tolkningsalternativ som ivaretar konvensjonene legges til grunn. Av denne grunn er det også nødvendig med enkelte innledende bemerkninger om tolkning av konvensjoner.

1.4.2 Tolkning av konvensjoner

Tolkning av konvensjoner skjer i henhold til Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 art. 31-33. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men de aktuelle bestemmelsene er ansett for å være folkerettslig sedvanerett.²⁴ Etter konvensjonens artikkel 31 skal traktater tolkes ”in good faith” og ”in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Dette innebærer at utgangspunktet for tolkningen er den naturlige språklige forståelse av konvensjonsteksten. Mange konvensjonsbestemmelser har vage formuleringer. Dette skyldes til dels at konvensjonene er et resultat av politiske prosesser og kompromisser mellom land med relativt ulike kulturer og interesser. Videre eksisterer det normalt ingen tekster tilsvarende forarbeider ved nasjonal lovgivning. Også av denne grunn er konvensjonens ordlyd sentral.

Videre følger det av artikkel 31 at konvensjoner skal leses ”in their context”. Ordlyden skal tolkes i lys av konvensjonens formål; ”object and purpose”. Ved tolkning av menneskerettighetskonvensjoner søker man en tolkning som effektivt fremmer formålet.

EMD viser eksempelvis ofte til at EMK skal tolkes på en måte som gjør vernet etter konvensjonen ”practical and effective”, i motsetning til ”theoretic and illusory”.²⁵ EMD understreker at konvensjonen skal være et ”living instrument” som skal tolkes i lys av ”present-day conditions”²⁶, samtidig må en formålsrettet tolkning skje innenfor rammen av

²² NOU 2004: 20 s. 373 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

²³ Øyvind Dybvik Øyen (red), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 33.

²⁴ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 66.

²⁵ EMDs dom 13.Mai 1980 *Artico v. Italy*, avsnitt 33.

²⁶ EMDs dom 25. April 1978 *Tyrer v. the United Kingdom*, avsnitt 31.

konvensjonens ordlyd.²⁷ For EMKs vedkommende er det en særegenhet at konvensjonspartene har avgitt kompetanse til å tolke og fastlegge innholdet av de enkelte bestemmelser i konvensjonen. Til forskjell fra andre konvensjoner muliggjør dette et dynamisk element, som andre konvensjoner uten avgjørelsesorganer med individklagerett ikke har.²⁸

1.4.3 Kort om de aktuelle konvensjonene – håndhevelse og virkeområde

EMK omhandler sivile og politiske rettigheter. EMD utvikler og tolker EMK gjennom bindende avgjørelser i enkeltsaker.²⁹ EMD avsier en rekke dommer hvert år som gir veiledning om hvordan konvensjonen skal forstås. Også avgjørelser fra EMD der Norge ikke er innklaget i saken vil tillegges stor vekt.

Det følger av EMK artikkel 1 at ”de høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjonen”.

Av ordlyden ”enhver” følger det at statens forpliktelser gjelder overfor alle mennesker – uavhengig av faktorer som alder eller statsborgerskap. Forutsetningen er at individet befinner seg på statens ”myndighetsområde”, innenfor statens jurisdiksjon.

Det følger av EMK artikkel 53 at ”intet i denne konvensjonen skal bli tolket slik at det begrenser eller fraviker noen av de menneskerettigheter og grunnleggende friheter som måtte være sikret ved noen høy Kontraherende Parts lover eller ved noen andre avtaler den er part i.” Rettigheten under EMK er minimumsstandarder; dersom intern rett eller andre konvensjoner Norge er bundet av gir individet et større vern, skal disse legges til grunn.

Barnekonvensjonen er også av stor betydning i norsk utlendingsrett. Kontrollorganet for barnekonvensjonen er FNs barnekomite. Det er nylig etablert en individklageordning for barnekonvensjonen, men Norge har ikke ratifisert denne.³⁰ Også av barnekonvensjonen følger det at de stater som er part i konvensjon, skal respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i konvensjonen for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon, uten diskriminering av noe slag.³¹

²⁷ Øyvind Dybvik Øyen (red), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 39.

²⁸ Erik Eldjarn, ”Fordeler og ulemper med nasjonal prosessautonomi på EG og EEG-rettens område”, *Europarättslig tidskrift* nr. 1 2017 (under publisering).

²⁹ EMK artikkel 33 og artikkel 34.

³⁰ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 23.

³¹ Barnekonvensjonen art. 2.

1.4.4 Særskilt om den rettskildemessige vekten av uttalelser fra FNs barnekomité

Barnekonvensjonen overvåkes internasjonalt av FNs ekspertkomité for barns rettigheter, Barnekomiteen. Dette skjer gjennom et periodisk rapporteringssystem. Barnekomiteen utarbeider også generelle kommentarer om tolkning av de enkelte artikler i barnekonvensjonen eller særskilte aktuelle spørsmål.³² Slike anbefalinger er ikke folkerettslig bindende, men er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen.³³ Et særlig metodisk spørsmål som oppstår er hvilken rettskildemessig vekt slike uttalelser skal ha ved fastleggingen av innholdet i barnekonvensjonens bestemmelser.

Selv om uttalelser fra Barnekomiteen ikke er rettslige bindende, vil de tillegges vekt. I Maria-dommen³⁴ ga et enstemmig Høyesterett uttrykk for at generell kommentar (GC) nr. 14 om barnets beste utgjør et *naturlig utgangspunkt* ved tolkingen av BK art. 3 nr. 1.

Høyesterettspraksis på dette området har vært sprikende. Maria-dommen innebar en kursendring fra to tidligere plenumsdommer fra 2012³⁵ der vekten av Barnekomiteens uttalelser også var et sentralt spørsmål, men der Høyesterett ikke mente at komiteens kommentar var det naturlige utgangspunkt ved tolkningen. Etter Maria-dommen kom spørsmålet opp på nytt i en ny plenumsdom³⁶ og denne gangen gikk Høyesterett tilbake til utgangspunktet i de to tidligere dommene. Selv om de tre plenumsdommene ikke på samme måte gir uttrykk for at generelle kommentarer fra Barnekomiteen utgjør et naturlig utgangspunkt for tolkingen av den aktuelle konvensjonsbestemmelsen slik som i Maria-dommen, anses de som *rettskildemessig relevante*. Det er altså noe uklart hvilken rettskildemessig vekt Høyesterett mener slike uttalelser generelt skal tillegges.

Høyesterett ga uttrykk for at den rettskildemessige vekten av uttalelsen fra Barnekomiteen vil måtte vurderes konkret for hver uttalelse. Under henvisning til Ashok-dommen³⁷ uttaler førstvoterende i den siste plenumsdommen at det avgjørende må være:

«hvor klart den [generelle kommentaren] må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på

³² Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg (red.) s. 25.

³³ *Ibid.*

³⁴ Rt. 2015 s. 93.

³⁵ 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039.

³⁶ Rt. 2015 s. 1388.

³⁷ Rt. 2009 s. 1261.

konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde».³⁸

Videre ble det uttalt at:

«Komiteens generelle kommentarer er ikke bindende, men tillegges likevel vekt. ... At barnekomiteens generelle kommentarer bør tillegges vekt ved konvensjonstolkningen, må ses i sammenheng med at kommentarene bygger på komiteens samlede erfaring og den særlige rollen komiteen er gitt som det primære folkerettslige håndhevingsorganet under barnekonvensjonen.»³⁹

Flertallet sier altså ikke noe generelt om vekten, men lar den avhenge av hvordan komiteen har uttrykt seg, og om uttalelsen er relevant for den konkrete saken. Jeg er enig med Kristin Sandberg som skriver at et slikt synspunkt har enkelte uheldige sider. Dette ved at vernet etter barnekonvensjonen da risikerer å bli svakere enn FNs eget oppnevnte organ for å tilsikre konvensjonen forutsetter. Fra et menneskerettslig synspunkt hadde det på denne bakgrunn vært ønskelig om holdningen fra Maria-dommen hadde vært opprettholdt.⁴⁰

1.4.5 Forholdet mellom barnekonvensjonen og EMK:

Mens barnekonvensjonen er en global konvensjon om barnets rettigheter spesielt, er EMK en regional konvensjon om borgernes rettigheter generelt, hvor også barn er vernet.⁴¹ Barn har slik sett et dobbelt menneskerettslig vern og det må sees hen til begge konvensjoner i rettsspørsmål som angår barn i Norge.

EMD har benyttet barnekonvensjonen for å tolke og fastlegge rettigheter under EMK i tilfeller der den krenkede part er mindreårig.⁴² Dette bidrar til å ”maximise the potential of both treaties to protect children`s rights”.⁴³ Allikevel vil Domstolen, av hensyn til systemets integritet, bare benytte barnekonvensjonen der den ikke kan finne tilstrekkelig veiledning i

³⁸ Rt. 2015 s. 1388., avsnitt 152.

³⁹ Ibid, avsnitt 273.

⁴⁰ Kristin Sandberg, ”Plenumsdommen fra desember 2015 – en barnerettslig kommentar”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02/2016 s. 101-105.

⁴¹ Jf. ordlyden i EMK art. 1 ”enhver”.

⁴² Deirdre Fottrell (red.), *Revisiting children's rights: 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Boston 2000 s. 91.

⁴³ *Ibid*, s. 92.

EMK eller tidligere EMD-praksis, og ikke slik at nye rettigheter under konvensjonen etableres.⁴⁴

1.5 Den videre fremstilling

Denne avhandlingens tema aktualiserer en rekke problemstillinger av både materiell og prosessuell karakter. I det følgende vil det fokuseres på tre underproblemstillinger:

- 1) Både etter intern rett, EMK art. 5 og barnekonvensjonen art. 37 følger et krav om lovhjemmel ved frihetsberøvelse av mindreårige. Den første problemstillingen er derfor om de krav som stilles til hjemmel, herunder kravet til klarhet, er oppfylt ved internering av medfølgende barn.
- 2) Av EMKs praksis kreves det at frihetsberøvelse av barn må være tvingende nødvendig, forholdsmessig og ikke urimelig. Det er ikke sikkert at norsk utlendingslovgivning og praksis er i overensstemmelse med kravene. En sentral problemstilling er derfor om disse vilkårene er oppfylt ved internering av mindreårige. En side ved dette er barns selvstendige prosessuelle rettigheter i anledning frihetsberøvelsen, hvor spørsmålet er om disse i tilstrekkelig grad ivaretas ved den norske praksisen.
- 3) Endelig er spørsmålet hvorvidt internering av barn er å anse som nedverdiggende behandling etter EMK art. 3. Ved analysen vil norsk lovgivning og praksis vurderes i lys av de momenter EMD har fremhevet i sine avgjørelser om temaet.

Før disse problemstillinger besvares vil jeg se på de grunnleggende hensyn som står mot hverandre i disse sakene; statens behov for innvandringskontroll og effektiv returpolitikk, mot barnets rett til frihet – herunder en vurdering av barnets beste.

⁴⁴ *Ibid*, s. 100.

2 Grunnleggende hensyn

På utlendingsrettens område gjør innvandringspolitiske hensyn seg sterkt gjeldende, herunder ønsket om effektiv returpraksis. Utlendingsretten er et rettsområde preget av sterke og tidvis kryssende hensyn.⁴⁵ Den norske stat har et rettmessig behov for å kunne kontrollere territoriets grenser og sette vilkår for hvem, og hvordan, innreise og utreise kan finne sted. Samtidig må staten ved utøvelse av utlendingskontroll overholde sine folkerettslige forpliktelser. Også når antallet asylanter er høyt, må staten overholde de krav som følger av de menneskerettslige konvensjoner.⁴⁶ Dette medfører at innvandringsregulerende hensyn må veies mot barnets rett til frihet og mot hensynet til barnets beste i interneringstilfellene. I det følgende redegjøres det nærmere for de bærende relevante hensyn ved uttransportering, før det knyttes merknader til motsetningen mellom disse hensyn.

2.1 Innvandringsregulerende hensyn

Innvandringsregulerende hensyn er et vidt og mangefasettert begrep.⁴⁷ I det følgende redegjøres kun for de deler av hensynet som er relevant ved utsending av asylsøkere med avslag. Hensikten med internering av asylsøkere med avslag er å unngå at disse menneskene "går under jorden", og slik forsvinner fra myndighetenes kontroll, og fortsetter å oppholde seg ulovlig i Norge. Dette kontrollhensynet er en del av det større begrepet "innvandringsregulerende hensyn".

Begrepet omfatter også hensynet til effektive returordninger. Effektive returordninger kan ha en dobbel effekt ved at det på den ene siden er nødvendig for i det konkrete tilfelle å håndheve vedtak om avslag på søknad om asyl. På den andre siden har hensynet en preventiv effekt ved at det sender et signal om at de som ikke har krav på opphold faktisk er nødt til å forlate landet. Kontrollhensynet fremgår av utlendingsloven § 1. Adgangen til å benytte tvangsmidler ble utvidet ved lovendring i 2012, i forarbeidene fremkommer det at bakgrunnen for endringen er at effektiv returpolitikk er en stor utfordring på utlendingsrettens område.⁴⁸

Av utlendingsloven § 1 fremgår også at et av formålene med loven er å ivareta utlendingens rettsikkerhet. Loven skal videre praktiseres i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser.

⁴⁵ Øyvind Dybvik Øyen (red), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 23

⁴⁶ Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg (red.) s. 299.

⁴⁷ Meld. St. 27 (2011–2012) *Barn på flukt*, s 46.

⁴⁸ Prop. 138 L (2010–2011) punkt 6.4.1.

Kontrollhensynet må veies mot hensynet til barnets frihetsinteresse og hensynet til barnets beste. Det er på utlendingsrettens område at barnekonvensjonen først og fremst blir satt på prøve i norsk rett.⁴⁹

2.2 Hensynet til barnet

Utgangspunktet er at enhver har rett til frihet. For barn gjelder det videre et sterkt og grunnleggende prinsipp om at alle handlinger skal skje under ivaretagelse av barnets beste. Ved inngrep i barnets frihet må derfor inngrepet vurderes i lys av prinsippet om barnets beste.

Barnets beste er grunnlovsvernet gjennom § 104. Grunnloven § 104 andre ledd lyder slik:

«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Grunnlovsbestemmelsen er utformet på bakgrunn av barnekonvensjonen art. 3, som allerede var gjeldende norsk rett med forrang.⁵⁰ Det gir likevel en særlig tyngde at det fremkommer at prinsippet har grunnlovs rang. I forbindelse med dette bør det bemerkes at selv om bestemmelsen er utformet på bakgrunn av en menneskerettslig konvensjon ble det presisert i Maria-dommen av Høyesterett at ”Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.”⁵¹ I dette ligger en reservasjon for at man med fremtidig praksis kan legge et annet innhold i Grunnlovens bestemmelser enn i de tilsvarende konvensjonsbestemmelser.

Barnekonvensjonens artikkel 3 lyder:

”In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Både etter Grunnloven og etter barnekonvensjonen skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle handlinger og avgjørelser som berører barn. Det fremkommer av bestemmelsene av barnets beste skal være ”a primary consideration”; ”et grunnleggende hensyn”. Ordlyden

⁴⁹ Kristin Sandberg, ”Plenumsdommen fra desember 2015 – en barnerettslig kommentar”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02/2016 s. 101-105.

⁵⁰ Jf. menneskerettsloven § § 2, 3.

⁵¹ Rt. 2015 s 93, avsnitt 57.

”the primary consideration” ble vurdert, men forkastet da det kan være andre hensyn som gjør seg såpass sterkt gjeldende at hensynet til barnet må komme i andre rekke i gitte situasjoner.⁵²

I interneringstilfellene er det klart – som beskrevet ovenfor - at også andre hensyn gjør seg gjeldende. Det er derfor nødvendig å si noe om vekten av hensynet til barnets beste.

2.3 Vekten av barnets beste

Ved vurderingen av betydningen av hensynet til barnets beste i enkeltsaker, må det først tas stilling til hva som er å anse for å være til dette konkrete barnets beste, før dette hensynet veies inn i vurderingen.

Høyesterett har gjennom flere dommer tatt stilling til gjennomslagskraften av «barnets beste» som prinsipp i norsk rett. Med Maria-dommen⁵³ skjedde noen viktige presiseringer av hva det innebærer at barnets beste skal være ”et grunnleggende hensyn”.⁵⁴

Førstvoterende⁵⁵ presiserer barnets beste-normen slik:

«ved avveiningen mot andre interesser [herunder utlendingspolitiske overveielser] skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen»⁵⁶

Videre sies det at:

«Det følger av det jeg har sagt om Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at også Høyesterett må starte sin vurdering med B [barnet] og hva som er i hennes interesse.»⁵⁷

Høyesteretts presiseringer skiller seg noe fra tidligere retts- og forvaltningspraksis i utlendingssaker, der hensynet til barnets beste ikke er gitt en tilsvarende gjennomslagskraft mot andre relevante hensyn, slik som kontroll- og innvandringsregulerende hensyn.⁵⁸ Dette gjelder også tidligere dommer avsagt av Høyesterett.⁵⁹ Maria-dommen innebærer derfor også

⁵² Høstmølingen, Kjørholt, Sandberg (red.), s 56.

⁵³ Rt. 2015 s. 93.

⁵⁴ Henriette Sinding Aasen, ”Grunnloven § 104 og barnets beste: Høyesterett viser vei” *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 03/2015 s. 197-201.

⁵⁵ Dommer Arnfinn Bårdsen.

⁵⁶ Rt. 2015 s 93, avsnitt 65.

⁵⁷ *Ibid*, avsnitt 72.

⁵⁸ Sinding Aasen s.197-201.

⁵⁹ Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039

en utvikling og korrigerende av lovgivning og praksis etter norsk rett.⁶⁰

Kravet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn forutsetter også at det foretas en grundig undersøkelse av barnets faktiske situasjon. Det er kun slik hensynet kan ivaretas. Dermed medfører prinsippet også prosessuelle forpliktelser for konvensjonsstatene. I Maria-saken ble både UDI og UNE kritisert av Høyesterett for at barnets faktiske situasjon var dårlig opplyst.⁶¹

Av dette kan det sluttet at myndighetene ikke kan anlegge formalistiske betraktninger om at barnet ikke er part i eller har rettslig interesse i saken, men må forholde seg til de faktiske virkninger et vedtak får for det aktuelle barnet, selv om vedtaket formelt er rettet mot barnets foresatte.⁶²

Det understrekes også at vurderingen av hva som er til barnets beste må gjøres konkret, det er ikke tilstrekkelig å vurdere ut fra en presumsjon om hva som er til barnets beste i gitte tilfeller. En standardformulering i vedtaket om at barnets beste er vurdert er ikke tilstrekkelig etter artikkel 3. Det må være mulig for en eventuell klageinstans å etterprøve den vurdering som er gjort; domstolens oppgave blir å kontrollere at hensynet til barnets beste er vurdert på en forsvarlig måte og at det har vært avveid mot mothensynene. Det er derfor sentralt at en slik vurdering er foretatt. Kirsten Sandberg uttaler at barnekonvensjonen i alle tilfeller pålegger domstolene en plikt til å prøve barnets beste fullt ut for sitt eget vedkommende.⁶³

Det følger av Barnekomiteens generelle kommentar nr. 14. at det må gjøres en vurdering av «the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned», og at det må fremgå hvordan «the child's interests have been weighed against other considerations».⁶⁴ Dette viser at prinsippet også medfører en forpliktelse til å gi uttrykk for den vurderingen og begrunne det resultat domstolen har kommet til. Også dette representerer en prosessuell forpliktelse etter prinsippet.

Oppsummeringsvis er det etter dette klart at hensynet til barnet beste er et grunnprinsipp som skal tillegges stor vekt ved alle handlinger som angår barn. Høyesterett har likevel slått fast at

⁶⁰ Sinding Aasen, s.197-201.

⁶¹ Rt. 2015 s 93, avsnitt 74.

⁶² Sinding Aasen, s.197-201.

⁶³ Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg (red.) s 302.

⁶⁴ FNs komité for barnets rettigheter, *General Comment nr. 14* (2013).

barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid er avgjørende i saker som berører barn.⁶⁵ Dette ble lagt til grunn i Plenumsdommene fra henholdsvis 2009 og 2012, og gjentatt i Mariadommen. Det er legitimt å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn, også i avgjørelser der hensynet til barnets beste skal ivaretas, men det fratår ikke staten forpliktelsen til likevel å vurdere hva som er til barnets beste og deretter kunne begrunne hvorfor innvandringspolitiske hensyn eventuelt må veie tyngre i den gitte situasjonen. Høyesterett har allikevel uttalt at jo tyngre hensynet til barnet er, desto mindre rom vil det bli for andre hensyn.⁶⁶

⁶⁵ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31.

⁶⁶ Rt. 2012 s. 1985.

3 Krav om lovhjemmel ved frihetsberøvelse

I det følgende redegjøres det for bakgrunnen for og innholdet i retten til personlig frihet, samt lovkravet etter EMK, Grunnloven og barnekonvensjonen, før den aktuelle hjemmelen for internering i utlendingsloven vurderes i lys av kravene etter disse regelsettene. Fokus vil være på om mindreårige faller inn under ordlyden.

3.1 Retten til personlig frihet som hovedregel

Som utgangspunkt har enhver rett til personlig frihet. Den personlige frihet er ansett å være en menneskerett av grunnleggende karakter og er nedfelt i blant annet EMK art. 5 nr. 1, hvor det fremgår at:

”Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law.”

Rettigheten er nærmest selvforklarende i sin begrunnelse. Den bygger på ideen om menneskets iboende verdi og autonomi, og er også en sentral forutsetning for andre menneskerettigheter som eksempelvis ytringsfrihet, religionsfrihet og familieliv. Alle disse bygger i stor grad på en grunnforutsetning om personlig frihet.

Frihetsrettigheten er utgangspunktet og frihetsberøvelsen er unntaket.⁶⁷ EMD har uttalt at retten til personlig frihet er ”of highest importance in a democratic society”.⁶⁸ Foruten Grunnloven § 94, er retten ikke positiv nedfelt i norsk lovgivning.⁶⁹ Grunnlovens § 94 lyder:

”Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver.”

Frihetsberøvelse er ikke begrenset til å gjelde de klassiske tilfeller som fengsling og arrest, men kan forekomme i ulike former.⁷⁰ Frihetsbegrepet i EMK artikkel 5 er autonomt. Grunnet sektormonismebestemmelsen i utlendingsloven § 3, er konvensjonens frihetsbegrep styrende for internering i medhold av utlendingsloven. Etter EMDs praksis er kriteriene ”type, duration, effects and manner of implementation” avgjørende ved vurderingen av om et tiltak er å anse som frihetsberøvelse.⁷¹ Det er ikke tvilsomt at internering i medhold av

⁶⁷ Merete Havre, *Varetektfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest*, Oslo 2015 s. 25.

⁶⁸ EMDs dom 29. Mars 2010, *Medvedyev and Others v. France* (GC) avsnitt 76.

⁶⁹ Havre s. 26.

⁷⁰ EMDs dom 6. November 1980, *Guzzardi v. Italy* avsnitt 95.

⁷¹ EMDs dom 6. November 1980 *Guzzardi v. Italy*, avsnitt 92; EMDs dom 29. Mars 2010 *Medvedyev and Others v. France* GC, avsnitt 73; EMDs dom 23. Februar 2012 *Creangă v. Romania* (GC), avsnitt 9.

utlendingsloven utgjør frihetsberøvelse i konvensjonens forstand. Det vil derfor ikke foretas en nærmere drøftelse av hvilke tiltak som er å anse som frihetsberøvelse.

3.2 Vilkår for inngrep

Selv om retten til frihet er grunnleggende, er den ikke absolutt. EMK art. 5 første ledd bokstav a-f lister opp de aktuelle grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om retten til personlig frihet. Denne listen er uttømmende, hvilket også er nødvendig for å sikre en reell frihet.⁷² Av EMKs praksis er det dessuten forutsatt at det i liten grad er adgang til å fortolke bestemmelsene utvidende. Frihetsberøvelse på annet grunnlag vil medføre brudd på artikkel 5, hvilket også er forutsatt i bestemmelsen: ” *no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of the grounds set out in sub-paragraphs (a) to (f) of article 5* ”.⁷³

For denne avhandlingens formål er det art 5 nr.1 bokstav f) som er det aktuelle grunnlaget. Ordlyden er som følger:

”Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

Bestemmelsen oppstiller både formelle, prosessuelle og materielle krav til når et inngrep i den personlige frihet kan legitimeres.⁷⁴ Kravene til formell og materiell legitimitet utledes av kriteriet *lawful*, og prosessuell legitimitet av formuleringen *a procedure prescribed by law* i bestemmelsens første ledd.

Generelt er et krav om lovhjemmel for inngrep i menneskerettighetene fundamentalt i en rettstat. Inngrep i individets rettsfære skal være utformet slik at adressaten skal kunne forutberegne sin rettsstilling og innrette seg i henhold til regelverket. Hensynet til å forhindre maktkonsentrasjon og myndighetsmisbruk mellom de ulike myndighetsgrener er også en sentral del av begrunnelsen for lovkravet.⁷⁵

⁷² EMDs dom 22. mars 1995, *Quinn v. France* avsnitt 42.

⁷³ EMDs dom 22. mars 1995, *Quinn v. France* avsnitt 42.

⁷⁴ Havre, s 28.

⁷⁵ Jørgen Aal, *Rettstat og menneskerettigheter*, 4 utgave, Oslo 2015 s 119.

3.3 Legalitetsprinsippet etter norsk lov

Inngrep i individenes frihet må altså ha hjemmel i lov. I norsk rett følger kravet om lovhjemmel ved inngrep av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet har vært ansett som konstitusjonell sedvanerett, men er nå grunnlovsfestet i ny § 113 som har følgende ordlyd: ”Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.” Vernet mot frihetsberøvelse ble utvidet og grunnlovsfestet i endret § 94, men dette medførte ingen realitetsendring da også dette vernet har vært ansett som konstitusjonell sedvanerett. Bestemmelsen gjelder for alle typer frihetsberøvelser. I tillegg til det generelle lovkravet, inneholder bestemmelsen også krav om at frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep. I dette ligger at vi i norsk rett har grunnlovsfestet et generelt proporsjonalitetsprinsipp som vil gjelde for alle typer av frihetsberøvelser. Bestemmelsen er utformet på bakgrunn av EMK artikkel 5.⁷⁶

Et pålegg om å forlate riket, og som ikke etterkommes, gir politiet myndighet til å benytte tvangsmidlene i utlendingsloven kapittel 12, herunder frihetsberøvelse.⁷⁷ Selv om internering formelt sett ikke er en straffereaksjon, er denne formen for administrativ frihetsberøvelse meget inngripende og griper på samme måte som fengsling inn i individets rett til frihet. Inngrep i den personlige frihet peker seg klart ut som store.⁷⁸ Legalitetsprinsippet gjør seg derfor gjeldende med stor tyngde når det gjelder tvangsmidler som forutsetter frihetsberøvelse, og det stilles derfor et strengt krav til lovhjemmel.⁷⁹

Hensynet til forutberegnelighet og innrettelse tilsier at lovteksten må være så presis at den gir tilstrekkelig veiledning. Dette innebærer at både de materielle vilkår for å bruke tvangsmidler og de nærmere regler om fremgangsmåten og individets rettigheter må fremgå klart av lovteksten.

Et krav om forutberegnelighet medfører at det stilles et visst *kvalitetskrav* til hjemmelen for internering etter utlendingsloven. Metodekontrollutvalget har sammenfattet kvalitetskravet på følgende måte:

”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

⁷⁶ *Ibid.*, s. 348.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 43.

⁷⁸ Aal, s 124.

⁷⁹ Erling Johannes Husabø, Annika Elisabet Suominen, *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler*: En utredning avgitt til Justisdepartementet 02.03.2012, Universitetet i Bergen s. 12.

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 to whom it is addressed».⁸⁰

Det fremkommer i forarbeidene at formålet med bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven er å sikre effektiv utlendingskontroll.⁸¹ Som allerede understreket er frihetsberøvelse som tvangsmiddel et meget inngripende tiltak da det begrenser individets grunnleggende rett til frihet. På denne bakgrunn fremkommer det også av forarbeidene at ved bruk av tvangsmidler skal utlendingens rettssikkerhet ivaretas.⁸² I dette må også ligge et krav til hjemmelens klarhet. Det handler om sentrale rettsstatsprinsipper som muligheten for innrettelse og sikring av forutberegnelighet. For utlendinger er hensynet desto mer viktig fordi de ikke er kjent med norsk lov. Utlendingene må vite konsekvensen av å ikke reise frivillig, samt å forsøke å unndra seg uttransportering. Et krav om klarhet gjør seg derfor ytterligere gjeldende.

Lovkravet slik det følger av norsk rett i dag er i stor grad preget av EMDs krav til hjemmel.

3.4 Nærmere om innholdet i lovkravet etter EMK artikkel 5

Det følger av artikkel 5 at en frihetsberøvelse må være i overensstemmelse med ”a procedure prescribed by law”. Det følger videre av de enkelte bokstaver i art. 5.1 at frihetsberøvelsen skal være ”lovlig”. Det er artikkelens litra f som er aktuell i denne sammenheng:

”the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition”

Konvensjonens lovkrav kan bygge på formell eller uskreven rett. I denne forstand er Grunnlovens lovkrav strengere enn EMK – kun formell lov aksepteres som grunnlag etter intern rett.⁸³ Dette er også naturlig da lovkravet etter EMK må omfatte alle typer lovgivning som er vanlig blant konvensjonsstatene, både innenfor civil law- og common law-kulturen. Av hensyn til borgernes innrettelse er det imidlertid det aktuelle landets lovgivning som må vurderes i lys av hensynet til forutberegnelighet og innrettelse. Det følger derfor av EMDs

⁸⁰ NOU 2009: 15 kap 7.3

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Aal. s. 354.

praksis at den aktuelle stats myndigheter må kunne vise til et rettsgrunnlag som etter det landets lovgivning er anerkjent som grunnlag for offentlig myndighetsutøvelse.⁸⁴

Enhver frihetsberøvelse må være i samsvar med artikkel 5 formål om å verne mot vilkårlig frihetsberøvelse.⁸⁵ Konvensjonen stiller derfor kvalitative krav til de rettsregler den aktuelle frihetsberøvelse er hjemlet i.⁸⁶

For å unngå vilkårlighet ved administrative frihetsberøvelser av utlendinger må dermed visse kvalitetskrav til hjemmelen være oppfylt. I denne sammenheng uttalte EMD i saken *Amuur* mot Frankrike at:

*”In order to ascertain whether a deprivation of liberty has complied with the principle of compatibility with domestic law it therefore falls to the court to assess not only legislation in force in the field under consideration, but also the quality of the other legal rules applicable to the persons concerned. Quality in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty – especially in the respect of a foreign asylum seekers – it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness”.*⁸⁷

Det sentrale er etter dette at loven er utformet slik at den er tilgjengelig og presis nok til å unngå enhver risiko for vilkårlighet. EMD understreker at dette gjelder i særlighet for utenlandske asylsøkere. Et viktig poeng med legalitetskravet etter praksis fra EMD er at den enkelte har mulighet til å forutse konsekvensene som en handling kan medføre og at det foreligger tilstrekkelig tilgjengelighet og presisjon for å unngå vilkårlig fengsling.

I dette ligger også et forbud mot å anvende loven utenfor en naturlig forståelse.⁸⁸

Virkeligheten er kompleks og man må et stykke på vei likevel tillate skjønsmessige inngrepshjemler,⁸⁹ mens utvidende tolkning og analogi må unngås. Det er anerkjent av EMD at straffebestemmelser og andre inngrepshjemler ikke rekker lenger enn til inngrep som faller innenfor en naturlig forståelse av ordlyden.⁹⁰

Oppsummeringsvis kan EMDs lovkrav for interneringens vedkommende inndeles i tre:

⁸⁴ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4 utgave, Oslo 2015 s. 84.

⁸⁵ EMDs dom 29. januar 2008, *Saadi v. United Kingdom* avsnitt 67.

⁸⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, København 2010 s. 278.

⁸⁷ EMDs dom 25 juni 1996, *Amuur v. France* avsnitt 50.

⁸⁸ Aal s.135.

⁸⁹ *Ibid.* s. 135.

⁹⁰ *Ibid.* s. 143.

1. Interneringen må ha positiv hjemmel i nasjonal lov
2. Hjemmelen må tilfredsstillere konvensjonens ”quality of the law”-krav
3. Håndhevelsen av den interne hjemmelen må være i overensstemmelse med konvensjonens generelle prinsipper; frihetsberøvelsen må ha sitt grunnlag i konvensjonens bestemte unntak og individet må være beskyttet fra vilkårlighet.⁹¹

3.5 Lovkravet – hva følger av barnekonvensjonen

Det følger som nevnt ikke et forbud mot fengsling av barn under barnekonvensjonen, men det oppstilles i artikkel 37 bokstav b) strenge vilkår der lovkravet står sentralt. Ordlyden er som følger:

”No one 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.”

Det følger av ordlyden at ingen barn skal fengsles ulovlig eller vilkårlig. Frihetsberøvelse av barn skal skje i ”conformity with the law”. Barnekomiteen har i generell kommentar nr.10 presisert at:

”Loven skal klart angi hvilke vilkår som skal være oppfylt for at barnet skal kunne settes eller holdes i varetekt⁹²

Det er presisert at det samme kravet vil gjelde ved administrativ internering:

”Merk at rettighetene til barn som er fratatt friheten(..), gjelder for barn som er i konflikt med loven, og for barn som er plassert på (..) institusjoner som brukes i forbindelse med innvandring”.⁹³

På samme måte som etter EMK og Grunnloven kreves det her en klar lovhjemmel for inngrep, hvilket bygger på de samme grunnleggende hensyn som tidligere. For barn gjelder ytterligere at deres evne til innrettelse og forutberegnelighet er mer begrenset enn for voksne.

⁹¹ David Harris mfl., *Law of the European convention of human rights*, 3. utgave, Oxford 2014 s. 301.

⁹² FNs komité for barnets rettigheter, *General Comment no. 10 (2007)*, s 22.

⁹³ *Ibid.* s 5. (Presisert i dokumentets fotnote nr. 1).

Av den grunn kan det *de lege ferenda* argumenteres for at lovkravet bør være enda strengere etter barnekonvensjonen enn de øvrige regelsett.

Lovkravet etter barnekonvensjonen er ikke like utpenslet som etter EMK ettersom det ikke før nylig ble opprettet en individklageordning for barnekonvensjonen. Det foreligger derfor ikke en tilsvarende mengde klargjørende praksis som etter EMK, men det er antatt i teorien at det ikke er grunn til å tro at en hjemmel som oppfyller kravene etter EMK og etter det internrettslige legalitetsprinsipp ikke skulle være tilfredsstillende etter barnekonvensjonen.⁹⁴

3.6 Sammenfatning av lovkravet

Både intern rett, EMK og barnekonvensjonen stiller etter dette strenge krav til hjemmelens kvalitet. Det er helt grunnleggende for den enkeltes rettssikkerhet at hjemmelen oppstiller tydelige skranker for statens rett til å benytte tvangsmidler. Som vist kreves klar og presis hjemmel for at frihetsberøvelsen er i overenstemmelse med lovkravet.

Lovkravet står spesielt sterkt på et område som dette, som gjelder frihetsberøvelse av barn.

På denne bakgrunn er spørsmålet i det følgende om det foreligger tilstrekkelig klar materiell hjemmel for å internere barn etter utlendingsloven § 106 b.

3.7 Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b

Etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum kan en utlending pågripes og fengsles når det er ”*konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettelse av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket*”.

3.7.1 Omfattes medfølgende mindreårige av ordlyden?

Av ordlyden følger det at en ”utlending” kan fengsles. Det fremgår ikke spesifikt at utenlandske barn er omfattet av ordlyden. At barn kan fengsles kan ikke sluttes direkte fra ordlyden, men kan heller ikke utelukkes. Lovteksten er generell og rammer alle ”utlendinger”.

Hvem en utlending er, er definert i utlendingsloven § 5. Av ordlyden i § 5 følger det at enhver som ikke er norsk statsborger er utlending. Utelukker denne legaldefinisjonen barn?

”Enhver” vil etter en naturlig språklig forståelse også inkludere mindreårige, men det er klart at legaldefinisjonen heller ikke spesifiserer at mindreårige kan fengsles.

⁹⁴ Husabø og Suominen, s. 25.

I utlendingsloven § 106 fjerde ledd fremkommer det at fremstillingsfristen for pågrepne under 18 år er 24 timer. I denne bestemmelsen ligger det en forutsetning om at mindreårige kan fengsles i utgangspunktet.

I forskrift om politiets utlendingsinternat § 4 tredje ledd fremgår det at ”familier som er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv”.⁹⁵

Forutsetningsvis er det etter dette intensjonen at medfølgende barn kan interneres. Det kan stilles spørsmålsteget ved om denne forutsetningen oppfyller de krav til klarhet og forutberegnelighet som følger av EMK, Grunnloven og barnekonvensjonen.

Barneombudet har i høringsuttalelse om innstramminger i utlendingsloven sagt at fengsling av barn i lukket internat klart må lovhemles og påpekt at hjemmelen ikke er tilstrekkelig klar for å kunne fengsle medfølgende barn.⁹⁶ Flere organisasjoner har kommet med liknende kritikk av praksis.⁹⁷

I de få antall rettsavgjørelser der lovkravet er problematisert er det av retten derimot lagt til grunn at denne hjemmelen er tilstrekkelig til å beslutte internering av medfølgende barn. Det har blant annet vært uttalt at : ”Lagmannsretten legger til grunn at utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågripelse og fengsling både av voksne og mindreårige. Selve lovteksten er generell og inneholder ikke noen begrensing.”⁹⁸

I en ny tingrettsavgjørelse⁹⁹ hvor hjemmelskravet var oppe til prøving, krevde saksøkerne fastsettelsesdom for at fengslingen av de medfølgende barna etter utlendingsloven § 106 strider mot lovkravet slik det følger av Grunnloven § 94, jf. EMK art. 5 nr. 1 bokstav f. Den aktuelle fengslingens forholdsmessighet hadde tidligere vært forsøkt prøvd i alle instanser, men avvist i Høyesterett. Tingretten ga ikke saksøkerne medhold i at fengslingen var i strid med lovkravet. Dommen fra tingretten er nå anket og Advokatforeningen har erklært partshjelp. Saken er berammet for behandling i lagmannsretten mars 2017.¹⁰⁰

⁹⁵ Forskrift 23. desember 2009 nr. 1890 om politiets utlendingsinternat § 4.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) kap. 3.4 s 11

⁹⁷ NOAS, *Frihet først – en rapport om alternativer til internering*.

⁹⁸ LB-2014-50065

⁹⁹ TOSLO-2014-177803

¹⁰⁰ <https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/Nyheter/2016/september/partshjelp-i-sak-om-fengsling-av-barn-pa-trandum/> Sist besøkt 01.12.2016.

Tingretten påpekte at på et område som gjelder fengsling av barn er det meget viktig at en mulig skjønnsmargin ikke overstiger akseptable grenser. Tingretten understreket behovet for en klar lovhjemmel og uttalte at ”det er lite tilfredsstillende å skulle måtte søke støtte i systemvurderinger.” Videre uttalte tingretten ”Det er imidlertid som påpekt fra statens side, forskjell på det å hjemle et inngrep ut fra systemvurderinger, og det å tolke en lovbestemmelse ut fra slike vurderinger. Retten kan ikke ut fra EMD praksis alene utlede at avgjørelsene om fengslinger i vår sak var i strid med EMK art. 5.1 bokstav f.”

Konklusjonen var derfor at § 106 b ikke var en for uklar hjemmel til fengsling av barn sammen med sine foreldre. Det ble vist til at praksisen med fengsling av barn sammen med foreldre er beskrevet i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 345-346 og Prop. 138 L (2010-2011), s. 54. Videre ble det lagt vekt på at ”det er tale om en velkjent ordning gjennom lang tid der praksisen også har vært gjenstand for prøving etter nasjonal lovgivning i alle tre rettsinstanser.”

Etter min mening er dette noe uheldig da et er inngrep ikke kan rettfærdiggjøres med at det er ”en velkjent ordning”.

Lignende spørsmål var også oppe for Borgarting lagmannsrett i 2016.¹⁰¹ Lagmannsretten bemerket da at den tidligere har lagt til grunn at det er adgang til å fengsle barn sammen med foreldrene i medhold av utlendingsloven.¹⁰² Lagmannsretten bemerket også at det ikke finnes EMD-praksis som rokker ved dette utgangspunktet.

Dette synet virker å være representativt for den begrensede praksis som foreligger. Det foreligger ikke Høyesterettspraksis på området, da de tilfeller som har vært anket til Høyesterett ikke er blitt antatt til realitetsbehandling.

3.7.2 EMDs vurdering av lovkravet i tilfeller av internering av medfølgende barn

I den siste dommen avsagt av EMD om dette var spørsmålet om lovhjemmel sammenlignbar med situasjonen etter norsk rett. I saken A.B and others v France ble det vurdert om plasseringen av medfølgende barn hadde tilstrekkelig hjemmel i fransk lov.

¹⁰¹ LB-2016-126719.

¹⁰² Det vises til LB-2014-50065 og LB-2016-43003.

EMD bemerket at det ikke finnes noen lovtekst i fransk rett som direkte fastsetter når medfølgende barn kan frihetsberøves.¹⁰³ Situasjonen var derfor at vedtaket om internering var fattet for foreldrene og ikke direkte for barnet. Dette er slik praksis er i Norge også.

EMD gikk så videre til å bemerke at barnets situasjon er uløselig knyttet til foreldrene, og at foreldre og barn i den grad det er mulig, ikke skal skilles fra hverandre. Denne tilknytningen medfører at når foreldrene interneres er barna også de facto frihetsberøvet. EMD la vekt på at denne frihetsberøvelsen er en følge av foreldrenes legitime beslutning om å ikke betro barnet til en annens omsorg. EMD går så videre til å si at domstolen kan godta at en slik situasjon i prinsippet ikke er i strid med intern lov.

EMD mente dermed at praksisen med å internere medfølgende mindreårige ikke var i strid med det interne lovkravet, selv om det ikke fulgte direkte av noen ordlyd at slik frihetsberøvelse kunne finne sted.

3.7.3 Sammenfatning og vurdering

Jeg mener at det er en svakhet ved dagens rettstilstand at mindreårige blir besluttet fengslet sammen med sine foreldre, uten at dette er nærmere regulert i lovverket. Det er fra flere hold hevdet at dette kan være problematisk i forhold til legalitetsprinsippet i Grunnloven og kravet i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b) om at frihetsberøvelse av barn må skje «in conformity with the law», samt EMKs lovkrav.¹⁰⁴

I motsetning til dette ser både norske domstoler og EMD ut til å godta at manglende eksplisitt lovregulering av situasjonen til medfølgende barn ikke er strid med lovkravet. I den siste tingrettsdommen tas det et visst forbehold ved at det kommenteres at hjemmelskravet er i utvikling, samt at tingretten mener at reguleringen av interneringen av barn er et uttrykk for uheldig lovgivningsteknikk.¹⁰⁵

Tingretten kommenterer også at den stiller åpent om det følger et strengere legalitetskrav etter Grunnlovens § 94 enn etter EMK. Det er verdt å merke seg at høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen holdt et foredrag på Forsvarergruppens høstseminar i oktober 2016 der han presiserte at lagmannsretten ser ut til å godta at barn fengsles sammen med sine foreldre, men at han

¹⁰³ EMDs dom 12.juli 2016 *A.B and others v. France*, avsnitt 121.

¹⁰⁴ Se for eksempel: <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Fengsling-av-smabarn-bak-piggrad-i-Norge-601350b.html>

¹⁰⁵ TOSLO-2014-177803.

selv: ”er urolig for at vi her ikke lever opp til de rettsstatlige krav som Grunnloven stiller”.¹⁰⁶
Høyesterett selv har så langt ikke vært synlig i saker om fengsling av barn etter utlendingsloven.¹⁰⁷

På bakgrunn av den praksis som foreligger er det ikke grunnlag for å konkludere med at praksisen er i strid med lovkravet, men det må samtidig anses uavklart hva Høyesterett ville kommet til i en prøving av spørsmålet. Hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ville i mye større grad ivaretas dersom lovteksten eksplisitt slo fast at også barn kan interneres som følge av en beslutning rettet mot foreldrene. At dette er et tvangsmiddel av svært inngripende karakter forsterker ytterligere en forventning om klar hjemmel.

¹⁰⁶ Foredraget finnes i artikkels form her: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/forsvarergruppens-hostseminar---bardsen-22-10-2016.pdf>

¹⁰⁷ De kjennelsene fra lagmannsrettene som er forsøkt anket inn for Høyesteretts kjæremålsutvalg, er helt forkastet ved forenklede kjennelser. For eksempel. HR-2016-619-U.

4 Internering – følger det et krav til proporsjonalitet?

Jeg har valgt å skille proporsjonalitet ut som eget kapittel og å undersøke dette elementet særskilt, for å analysere det mer inngående og for å sammenligne momentets rekkevidde og betydning under de ulike regelsettene.

4.1 Norsk rett

Proporsjonalitetsprinsippet dreier seg om hvorvidt det er et rimelig forhold mellom sakens underliggende faktum og resultatet.¹⁰⁸ Prinsippet legger føringer for at et inngrep skal være egnet, nødvendig og forholdsmessig. Vurderingen går i interneringstilfellene på statens behov for utlendingskontroll ved effektive returordninger og barnets grunnleggende rett til frihet – i dette ligger også en vurdering av hva som er til barnets beste, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonens artikkel 3. Disse hensyn er det gjort rede for tidligere, i avhandlingens kapittel 2.

Grunnloven § 94 lyder: ”Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.” Frihetsberøvelser kan etter dette kun skje under ivaretagelse av et forholdsmessighetsprinsipp.

Også i henhold til utlendingsloven § 99 skal all tvangsbruk være gjenstand for en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering; ”Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.”

Det fremgår av utlendingsloven § 106 annet ledd at frihetsberøvelse kun kan benyttes hvis det å pålegge en utlending meldeplikt eller bestemt oppholdssted med hjemmel i lovens § 105 ikke vil være tilstrekkelig. I dette ligger at fengslingssurrogater skal benyttes så langt det er mulig; et uttrykk for minste inngreps prinsipp. Ettersom det allerede følger en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering av utlendingsloven § 99, er § 106 annet ledd tatt inn av presiseringshensyn.¹⁰⁹

I utlendingsloven § 106 tredje ledd er det tatt inn en henvisning blant annet til straffeprosessloven § 184. Det følger av § 184 at mindreårige kun kan frihetsberøves dersom det er ”tvingende nødvendig”. Ved pågrep og fengsling av personer under 18 år gjelder

¹⁰⁸ Jon Gisle: *Jusleksikon* 4. utgave. Kunnskapsforlaget 2010.

¹⁰⁹ Prop. 138 L (2010-2011) s. 28.

derfor et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp. Dette er understreket i forarbeidene.¹¹⁰ Hovedregelen er derfor at uttransportering av personer under 18 år så vidt mulig skal gjennomføres uten bruk av tvangsmidler.¹¹¹ Frihetsberøvelse er i seg selv et meget inngripende tiltak overfor ethvert individ; ved frihetsberøvelse av barn må forholdsmessighetsvurderingen ta opp i seg barns særlige sårbare posisjon.¹¹² Barnets alder er et typisk moment som kan trekkes inn i vurderingen av om interneringen er å anse som forholdsmessig, og barnets beste må vurderes.¹¹³ Hensynet til barnets beste er også omtalt av Menneskerettsutvalget¹¹⁴, der det spesielt påpekes at det skal mye til før man berøver barn friheten, fordi frihetsberøvelse må antas å være en større belastning for barn enn for voksne. Dette må gjenspeiles i den konkrete vurderingen.

4.2 EMK – kreves nødvendighet og forholdsmessighet?

Kjernen i et krav om nødvendighet og forholdsmessighet er altså en avveining mellom individets og samfunnets interesser i den konkrete situasjonen.¹¹⁵ Spørsmålet man står overfor er om samfunnsinteressen er vesentlig nok til å oppveie individets interesser. Det må foreligge et samfunnsmessig behov og inngrepet må være proporsjonalt.

EMD anser det ikke som tilstrekkelig at staten kan vise til at inngrepet lar seg begrunne i et tillatt formål. Staten må videre godtgjøre at inngrepet har vært ”absolutely necessary” (artikkel 2), ”necessary in a democratic society” (artikkel 8-11) eller tilsvarende innfortolkede formuleringer. Et krav om forholdsmessighet står sentralt ved EMDs vurderinger av inngreps konvensjonsmessighet,¹¹⁶ og som utgangspunkt foretar EMD en forholdsmessighetsvurdering av konvensjonsinngrep også der konvensjonsteksten ikke gir direkte anvisning på dette.¹¹⁷

Grensedragningen ved vurderingen av om inngrepet er nødvendig må selvsagt foretas i tilknytning til interessemotsetningen i den enkelte sak.¹¹⁸ Intensiteten i forholdsmessighetsvurderingen varierer med inngrepets styrke.

Ettersom frihetsberøvelse ved internering er et meget inngripende tiltak er det som utgangspunkt naturlig å anta at forholdsmessighetsvurderingen vil være inngående.

¹¹⁰ *Ibid.*, s. 54.

¹¹¹ Vevstad (red), s. 575.

¹¹² Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.

¹¹³ Vevstad (red), s. 576.

¹¹⁴ Dok 16 (2011-2012) side 117.

¹¹⁵ Aal, s. 154.

¹¹⁶ *Ibid.*, s. 156.

¹¹⁷ *Ibid.*, s. 155.

¹¹⁸ *Ibid.*

Som jeg vil vise til i den kommende drøftelsen følger det allikevel ikke nødvendigvis et krav til nødvendighet og forholdsmessighet ved internering av utlendinger.

Vernet som følger av EMK art. 5 er et vern mot vilkårlig frihetsberøvelse¹¹⁹ – retten til personlig frihet er derfor ikke absolutt – og konvensjonsmessige inngrep i friheten kan foretas. Det følger av ordlyden ” save in the following cases”.

Annet ledd bokstav f er det aktuelle grunnlaget for denne oppgavens formål.

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

Av ordlyden følger ingen ytterligere vilkår utover at frihetsberøvelsen må være lovlig og må skje i sammenheng med innreise uten tillatelse, eller i forbindelse med utsendelse eller utlevering. For denne oppgavens formål er det tilfellene av utsendelse som er relevante. Som beskrevet ovenfor er det allikevel slik at EMD ofte innfortolker et krav om forholdsmessighet.

Jeg vil først se på EMD sine vurderinger av artikkel 5 nr.1 bokstav f i interneringstilfeller av voksne utlendinger. Deretter ønsker jeg å undersøke avgjørelser om konvensjonsmessigheten av internering i situasjoner der barn er involvert. På denne måten vil man tydeligere kunne se endringen i domstolens krav til at interneringen er i tråd med EMK når det er mindreårige med i vurderingen. Samtidig vil de krav EMD stiller til internering av voksne selvsagt også gjelde for mindreårige.

EMD har presisert at det ikke stilles noe krav om unndragelsesfare eller andre særskilte grunner for fengsling i tilfeller under EMK artikkel 5 nr.1 bokstav f. Det er således ikke et krav at frihetsberøvelsen er nødvendig for å oppfylle andre formål enn selve utsendelsen.¹²⁰ En frihetsberøvelse begrunnet i bokstav f må oppfylle lovkravet, men utover dette er det tale om en nokså begrenset prøvelse av de nasjonale myndigheters avgjørelse om frihetsberøvelse.¹²¹ Frihetsberøvelsen skal likevel ikke være vilkårlig.¹²² Følgende sitat oppsummerer EMDs praksis:

¹¹⁹ EMDs dom 18. desember 1987. *Bozano v. France*, avsnitt 54.

¹²⁰ For eksempel i EMDs dom 15 november 1996, *Chahal v. Great Britain* avsnitt 112.

¹²¹ Kjølbros, s. 306, med referanse til blant annet EMDs dom 11 oktober 1983, *Zamir v. Great Britain*.

¹²² EMDs dom 29. januar 2008 *Saadi v the United Kingdom* (GC) avsnitt 66.

“Article 5 § 1(f) does not demand that detention be reasonably considered necessary, for example to prevent the individual from committing an offence or fleeing. Any deprivation of liberty under the second limb of Article 5 § 1(f) will be justified, however, only for as long as deportation or extradition proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 § 1(f).”¹²³

EMD har i flere saker understreket at konvensjonsmessigheten av fengsling etter art. 5 nr. 1 bokstav f, er avhengig av utsendelsesprosessen er i gang (“in progress”)¹²⁴, og at statene må følge opp aktivt (“proceedings are (...) prosecuted with due diligence”)¹²⁵. EMD presiserte i saken Raza mot Bulgaria due diligence kravet slik at det kreves ”vigorously” aktivitet fra myndighetens side for å få gjennomført utsendelsen.¹²⁶ Vilkåret om at staten må arbeide aktivt for å få utsendelsen gjennomført innebærer ikke at det kan oppstilles en generell tidsfrist for hvor lenge fengslingen kan vare eller for når selve utsendelsen senest må være gjennomført. Domstolen krever imidlertid at fengslingsperioden ikke skal være lenger enn hva som er rimelig å anse som nødvendig ut fra formålet.¹²⁷ Det kreves videre at det må være en realistisk mulighet for å få gjennomført utsendelsen.¹²⁸

I saken Saadi v. United Kingdom begynner EMD sin drøftelse av lovligheten av internering av en asylsøker, med å vise til artikkel 5 nr.1 bokstav b), d) og e) der domstolen har innfortolket et vilkår om at frihetsberøvelse kun er i overensstemmelse med konvensjonen dersom mindre inngripende tiltak ikke vil kunne benyttes – slik at et proporsjonalitetsprinsipp benyttes ved andre former for frihetsberøvelse. Domstolen konstaterer deretter at i interneringstilfellene er proporsjonalitetsvurderingen begrenset til å gjelde en vurdering av tidsmomentet: “The principle of proportionality apply to detention under Article 5 1(f) only to the extent that the detention should not continue for an unreasonable length of time”.¹²⁹

Videre la EMD vekt på ”the difficult administrative problems”¹³⁰ som Storbritannia var konfrontert med i den aktuelle perioden, med et høyt antall asylankomster. EMD uttalte at ”whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of

¹²³ EMDs dom 19. februar 2009 *A. and Others v. the United Kingdom* (GC) avsnitt 164.

¹²⁴ EMDs dom 8. Oktober *Mikolenko mot Estland*, avsnitt 60.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ EMDs dom 11. februar 2010 *Raza v. Bulgaria* avsnitt 73.

¹²⁷ EMDs dom 8. Oktober *Mikolenko mot Estland*, avsnitt 53.

¹²⁸ EMDs dom 8. oktober 2009 *Mikolenko v Estonia* avsnitt 59.

¹²⁹ EMDs dom 29. januar 2008 *Saadi v the United Kingdom* (GC) avsnitt 72.

¹³⁰ *Ibid.*, avsnitt 80.

aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory”.¹³¹

Domstolen har vært kritisert for å legge avgjørende vekt på statens behov for innvandringskontroll på bekostning av asylsøkeres rettigheter under konvensjonen.¹³² Allikevel har dette utgangspunktet for å vurdere konvensjonsmessigheten av internering av utlendinger vært gjentatt i flere dommer fra EMD.¹³³

I motsetning til andre grunnlag for frihetsberøvelse under EMK, slik som etter bokstav b, d, og e, prøver EMD altså ikke nødvendigheten og proporsjonaliteten av inngrep hjemlet i bokstav f).¹³⁴ I saker etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav f er det som utgangspunkt derfor heller ikke noe vilkår om at man først må vurdere andre mindre inngripende tiltak.¹³⁵ Internering av migranter trenger etter EMDs praksis ikke være en ”measure of last resort”. Staten må kunne vise til at lovkravet er oppfylt, men det fremkommer av EMDs praksis at det stilles få krav til forholdsmessigheten – kun angående tidsmomentet - for at interneringen anses konvensjonsmessig.¹³⁶

Sammenlignet med forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter norsk rett gir norsk rett bedre beskyttelse av voksne utlendinger. Som vist gjelder det et krav til nødvendighet og til at mindre inngripende tiltak er funnet utilstrekkelige, et tilsvarende krav kan ikke utledes av EMDs praksis.

De vilkår EMD har oppstilt for at internering skal være i overensstemmelse med konvensjonens artikkel 5 gjør seg selvsagt gjeldende også ved internering av mindreårige. Det interessante for denne oppgavens formål er at EMD i stor grad tar hensyn til barnets situasjon og sårbarhet i interneringstilfellene, og innfortolker ytterligere krav for at frihetsberøvelsen kan være i overensstemmelse med konvensjonen. I vurderingen av konvensjonsmessigheten av internering av mindreårige utlendinger ser det ut til at EMD legger seg på en linje der det er svært vanskelig for staten å internere mindreårige, især i tilfeller utover et meget kort tidsrom,

¹³¹ EMDs dom 15. juni 1996 *Chahal v. United Kingdom* avsnitt 73.

¹³² Harris mfl., s. 329.

¹³³ Se EMDs dom 15. juni 1996 *Chahal v. United Kingdom* avsnitt 113.

¹³⁴ Nicolay B. Johansen, Thomas Ugelvik, Katja Franko Aas (red.), *Krimigrasjon – den nye kontrollen av de fremmede*, Oslo 2013 s. 147.

¹³⁵ Se blant annet EMDs dom 29. januar 2008 *Saadi v. the United Kingdom* avsnitt 72.

¹³⁶ Adam Weiss og Esther Lie, “Detention of children”, *Journal of Immigration and Nationality Law*, 2012 vol. 26 no. 4 s. 349.

uten at det medfører brudd på enten art. 5, art. 3 eller art. 8 - sistnevnte faller det utenfor denne oppgaven å drøfte.

4.3 Kravet til forholdsmessighet ved internering av mindreårige

Det skjer et skifte i EMD sine vurderinger av forholdsmessigheten etter EMK art. 5 nr.1 f i tilfeller der barn interneres. Dette kan illustreres ved å se på praksis fra EMD der det ble konstatert krenkelse av art. 5 for de medfølgende barna, men ingen krenkelse av foreldrenes rettigheter under konvensjonen i samme situasjon.

I saken *Popov mot Frankrike*, som gjaldt en barnefamilie fra Kasakhstan som var internert i Frankrike, konstaterte domstolen krenkelse av artikkel 5 på bakgrunn av at staten ikke hadde vurdert om interneringen var ”a measure of last resort for which no alternative was available.”¹³⁷ For at inngrep skal anses forholdsmessig i tilfeller der barn interneres, må alternativer til internering ha vært vurdert og funnet utilstrekkelige. Dette utgangspunktet er for øvrig i tråd med barnekonvensjonens krav. Av dette kan man slutte at EMD inntar en barnesensitiv holdning til de rettslige spørsmålene. Internering av mindreårige kan kun være i overenstemmelse med konvensjonen dersom de interne myndigheter kan påvise at de har brukt tiltaket som en siste utvei, og bare etter at de faktisk har kontrollert at ingen andre tiltak som er mindre inngripende for friheten, kan iverksettes. Dette er prinsipielt annerledes enn utgangspunktet som fulgte av *Saadi mot Storbritannia*¹³⁸, samt den etterfølgende praksis om frihetsberøvelse av voksne utlendinger.

Videre uttalte domstolen i saken *Popov v France* at ”The Court thus finds that the French system did not sufficiently protect their (de medfølgende barnas) right to liberty. As regards the parents, however, the Court observes that Article 5 § 1 (f) does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary (...) Consequently, the Court finds that there has been a violation of Article 5 § 1 (f) of the Convention in respect of the children.”¹³⁹ Sitatet viser tydelig at nødvendigheten og forholdsmessigheten av interneringen blir gjenstand for prøving når mindreårige interneres. Dette utgangspunkt er senere blitt gjentatt av Domstolen.¹⁴⁰

¹³⁷ EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France*, 119.

¹³⁸ EMDs dom 29. januar 2008 *Saadi v the United Kingdom*, (GC).

¹³⁹ EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France*, 121.

¹⁴⁰ Se for eksempel EMDs dom 12. oktober 2006 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* og EMDs dom 12. juli 2016 *A.B and others v. France*.

Når det gjelder kravet til forholdsmessighet ved internering av mindreårige synes det som om kravene til vurderingen er sammenfallende mellom norsk rett og EMK. Som vist skal internering av mindreårige være tvingende nødvendig og foregå med hensyn til et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp, og skal tilsvarende etter EMKs praksis være ”a measure of last resort”.

4.3.1 Særlig om skjønnsmarginen

Når det gjelder rettigheter som åpner for inngrep slik som retten til frihet etter EMK art. 5 vil det, slik det er vist til ovenfor, foretas en avveining mellom inngrepet og de hensyn som begrunnet det.¹⁴¹

Læren om statenes skjønnsmargin - «margin of appreciation» - etter EMK omhandler spørsmålet om hvor inngående EMD prøver konvensjonsmessigheten av statlige inngrep. Jo snevrere skjønnsmargin staten tilkjennes, desto mer inngående foretar EMD en selvstendig vurdering. Jo videre EMD tolker rettighetene desto større spenning kan oppstå i forhold til statens behov for inngrep. For å møte disse utfordringene innrømmes nasjonalstatene i flere henseender en viss margin ved implementering og gjennomføring av menneskerettighetene.

Årsaken til dette er delt. Enkelte ganger handler det om at nasjonalstaten er nærmere til å vurdere nødvendigheten av et inngrep¹⁴², andre ganger om at EMD ikke er ment å være en overordnet instans som vurderer sakens realitet fullt ut, den såkalte fjerdeinstansdoktrinen.

En skjønnsmargin for staten er ikke ensbetydende med at staten står fritt til å definere omfang og innhold av en rettighet, men at Domstolen vil tillegge statens vurdering større eller mindre vekt beroende på en rekke variabler.¹⁴³ Samtidig forbeholder Domstolen seg det siste ord i en klagesak.¹⁴⁴

Omfanget av skjønnsmarginen varierer med ulike faktorer som rettighetens karakter, hvorvidt det foreligger en europeisk konsensus vedrørende den aktuelle rettigheten¹⁴⁵ og hvorvidt rettigheten er utpreget politisk. En sentral variabel er inngrepets styrke. Slik sett kan man se at skjønnsmarginen i stor grad følger de samme variabler som forholdsmessighetsvurderingen.¹⁴⁶ Når det kommer til skjønnsmarginen konvensjonsstatene

¹⁴¹ Aal, s. 157.

¹⁴² Det såkalte ”better placed argument”.

¹⁴³ Aal s. 159.

¹⁴⁴ Jf. for eksempel EMDs dom 26. april 1979 *Sunday times v. the United Kingdom*.

¹⁴⁵ Aal, s. 159.

¹⁴⁶ *Ibid.*

innrømmes ved internering av barn, er denne snever. Det skyldes de sterke hensyn som tilsier at vern av barns interesser i slike saker er av sentral betydning, og konsensusen om at barnets beste er et bærende prinsipp. Domstolens prøvingsintensitet øker derfor tilsvarende, mens det i interneringstilfeller knyttet til utlendingskontroll av voksne er vist til at staten er gitt en vid skjønnsmargin.

4.4 Barnekonvensjonens krav til nødvendighet og forholdsmessighet

Det følger av barnekonvensjonen artikkel 37 b at frihetsberøvelse av barn bare skal benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom.

Barnekomiteen har understreket at så langt det er mulig må staten finne alternativer til internering, som oppfyller barnets rett til frihet. Barnekonvensjonens artikkel 3 slår fast at for alle beslutninger som berører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Denne bestemmelsen medfører et skjerpet krav til forholdsmessighet i saker der man vurderer å pågripe eller fengsle barn. Hovedregelen må derfor være at uttransportering skal gjennomføres uten bruk av tvangsmidler.¹⁴⁷

I utgangspunktet vil vilkåret i norsk rett om “tvingende nødvendig” og “a measure of last resort” slik det praktiseres av EMD være i overenstemmelse med barnekonvensjonens krav.

4.5 Sammenfatning og vurdering

Både intern rett, barnekonvensjonen og EMD stiller altså særlige krav til proporsjonalitetsvurderingen når barn fengsles. Mindre inngripende tiltak må vurderes og være funnet utilstrekkelig for at internering kan finne sted. Barns særlig sårbare posisjon må vektlegges.

Spørsmålet er om dette etterfølges i praksis?

Husabø og Souminen har gjennomgått en rekke fengslingskjennelser for Trandum.¹⁴⁸

Utgangspunktet er, som påpekt tidligere, at fengsling av mindreårige kun kan skje dersom det er ”tvingende nødvendig”, jamfør straffeprosesslovens § 184 som også skal gjelde i utlendingssaker.¹⁴⁹ I saker som dreide seg om enslige mindreårige asylsøkere fant de at det var kun i halvparten av sakene de hadde gjennomgått at retten særskilt hadde nevnt dette

¹⁴⁷ Vevstad 2010, s. 575.

¹⁴⁸ Fengslingskjennelser i disse sakene ligger ikke tilgjengelig på lovdata.

¹⁴⁹ Prop.138 L (2010-2011) s. 54.

skjerpede kravet til forholdsmessighet.¹⁵⁰ Videre fant de at barnets beste kun var nevnt i halvparten av de aktuelle sakene.¹⁵¹ Husabø og Suominen viser til at når det gjelder fengsling av mindreårige sammen med foreldrene er praksis at det kun blir utferdiget en fengslingskjennelse mot foreldrene. Barna følger med foreldrene uten at dette formelt er en del av beslutningen. Dette medfører at barnets rettigheter hensyntas i mindre grad.

Dette er problematisk av flere årsaker; det er ikke dermed gitt at den skjerpede forholdsmessighetsvurderingen som mindreårige har krav på foretas, og det er heller ikke i tråd med barnekonvensjonens krav at barns rettslige stilling er avledet av foreldrenes. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette.

Departementet har påpekt at familier vanligvis slippes fra Trandum fremfor at det bes om en fengslingskjennelse fra retten dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelse.¹⁵² Som vist er dette allikevel ikke alltid tilfellet. Der uttransportering ikke kan skje omgående er det sentralt at forholdsmessighetsvurderingen tar opp i seg barnets iboende sårbarhet.

En kjennelse om forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 106 første ledd bokstav b ble avsagt i Borgarting lagmannsrett i 2016.¹⁵³ Kjennelsen er praktisk viktig i lys av at ankeutvalget i flere avvisninger har benyttet knappe standardformuleringer¹⁵⁴, der barna ikke er særskilt nevnt. Borgarting lagmannsretts kjennelse gjaldt en sak om internering av medfølgende mindreårige der verken Politiets utlendingsenhet eller tingretten hadde vurdert forholdsmessigheten etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b, jf. tredje ledd, jf. § 106 a jf. § 99. Lagmannsretten fant at det ikke var tilstrekkelig unndragelsesfare. PU og tingretten hadde heller ikke tatt hensyn til barnets beste i vurderingen av om fengslingen av familien var uforholdsmessig slik Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjonene artikkel 3 foreskriver. Lagmannsretten påpekte at internering av mindreårige må svare til vilkåret ”tvingende nødvendig” og at dette ikke var tilfelle i den aktuelle sak.

Hadde disse vurderingene vært rutinemessig foretatt, er det grunn til å tro at man i de sakene der barna har sittet over lang tid på Trandum ville ha kommet til at familiene skulle vært løslatt. Det er derfor grunn til å tro at lovteksten vil være i overensstemmelse med både EMK

¹⁵⁰ Husabø og Souminen, s. 28.

¹⁵¹ *Ibid.*, s 29.

¹⁵² Prop. 138 L (2010-2011) s. 54.

¹⁵³ LB-2016-126719

¹⁵⁴ Jf. f.eks. HR-2016-619-U.

og barnekonvensjonen, men at vurderingen om at internering må være ”tvingende nødvendig” ikke foretas når barn fengsles sammen med sine foreldre.

I denne sammenheng kan det også påpekes at forholdet til straffeprosessloven burde vært tydeligere regulert. Straffeprosessloven §§ 174-191 gjelder «så langt de passer» i utlendingssaker, jf. utlendingsloven § 106 tredje ledd. Dette har en side til vurderingen av forholdsmessigheten, i og med at vilkåret om at fengslingen skal være ”tvingende nødvendig” fremkommer i straffeprosessloven. Det ville vært heldig om dette fremkom av utlendingsloven selv.

Husabø og Souminen skriver at det: ”må være et minstekrav at lovgiver tar konkret stilling til hvilke paragrafer og ledd i straffeprosessloven som skal gjelde for tvangsmiddelbruken etter utlendingsloven”,¹⁵⁵ og argumenterer for at det vil gi best tilgjengelighet om de relevante regler omkring bruken av det aktuelle tvangsmiddelet fremgår direkte av hjemmelsloven selv.¹⁵⁶ Det vil samtidig medføre ytterligere trygghet for at barn kun fengsles i situasjoner der dette er tvingende nødvendig.

Et krav om at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom statens behov for utlendingsskontroll og barnets rett til frihet, fordrer videre at det aktuelle barnets situasjon vurderes konkret og at barnets sårbare posisjon skal vektlegges. I dette ligger at et hvert barn har krav på å bli behandlet som et selvstendig rettssubjekt. Jeg vil derfor vurdere i det følgende i hvilken grad dette oppfylles i interneringstilfellene. Kravet om at barn skal behandles som selvstendige rettssubjekter og en samvittighetsfull vurdering av forholdsmessigheten av interneringen henger tett sammen.

¹⁵⁵ Husabø og Souminen, s. 13.

¹⁵⁶ *Ibid.*

5 Barns stilling som selvstendige rettssubjekter

I det følgende vil jeg se på i hvilken grad barn behandles som selvstendige rettssubjekter i interneringstilfellene, samt hvilke implikasjoner dette kan ha for barnets prosessuelle rettigheter.

Det er i denne forbindelse grunn til å påpeke at det går som en rød tråd gjennom barnekonvensjonen at hvert enkelt barn er et selvstendig rettssubjekt med individuelle rettigheter.¹⁵⁷ Barnekomiteen understreker at bestemmelsene i konvensjonen har selvkraft og kan påberopes direkte. Det er derfor ikke tilstrekkelig at dagens praksis begrunnes med at det i normaltilfellene vil være til barnets beste å plasseres sammen med foreldrene på utlendingsinternatet¹⁵⁸ - en slik vurdering er avhengig av at det enkelte barn hensyntas. I forarbeidene til forskriften som regulerer Trandum fremkommer det at ”praksis hittil har vært at barnas opphold i utlendingsinternatet som den store hovedregel har vært avledet av rettslig kjennelse eller pågripelsesbeslutning mot foreldrene(...)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”.¹⁵⁹

Det er på denne bakgrunn grunn til å stille spørsmålsteget ved om det tas tilstrekkelig hensyn til at barn er selvstendige rettssubjekter når barn fengsles sammen med sine foreldre i Norge. Et eksempel på dette er vurderingen av unndragelsesfaren.

Etter ordlyden i § 106 må det foreligge konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil søke å unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket.

Det vil sjelden være slik at det foreligger holdepunkter for å konstatere unndragelsesfare for barn. Det er unndragelsesfaren knyttet til foreldrene som vurderes. Det skjer dermed ikke en selvstendig vurdering av barnet. Det anses i denne sammenheng at det er til barnets beste å fortsatt være med sin familie. Barna blir således identifisert med sine foreldre uten at det foretas en individuell prøving av om det foreligger «konkrete holdepunkter» for unndragelsesfare for barnet selv.

¹⁵⁷ Husabø og Suominen, s. 50.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 28 (2006-2007), pkt. 3.5.7 ”særlig om barns rettigheter”.

Dette innebærer at barnet ikke får en selvstendig vurdering. Det er unndragelsesfaren knyttet til foreldrene som blir avgjørende. Dette vil også ha en side til legalitetsprinsippet – er lovens vilkår for å internere oppfylt når man ikke kan si at det er grunn til å tro at barnet vil forsøke å unndra seg?

Videre gis foreldrene partsrettigheter, de lege ferenda er det grunnlag for å hevde at barnet må ha tilsvarende rettigheter.

I Maria-dommen ble dette temaet tatt opp. Spørsmålet var om datteren hadde rettslig interesse i å få overprøvd utsendelsesvedtaket rettet mot moren, og det ble i sammenheng med dette påpekt at barnet burde vært part i saken fra begynnelsen. Høyesterett påpeker at utlendingsloven ikke har egne bestemmelser om hvem som er part i et utvisningsvedtak. Den alminnelige regelen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e sier at «part» er den «som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Staten mente på denne bakgrunn at datteren ikke hadde rettslig interesse i å overprøve vedtaket. Høyesterett var ikke enig i dette og uttalte “Utvisningsvedtaket retter seg mot A. Men det griper også inn i Bs familieliv med moren. Det utfordrer dessuten omsorgssituasjonen på en måte som kan få helt grunnleggende betydning for Bs oppvekst og fremtid. Hun befinner seg derfor i en slik situasjon som lovens ordlyd beskriver - saken gjelder B direkte. Og hun er, så vidt jeg kan forstå dette, også berørt slik man må ha hatt i tankene da forvaltningslovens partsdefinisjon ble utformet.”¹⁶⁰ Høyesterett bemerket på dette grunnlag at B skulle vært part i saken fra begynnelsen av.

Denne saken gjaldt et utvisningsvedtak rettet mot barnets mor. Det er allikevel prosessuelt sett mange av de samme hensyn som gjør seg gjeldende i interneringstilfellene; beslutningen rammer barnet direkte, selv om beslutningen som utgangspunkt ikke dreier seg om barnet. Barnets rettslige stilling bør derfor ikke være avledet av foreldrenes.

Også Barneombudet har uttrykt bekymring for dagens praksis og uttalt :

”Det vi er mest bekymret for nå er at barna ser ut til å bli behandlet for mye som foreldrenes ”bagasje”. Foreldrenes unndragelsesfare blir utslagsgivende og ikke hensynet til barna”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Rt.2015 s. 93

¹⁶¹ NOAS, Frihet først – En rapport om alternativer til internering s. 105.

Flere andre instanser har også vært kritiske til at barn kan fengsles sammen med foreldrene uten at de er subjekt for fengslingskjennelsen.¹⁶²

Videre følger det av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at det må gjøres en konkret vurdering av hva som er barnets beste i alle handlinger som berører barn.¹⁶³ En slik vurdering forutsetter at mindreårige behandles som selvstendige rettighetshavere. Også i intern rettspraksis er det understreket at barnets interesser – hensynet til barnets beste - skal ha stor vekt. I en vurdering av hva som er det beste for barnet, er det alltid nødvendig å se på de konkrete omstendigheter og gjøre en individuell vurdering av dette barnets situasjon.¹⁶⁴

5.1 Er internering til barnets beste?

I en oppfordring til medlemsstatene har Barnekomiteen bedt medlemstatene om å ”cease the detention of children on the basis of their immigration status”.¹⁶⁵ Som beskrevet overfor mente Sivilombudsmannen at Trandum var et uegnet sted for barn, og kunne virke angstskapende og hemmende på normal utvikling. I kontrast til dette er det i intern rett en presumsjon for at fengsling av medfølgende barn er til barnets beste.

Som vist til i drøftelsen av vekten av barnets beste er dette ikke det eneste hensynet, og det er heller ingen automatikk at dette hensynet skal tillegges avgjørende vekt. Hensynet til innvandringsregulerende forhold står sentralt og kan etter forholdene ha gjennomslagskraft i norsk rett.¹⁶⁶

En vurdering av hva som er til barnets beste krever allikevel en konkret og individuell vurdering av det enkelte barnets situasjon.¹⁶⁷ Det er selvsagt et moment av stor vekt at foreldrene blir internert og at det som utgangspunkt er det beste for et barn å unngå å skilles fra sine foreldre. Allikevel kan det ikke være nok å konkludere med dette uten å ta hensyn til det enkelte barnets situasjon. En forholdsmessighetsvurdering må være konkret dersom den skal ha noen grad av realitet. I dette ligger også at det skal tas hensyn til det enkelte barnets stemme. Nært knyttet til retten til at barnets beste skal vurderes og vektlegges er barnets rett til å bli hørt.

¹⁶² 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.

¹⁶³ Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg (red.), s. 54.

¹⁶⁴ Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg (red.), s.304.

¹⁶⁵ <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/DGD2012ReportAndRecommendationpdf>

¹⁶⁶ Jf. for eksempel Rt .2009 s. 1261.

¹⁶⁷ Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg (red.), s.310.

5.1.1 Barnets rett til å bli hørt – barnekonvensjonens artikkel 12

Etter barnekonvensjonens artikkel 12 skal barn høres i forhold som vedrører dem fra de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Det presiseres videre at barnets synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Prinsippet er nå grunnlovsfestet i § 104.

Alle barns rett til å bli hørt er en av de grunnleggende verdiene i konvensjonen.

Barnekomiteen har slått fast at artikkel 12 utgjør et av de fire generelle prinsippene i konvensjonen – sammen med retten til ikke-diskriminering, retten til liv og utvikling og prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn - noe som understreker det faktum at denne artikkelen ikke bare etablerer en rettighet i seg selv, men at den også skal tas hensyn til ved fortolkningen og gjennomføringen av alle andre rettigheter.¹⁶⁸

Artikkel 12 nr. 2 slår fast at barnet særlig skal ha rett til å bli hørt i enhver rettslig eller administrativ saksbehandling som angår barnet.¹⁶⁹ Art. 12 er slik sett en prosessuell rettighet.

Denne retten blir ikke oppfylt når barnet medfølger foreldrene i fengslingskjennelsen, og ikke vurderes individuelt. En betingelse for at barns prosessuelle rettigheter gjennomføres er at de anerkjennes som selvstendige rettssubjekter.

Manglende vurdering av barnets situasjon kan etter EMDs praksis også innebære brudd med prosessuelle garantier under EMK art. 5. Jeg vil spesielt se på retten til å anlegge sak for å illustrere dette.

5.2 En særskilt prosessuell rettighet – retten til å anlegge sak

Barnekonvensjonen artikkel 37 d) gir barn stilling som selvstendige rettssubjekter og fastslår at: ”ethvert barn som er berøvet sin frihet, skal ha rett til omgående juridisk og annen egnet bistand, samt rett til å prøve lovligheten av frihetsberøvelsen for en domstol eller annen kompetent, uavhengig og upartisk myndighet og til å få en rask avgjørelse på en slik sak”.

I EMK art. 5 nr. 2 til nr. 5 er det fastsatt nærmere krav til fremgangsmåten ved fengsling og følgene av den. Enhver som er berøvet sin frihet, har rett til å anlegge sak slik at lovligheten av fengslingen i hans tilfelle raskt ("speedily") skal bli avgjort av en domstol, jf. EMK art. 5 nr. 4.

¹⁶⁸ FNs komité for barnets rettigheter, *General Comment no. 12* (2009), s. 5

¹⁶⁹ *Ibid*,

EMD har tatt stilling til dette i tilfeller av internering av medfølgende mindreårige. Selv om Domstolen ikke har konkludert med at det ikke forelå hjemmel for å frihetsberøve barn, har den i flere tilfeller konstatert brudd på retten til å anlegge sak om lovligheten av fengslingen. I den tidligere omtalte saken *Popov v France*¹⁷⁰ uttalte EMD om dette:

”(...)children “accompanying” their parents find themselves in a legal vacuum, preventing them from using any remedies available to their parents. (...) there had been no order of the prefect for their removal that they could have challenged before the courts. Similarly, there had been no decision ordering their placement in administrative detention and the liberties and detention judge was therefore unable to review the lawfulness of their presence in the administrative detention centre.”

I dette ligger at det ikke var mulig å overprøve vurderingene foretatt av barnas situasjonen i og med at den ikke var hensyntatt i første omgang.

Dermed fant domstolen at ”Accordingly, there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention in respect of the children.”¹⁷¹

I saken *R.M mot Frankrike* konkluderte domstolen i motsatt retning, slik at krenkelse ikke forelå. Domstolen tar utgangspunkt i sitt eget resonnementet i *Popov mot Frankrike*, men viser til at i dette tilfellet hadde domstolen tatt hensyn til at det var medfølgende barn som ble internert som følge av beslutningen rettet mot foreldrene, og allikevel vurdert det slik at interneringen måtte finne sted. Når dette er gjort konkluderer EMD med at barnets rett til å kunne overprøve avgjørelsen er til stede.¹⁷² Det samme ble resultatet i saken *A.M and others v France*, med samme begrunnelse.¹⁷³

Motsatt resultat kom domstolen til i saken *A.B og andre mot Frankrike*. I dette tilfellet med begrunnelsen om at da vedtaket om internering av foreldrene ble reist for første gang hadde dommeren uttalt at argumenter knyttet til tilstedeværelsen av barnet ikke kunne tillegges vekt, ettersom vedtaket kun angikk foreldrenes personlige situasjon. Barnas forhold hadde vært tatt hensyn til av andre instansen, men da kun begrenset til en vurdering av om de materielle fengslingsforholdene var egnet, og ikke om mindre inngripende tiltak kunne vært benyttet.

¹⁷⁰ EMDs dom *Popov v France*, avsnitt 124.

¹⁷¹ *Ibid.*, avsnitt 125.

¹⁷² EMDs dom 12. juli 2016 *R.C. and V.C. v. France*.

¹⁷³ EMDs dom 12. juli 2016 *A.M and others v. France*.

Det var derfor ikke vurdert om fengslingen var nødvendig. På denne bakgrunn konstaterte domstolen krenkelse av EMK art. 5 nr. 4 for barna.

I denne sammenheng kan det nevnes at Husabø og Souminen foreslo følgende lovendring i sin rapport på bestilling fra justisdepartementet: Det ene forslaget gikk på at det enten kan kreves at det gjøres en selvstendig pågripelsesbeslutning for det enkelte barn og at vilkårene for pågrepelse må være oppfylt for hvert enkelt av familiemedlemmene uansett alder.

Innvendingen mot dette er at det vil være lite realitet i å vurdere pågrepelse av et mindre barn i lys av de alminnelige vilkårene for pågrepelse og fengsling i utlendingssaker - det vil for eksempel ikke være nærliggende å konstatere unndragelsesfare.¹⁷⁴

Det andre alternativet som foreslås er å utforme en lovregel som tillater at en pågripelsesbeslutning eller fengslingskjennelse også omfatter utlendingens barn. Da må det samtidig kreves at beslutningen omfatter en selvstendig vurdering av om det vil være til barnets beste, samt at det fremgår av beslutningen at en selvstendig vurdering av barnets situasjon er foretatt og at det skjerpede kravet til forholdsmessighet er hensyntatt.¹⁷⁵ Dette siste forslaget er etter min mening godt da det vil ivareta barnets rett til å vurderes selvstendig og synliggjøre at denne vurderingen skal foretas før en eventuell internering kan finne sted. Dette forslaget til lovendring vil også være mer optimalt i henhold til legalitetsprinsippet. En konkret vurdering av barnets situasjon vil også kunne medføre at man ikke internerer barn over et lengre tidsrom, noe som i sin tur kan medføre at interneringen kommer i konflikt med vernet mot nedverdiggende og umenneskelig behandling.

¹⁷⁴ Husabø og Souminen, s. 40.

¹⁷⁵ *Ibid.*

6 Vernet mot nedverdiggende behandling

6.1 Grunnlovsfesting av vernet

Med grunnlovsrevisjonen i 2014 ble forbudet mot ”Pinligt Forhør” i den opprinnelige § 96 utvidet. Det følger nå av Grunnlovens § 93 annet ledd at ingen må utsettes for tortur eller nedverdiggende behandling. Bestemmelsen er utformet på bakgrunn av EMK artikkel 3.¹⁷⁶ Den generelle forutsetningen ved grunnlovsfestingen av menneskerettighetene var ikke å utvide menneskerettighetene, men å stadfeste de etablerte rettigheter etter EMK og SP i Grunnloven.¹⁷⁷ Så også for vernet mot tortur og nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3. Det var derfor forutsatt ved vedtagelsen at bestemmelsen skal tolkes i lys av EMD-praksis på området, og det er presisert i forarbeidene at § 93 annet ledd ”vil bringe torturforbudet i Grunnloven på linje med forbudet i EMK artikkel 3”.¹⁷⁸ Av den grunn vil vernet i den videre fremstilling kun utledes i lys av EMK artikkel 3.

6.2 Vernet etter EMK art. 3

Det følger av EMK artikkel 3 at ”Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”.

Artikkel 3 regulerer en av de mest sentrale sivile rettigheter og det er derfor forutsatt at EMK vil foreta en inngående kontroll og intensiv prøving av hvorvidt rettigheten er krenket.¹⁷⁹ Konvensjonens artikkel 3 er uttrykk for en verdi av sentral betydning i et demokratisk samfunn; forbudet er anerkjent som et grunnleggende rettsstatsprinsipp.¹⁸⁰ Rettigheten verner noe av det mest sentrale ved mennesket; dets iboende verdi og verdighet.

I motsetning til de fleste av konvensjonsrettighetene under EMK som åpner for inngrep, unntak og begrensinger, er forbudet mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling absolutt.¹⁸¹ I dette ligger at en stat aldri kan foreta et konvensjonsmessig inngrep i disse rettighetene – ethvert inngrep er en krenkelse. Selv ikke under de mest krevende omstendigheter, slik som ved offentlige faretilstander jf. EMK art. 15¹⁸², vil inngrep være tillatt. Forbudet gjelder uavhengig av offerets egen adferd eller handlinger.

¹⁷⁶ Aal, s. 185.

¹⁷⁷ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 48.

¹⁷⁸ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 109.

¹⁷⁹ Aal, s. 212.

¹⁸⁰ *Ibid.*, s. 201.

¹⁸¹ Kjølbro, s. 201.

¹⁸² *Ibid.*, s. 201.

Artikkel 3 sonderer mellom tortur, umenneskelig behandling og nedverdiggende behandling. Disse tre begrepene gir uttrykk for varierende grad av grovhet, der tortur er den grovste form for behandling eller straff, umenneskelig behandling er mindre grov, og nedverdiggende behandling er den nedre terskelen for at en behandling eller straff er i strid med konvensjonen.¹⁸³ De ulike begrepene er dels overlappende, dels har de ulikt fokus. Med tortur fokuseres det i større grad på normalt smertefulle handlinger som bryter mennesket ned fysisk og psykisk. Med nedverdiggende og umenneskelig behandling er det fysiske smerteelementet mindre fremtredende, og det fokuseres i større grad på handlinger som virker krenkende og fornedrende på offeret.¹⁸⁴

EMD har aldri vurdert internering som tortur, men har derimot i flere tilfeller betegnet internering som både nedverdiggende og umenneskelig behandling.¹⁸⁵ For denne avhandlingens formål er det derfor hovedsakelig av interesse hva EMD har ansett for å være umenneskelig og nedverdiggende behandling i konvensjonens forstand.

6.2.1 Når er en behandling umenneskelig eller nedverdiggende i konvensjonens forstand

Domstolen har ansett en behandling for å være umenneskelig når den har medført kroppslig skade, eller sterk psykisk eller mental lidelse.¹⁸⁶ Behandling er blitt kategorisert som nedverdiggende som følge av at den har påført offeret en følelse av frykt, angst eller underlegenhet av en slik karakter at behandlingen er egnet til å ydmyke og fornedre offeret og nedbryte offerets fysiske eller psykiske motstand.¹⁸⁷

Det er relevant for vurderingen om formålet med handlemåten har vært å ydmyke og nedverdige offeret, men en behandling av en person kan være i strid med artikkel 3 uten slik hensikt.¹⁸⁸ I saken *Poltoratskiy mot Ukraina*¹⁸⁹, som gjaldt fengslingsforhold i Ukraina, var den nedre terskel overskredet selv om det ikke hadde vært myndighetenes hensikt å ydmyke klageren.¹⁹⁰

¹⁸³ *Ibid.* s 201.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Se for eksempel EMDs dom 12. juli 2016 *A.B and others v France*, EMDs dom 12. juli 2016 *R.M and others v. France*, og EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France*.

¹⁸⁶ Se for eksempel EMDs dom 26. oktober 2000 *Kudla v. Poland* avsnitt 92

¹⁸⁷ Kjølbros, s. 201 under henvisning til EMDs dom 26. oktober 2000 *Kudla v. Poland* avsnitt 92, EMDs dom 11. juli 2006 *Jalloh v. Germany* avsnitt 68.

¹⁸⁸ Kjølbros, s. 202 med henvisning til EMDs dom 19. april 2001 *Peers v. Greece* avsnitt 74, EMDs dom 11. juli 2006 *Jalloh v Germany* avsnitt 68.

¹⁸⁹ EMDs dom 29. april 2003 *Poltoratskiy v. Ukraine*.

¹⁹⁰ Aal, s. 197.

Domstolen har ved flere anledninger konstatert at for at et tilfelle kan sies å falle inn under artikkel 3 sitt virkeområde må behandlingen vedkommende er utsatt for overstige et visst minimum av intensitet; ”must attain a minimum level of severity”.¹⁹¹ I dette ligger også at intensiteten må overstige den uunngåelig lidelse og ydmykelse som er forbundet med den aktuelle konvensjonsmessige frihetsberøvelse.¹⁹²

Hvordan dette minimumsnivå fastsettes av Domstolen avhenger av alle sakens omstendigheter slik som varigheten og karakteren av behandlingen, dens tidsmessige utstrekning, dens fysiske og psykiske påvirkninger, samt den krenkedes alder, kjønn og helsetilstand.¹⁹³

6.2.2 Når er internering av mindreårige umenneskelig eller nedverdiggende behandling

EMD har gjentatte ganger funnet at internering av mindreårige har medført konvensjonsbrudd.¹⁹⁴ I disse sakene har EMD konstatert krenkelse av vernet mot nedverdiggende og umenneskelig behandling hovedsakelig på grunnlag av en kombinasjon av fire faktorer; barns sårbarhet, barnas lave alder, varigheten av forvaringen og de angjeldende lokalenes uegnethet for barn.

Avgjørelser fra EMD om dette viser at mer enn kortvarig internering av mindreårige vanskelig kan være i overensstemmelse med konvensjonen. Domstolen understreker gjennomgående i disse dommene at utgangspunktet for vurderingen er barnets sårbare posisjon. EMD har videre understreket behovet for at enhver frihetsberøvelse av barn må kunne rettferdiggjøres under hensyn til prinsippet om barnets beste slik det fremkommer i barnekonvensjonen artikkel 3.¹⁹⁵

I saken *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia* konstaterte EMD krenkelse av artikkel 3 på bakgrunn av at et barn på fem år var internert i tre måneder alene, uten sine foreldre. Hun var plassert på et internat for voksne, og som ikke var tilpasset for barn. Domstolen la avgjørende vekt på barnets ekstreme sårbarhet i situasjonen. Situasjonen var unektelig spesiell, men også i tilfeller der barn er internert sammen med sine foreldre i

¹⁹¹ EMDs dom 25. mai 1998 *Kurt v. Turkey* avsnitt 133.

¹⁹² Kjølbro, s 202.

¹⁹³ Kjølbro, s. 202 med henvisning til EMDs dom 16. desember 1997 *Raninen v. Finland* avsnitt 55, EMDs dom 25. september 1997 *Aydin v. Turkey* avsnitt 84.

¹⁹⁴ EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France*, EMDs dom 19. januar 2010 *Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*, EMDs dom 5. april 2011 *Rahimi v. Greece*.

¹⁹⁵ Dette ble bekreftet i EMDs dom 5. april 2011 *Rahimi v. Greece*.

tilpassede fasiliteter har domstolen funnet interneringen å være en krenkelse av vernet under artikkel 3.

EMD tok stilling til et slikt tilfellet i saken *Muskhadzhiyeva mot Belgia*.¹⁹⁶ Saken gjaldt tre barn som var internert sammen med sin mor. Internatet var i dette tilfellet tilpasset også for barn, med separat familieavdeling. EMD understreket at til tross for dette, vil et utlendingsinternatet ikke være et egnet sted for barn. Det faktum at barna var sammen med sin mor gjorde ikke at synspunktene fremmet i *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia*¹⁹⁷ mistet sin relevans.

Det faktum at barna er sammen med sine foreldre er altså ikke tilstrekkelig til å unngå krenkelse av art. 3. Barna vil uansett være i en utsatt og sårbar posisjon og dette må danne utgangspunktet for en vurdering av om interneringen er konvensjonsmessig. EMD har uttalt følgende om betydningen av sårbarheten til barn i disse tilfellene:

”the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of an irregular immigrant.(...)To be sure, children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status.”¹⁹⁸ EMD har videre lagt vekt på at internering i seg selv er en stor påkjenning for barn og kan være angstskapende og skade barnets utvikling.

Påkjenningen knyttes altså til selve kjerneelementene i beskrivelsen av umenneskelig behandling: angst og følelse av avmakt og underlegenhet.

EMD har videre understreket at barnekonvensjonen må hensyntas i vurderingen:

“As regards minors, more specifically, the Court observes that the international Convention on the Rights of the Child provides in Article 37 that “every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age”.¹⁹⁹

EMD avsa i løpet av sommeren 2016 fem dommer mot Frankrike angående internering av medfølgende barn. Samtlige av dommene er enstemmige når det gjelder de påståtte krenkelser av artikkel 3 på medfølgende barns vegne, og bekrefter tidligere praksis fra domstolen.

¹⁹⁶ EMDs dom 19. januar 2010 *Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*.

¹⁹⁷ EMDs dom 12. Oktober 2006 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*.

¹⁹⁸ EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France*, avsnitt 91.

¹⁹⁹ EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France*.

EMD er etter dette tydelig i sin vurdering. Når myndigheter, i påvente av utsendelse av utenlandske småbarn, fengsler dem med foreldrene, er det stor risiko for at barnas vern mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling krenkes. Kun unntaksvis representerer internering ikke et brudd på artikkel 3, og dette gjelder kun når interneringen er kortvarig.²⁰⁰ I avgjørelsene mot Frankrike varte fengslingen i de fem ulike tilfellene fra syv til atten dager.

Barna hadde i de aktuelle dommene vært fengslet i «barnevennlige internater». Domstolen bemerket at også de ikke-statlige organisasjonene som erklærte partshjelp for barna, har erkjent at, til forskjell fra det som var tilfelle i tidligere saker, var de materielle forholdene i senteret tilfredsstillende.²⁰¹

Med disse dommene synes det som om EMD ikke legger nevneverdig vekt på at lokalene er beregnet for barn. Domstolen konstaterer at de materielle fengslingsforholdene er blant dem som er godkjent for å motta familier. Myndighetene hadde sørget for å atskille familier fra andre innsatte, og å gi dem rom med spesielt utstyr slik at de materielle forholdene var gode. Samtidig var ikke forholdene optimale. Domstolen la vekt på at utlendingsinternatene lå nær lufthavner med støy fra flytrafikk, at de var bemannet med uniformerte politifolk, at det var støy fra innsatte i voksenavdelinger nær familieavdelingene og at barna var innelåste med fortvilte foreldre og sin egen uro. EMD ser på realitetene og konkluderer slik jeg ser det med at selv om det finnes ulik grad av tilrettelegging av forholdene i fengselet, kan intet fengsel være "barnevennlig".

Domstolen vurderer det slik at de tvangsfaktorene som er iboende for et sted der man er frihetsberøvet er spesielt tyngende for barn.²⁰²

Allikevel vurderer EMD at slike forhold, selv om de nødvendigvis er kilder til usikkerhet og kan virke angstskapende, ikke ved helt kortvarige opphold vil være å anse som nedverdiggende behandling i konvensjonens forstand. EMD understreker at utover en kort periode vil internering av barn medføre nedverdiggende behandling av en art som overskrider minstekravet til alvorlighetsgrad og medfører en krenkelse av EMK art. 3.²⁰³

²⁰⁰ EMDs dom 12. juli 2016 *A.B and others v France*.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.* avsnitt 114.

²⁰³ *Ibid.* avsnitt 114.

Samtidig kan internering av mindreårige også i helt kortvarige perioder medføre krenkelse. I saken *Rahimi v. Greece*²⁰⁴ konstaterte EMD krenkelse av artikkel 3 som følge av at fengslingsforholdene i seg selv var så kummerlige at de undergravde ”the very essence of human dignity”²⁰⁵ og at dette - uavhengig av interneringens tidsmessige utstrekning - var en krenkelse av vernet mot nedverdiggende behandling.

I samtlige av sakene som har vært prøvd om dette temaet legger EMD avgjørende vekt på at barn har spesifikke behov ettersom deres alder og uselvstendighet gjør at de er i en mer sårbar og utsatt posisjon.²⁰⁶ Domstolens vurderinger av om forholdene er umenneskelige og nedverdiggende tar opp i seg barnets iboende sårbarhet og dette blir også det sentrale grunnlaget for å konstatere krenkelse av artikkel 3.

Dette illustreres ved at EMD i samtlige av disse tilfellene konstaterer krenkelse av artikkel 3 for barna, men ingen tilsvarende krenkelse for foreldrene.

6.2.3 Norsk interneringspraksis vurdert i lys av EMK artikkel 3

EMD har gjennomgående konstatert krenkelse av artikkel 3 i de tilfeller av internering av barn som har vært oppe for domstolen. EMD har ikke gått så langt som å uttale at internering av barn alltid vil være nedverdiggende behandling ifølge artikkel 3, men det er samtidig vanskelig å se - ut i fra den praksis som foreligger - i hvilke tilfeller slik internering vil være i overenstemmelse med konvensjonen. Det er etter EMDs praksis ikke tilstrekkelig at internatet har fasiliteter tilpasset barn, siden tidsmomentet ofte har vært av avgjørende betydning.

Dommene har direkte overføringsverdi til norske forhold. Sivilombudsmannen trekker i sin rapport²⁰⁷ fram de samme momentene som EMD gjør i dommene; det er ikke tilstrekkelig at Trandum har en egen familieavdeling. Det vil likevel være til stede støy, uniformerte ansatte, urolige forhold, traumatiserende hendelser, engstelige foreldre og de iboende tvangselementer som preger et slikt sted.

Ut i fra disse momentene vil konklusjonen mest sannsynlig bli den samme når fengslingen av barn på Trandum skal opp i EMD. Forholdene på Trandum vil ikke i seg selv være av en slik karakter at konvensjonskrenkelse foreligger, men det er ikke avgjørende. Varigheten er i denne sammenhengen det vesentlige momentet. I de fem dommene vist til ovenfor strakk

²⁰⁴ EMDs dom 5. april 2011 *Rahimi v. Greece*.

²⁰⁵ EMDs dom 13. juli 2006 *Popov v. France* avsnitt 90.

²⁰⁶ *Ibid.* avsnitt 110.

²⁰⁷ <https://www.sivilombudsmannen.no/pressemeldinger/sivilombudsmannen-er-kritisk-til-behandlingen-av-internerte-ved-trandum-article4134-3004.html>

interneringen seg over 7-18 dager. Det er grunn til å påpeke at det som hovedregel skjer hurtig uttransportering av barnefamilier fra Trandum, men dette er ikke alltid tilfellet. I den aktuelle saken som skal opp til behandling i EMD varte interneringen i nærmere fire uker. Etter min vurdering er det sannsynlig at EMD vil konstatere krenkelse. Sett i lys av foreliggende konvensjonspraksis er det derfor overraskende at den norske stat ved lovgivende myndighet ikke allerede har søkt å endre lovverket. Videre er det overraskende at utøvende myndighet ved Regjeringen, og konkret i de aktuelle sakene ved Regjeringsadvokaten, inntar det standpunkt de gjør i sakene. Det er også overraskende at domstolene som utøvende myndighet ikke har endret praksis eller på annen måte forsøkt å reparere krenkelsen.

På denne bakgrunn er det sterkt ønskelig å lovfeste en kort maksimumsfrist for hvor lenge barn kan interneres. Slik som reglene er utformet nå er det 18 måneder som er maksimal fengslingstid. Det følger av utlendingsloven § 106 femte ledd: ”Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Fengsling for å forberede og gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføringen av utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter. Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon”. Dette er utvilsomt uforenlig med vernet barn har etter EMK artikkel 3.

Det har vært fremmet forslag om å innføre maksimumsgrense på fengslingen både fra Redd Barna og Barneombudet.²⁰⁸ Departementet fant det likevel ”ikke hensiktsmessig å lovfeste Barneombudets og Redd Barnas forslag om å innføre en absolutt grense for barns opphold på 48 timer”.²⁰⁹

Jeg mener presumsjonen man opererer med i disse sakene, om at internering er til ”barnets beste”²¹⁰, vanskelig kan opprettholdes når EMD konkluderer med at internering av barn faller inn under artikkel 3 om nedverdiggende behandling. Disse to er grunnleggende uforenlige. Dette illustrerer også viktigheten av at barnets situasjon vurderes selvstendig: På tross av at frihetsberøvelsen kan være i overensstemmelse med artikkel 5 må det vurderes fortløpende at interneringen ikke medfører en nedverdiggende eller umenneskelig behandling av den mindreårige. Dette vil også henge sammen med forholdsmessighetsvurderingen beskrevet

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 28 (2006-2007), punkt 3.5.3.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*, s. 14.

ovenfor. Som understreket er denne konvensjonsrettigheten absolutt og en frihetsberøvelse begrunnet i innvandringsregulerende hensyn vil ikke kunne rettferdiggjøre et slikt inngrep.

Unntaksfrie rettigheter må håndheves av domstolene uansett hvor tungtveiende hensyn som taler for inngrepet.²¹¹

²¹¹ Aal, s. 155.

7 Avsluttende bemerkninger

Gjennom denne avhandlingen har jeg undersøkt medfølgende mindreåriges rettsstilling ved internering ved å se på lovkravet, kravet til forholdsmessighet, barns stilling som selvstendige rettssubjekter, samt vernet mot nedverdiggende behandling.

Min vurdering er at praksis med internering av mindreårig er i overenstemmelse med menneskerettighetene kun dersom tiltaket benyttes som en siste utvei, og kun i et kortvarig tidsrom. Optimal praksis vil imidlertid være å unngå at internering av mindreårige forekommer.

FNs spesialrapportør for migranters menneskerettigheter uttalte i forbindelse med verdens migrasjonsdag 18. desember at :”States need to have their priorities clear: the protection of children and youth (...)are more important than the protection of borders”.²¹² Deres anbefaling og formaning er at stater aldri internerer mindreårige på bakgrunnen av deres status som immigrant.

Foreløpig ser det ikke ut til at Norge vil legge seg på en slik linje, men regjeringen har uttalt at den vil vurdere fotlenke som alternativ til fengsling.²¹³ Dette reiser selvsagt egne juridiske problemstillinger, men det er som utgangspunkt positivt at alternativer til internering vurderes, og det vil være ønskelig at dette implementeres til erstatning for frihetsberøvelse.

Det mest kritikkverdige ved dagens praksis er de tilfeller der barnefamilier blir sittende på Trandum over lengre perioder. Som jeg har beskrevet ovenfor vil en presumsjon for at internering er til barnets beste bli helt meningsløs dersom interneringen samtidig kan være å anse som nedverdiggende eller umenneskelig behandling. Å verne mindreårige mot slik behandling er både en rettslig og moralsk forpliktelse, og må være et minstekrav for Norge som ofte betegnes som et foregangsland på menneskerettighetens område. Staten har selvsagt et reelt behov for å sikre effektive returordninger, men dersom det ikke er mulig å gjennomføre hurtig uttransportering er man nødt til å se på andre løsninger. Det mest sentrale må derfor etter min mening være å få på plass et system der barnefamilier løslates dersom de må være på Trandum i mer enn 24 timer.

Barnets rettsikkerhet må styrkes ved at fengslingskjennelsen også omfatter den mindreårige; det er barnet som må stå i sentrum av forholdsmessighetsvurderingen – en vurdering av om en

²¹² <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21026&LangID=E>

²¹³ <http://www.dagbladet.no/nyheter/regjeringen-vil-vurdere-fotlenker-for-asylsokere/66594754>

familie kan interneres må starte med barnet. Hadde dette vært gjort er det nærliggende å tro at Norge nå ikke ville vært innklaget for EMD, samt at færre barnefamilier ville oppholdt seg på Trandum i mer enn ett døgn. Statens legitime innvandringskontroll må ikke skje på bekostning av statens forpliktelse til å verne og sikre rettighetene til ethvert barn som befinner seg på dets territorium.

Antall ord: 17080.

8 Kildeliste

8.1 Lover

Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814

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

Lov 15. mai 2009 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av (utlendingsloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

8.2 Forskrift

Forskrift 23. desember 2009 nr. 1890 om politiets utlendingsinternat

8.3 Forarbeider

Dok. Nr. 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov

NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker

Ot.prp nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp. nr.45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot.prp. nr 28 (2006-2007) Om lov om endring i utlendingsloven (utlendingsinternat)

Ot.prp. nr 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Prop. 138 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)

Prop. 1 S (2014–2015) Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak). Utgiftskapitler: 61, 400-491. Inntektskapitler: 3400-3490.

8.4 Norsk rettspraksis

Rt. 2000 s. 96

Rt. 2001 s. 1006

Rt-2006 s. 1382

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2015. s 93

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-619-U

8.4.1 Underrettspraksis

LB-2014-50065

LB-2016-126719

TOSLO-2014-177803

8.5 Den europeiske menneskerettighetsdomstol

EMD 25. april 1978, Tyrer v. the United Kingdom

EMD 26. april 1979 Sunday Times v. the United Kingdom.

EMD 13. mai 1980, Artico v. Italy

EMD 6. november 1980, Guzzardi v. Italy

EMD 18. desember 1987 Bozano v. France

EMD 22. mars 1995, Quinn v. France

EMD 15. juni 1996, Chahal v. United Kingdom

EMD 25. juni 1996, Amuur v. France

EMD 25. mai 1998, Kurt v. Turkey

EMD 26. oktober 2000, Kudla v. Poland

EMD 29. april 2003, Poltoratskiy v. Ukraine

EMD 13. juli 2006, Popov v. France

EMD 12. oktober 2006, Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium

EMD 29. januar 2008, Saadi v. the United Kingdom

EMD 19. februar 2009, A. and others v. the United Kingdom

EMD 22. september 2009, Abdolkhani and Karimnia v. Turkey

EMD 8. oktober 2009, Mikolenko v. Estonia

EMD 11. februar 2010, Raza v. Bulgaria

EMD 19. januar 2010, Muskhadzhiyeva and others v. Belgium

EMD 29. mars 2010, Medvedyev and others v. France

EMD 5. april 2011, Rahimi v. Greece.

EMD 12. desember 2011, Kanagaratnam and others v. Belgium

EMD 23. februar 2012, Creangă v. Romania

EMD 12. juli 2016, A.M and others v. France.

EMD 12. juli 2016, R.C. and V.C. v. France.

EMD 12. juli 2016, R.M and others v. France

EMD 12. juli 2016, A.B and others v. France

EMD 12. juli 2016, R.K and others v. France

8.6 Bøker

Harris, David mfl., *Law of the European convention of human rights*, 3. utgave. (Oxford 2014)

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave. (Oslo 2015)

Kjølbros, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave. (København 2010)

Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. utgave. (Oslo 2010)

Aal, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave. (Oslo 2015)

Havre, Merete, *Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest*. (Oslo 2015)

Fottrell, Deirdre (red.), *Revisiting children's rights: 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child*. (Boston 2000)

Johansen, Nicolay B., Ugelvik, Thomas, Aas Katja Franko (red.), *Krimmigrasjon – den nye kontrollen av de fremmede*. (Oslo 2013)

Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga, Sandberg Kirsten (red.), *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave. (Oslo 2016)

Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 2. utgave. (Oslo 2009)

Vevstad Vigdis (red.), *Utlendingsloven kommentarutgave*. (Oslo 2010)

Øyen Øyvind Dybvik (red.), *Lærebok i utlendingsrett*. (Oslo 2013)

8.7 Artikler

Eldjarn, Erik, "*Fordeler og ulemper med nasjonal prosessautonomi på EG og EEG-rettens område*", Europarättslig tidskrift nr. 1 2017 (under publisering).

Sandberg, Kristin "*Plenumsdommen fra desember 2015 – en barnerettslig kommentar*", Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 02/2016 s. 101-105.

Weiss, Adam og Lie, Esther "*Detention of children*", Journal of Immigration and Nationality Law, 2012 vol. 26 no. 4 s. 349.

Aasen, Henriette Sinding, "*Grunnloven § 104 og barnets beste: Høyesterett viser vei*", Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 03/2015 s. 197-201.

8.8 Konvensjoner

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)

Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen om traktatrett)

8.9 Annet

Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), *Detention of Asylum Seekers - Analysis of Norway's international obligations, domestic law and practice*. (Oslo 2014)

Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), *Frihet først – En rapport om alternativer til internering*. (Oslo 2015)

Husabø, Erling Johannes og Suominen, Annika Elisabet, *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler: En utredning avgitt til Justisdepartementet*. (Bergen 2012)

FNs komité for barnets rettigheter, General Comment no. 12 (2009)

FNs komité for barnets rettigheter, General Comment no. 14 (2013)

FNs komité for barnets rettigheter, General Comment no. 10 (2007)

Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse, *Besøksrapport - Politiets utlendingsinternat på Trandum 19.-21. mai 2015*. (Oslo 2015)

8.10 Nettsider

"Lovstridig internering av barn på Trandum" <http://www.noas.no/lovstridig-internerings-av-barn-pa-trandum-3/> (sist sett 8. januar 2017)

"Barn holdt innesperret 18 og 24 døgn bak piggetrådgjerdene på Trandum - politiets hovedregel er maks 24 timer" <http://www.aftenposten.no/norge/Barn-holdt-innesperret-18-og-24-dogn-bak-piggetradgjerdene-pa-Trandum---politiets-hovedregel-er-maks-24-timer-603275b.html> (sist besøkt 8. januar 2017)

"Partshjelper i sak om fengsling av barn på Trandum"

<https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/Nyheter/2016/september/partshjelp-i-sak-om-fengsling-av-barn-pa-trandum/> (sist besøkt 08.01.2017)

"Klages inn for rettighetsbrudd" <http://www.dagsavisen.no/innenriks/klages-inn-for-rettighetsbrudd-1.789026> (sist besøkt 08.01.2017)

"Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014" <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/forsvarergruppens-hostseminar---bardsen-22-10-2016.pdf> (sist besøkt 12.01.2017)

"Children and families should never be in immigration detention – UN experts" <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21026&LangID=E> (sist besøkt 12.01.2017)

"Regjeringen vil vurdere fotlenker for asylsøkere" <http://www.dagbladet.no/nyheter/regjeringen-vil-vurdere-fotlenker-for-asylsokere/66594754> (sist besøkt 12.01.2017)

"Sivilombudsmannen er kritisk til behandlingen av internerte ved Trandum" <https://www.sivilombudsmannen.no/pressemeldinger/sivilombudsmannen-er-kritisk-til-behandlingen-av-internerte-ved-trandum-article4134-3004.html> (sist sett 12.01.2017)

"Aftenposten mener: Barn skal ikke sitte i fengsel" <http://www.aftenposten.no/meninger/leder/Aftenposten-mener-Barn-skal-ikke-sitte-i-fengsel-603563b.html> (Sist besøkt 12.01.2017)

"Politiets utlendingsenhet - Årsanalyse 2015" https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_3729.pdf (sist sett 12.01.2017)

"Fengsling av småbarn bak piggetråd i Norge" <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Fengsling-av-smabarn-bak-piggetrad-i-Norge-601350b.html> (Sist besøkt 12.01.2017)