

Fengsling av medfølgende barn etter
utlendingsloven § 106 første ledd
bokstav b

*Bryter Norge sine folkerettslige forpliktelser
etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen
og FNs Barnekonvensjon?*

Kandidatnummer: 152

Antall ord: 14 942



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Avhandlingens emne, problemstilling og avgrensninger	3
1.2 Temaets bakgrunn og aktualitet.....	4
1.3 Avhandlingen videre.....	6
2 Rettskildebruk	7
2.1 De norske rettskildene	7
2.2 De internasjonale rettskildene	8
3 Fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven.....	11
3.1 Innledende om hjemmelen for fengsling av utlendinger etter utlendingsloven	11
3.2 Relevante lovbestemmelser ved fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b	12
4 Oppfyller hjemmelen for fengsling av medfølgende barn i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b lovkravet som følger av EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b?.....	14
4.1 Lovkravet i EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b.....	14
4.2 Tilfredsstiller hjemmelen for fengsling av medfølgende barn i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b kravene til lovhjemmel etter EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b?..	17
5 Er norsk lovhjemmel og praksis vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b i tråd med kravene til forholdsmessighet i EMK og BK?.....	20
5.1 Forholdsmessighetsbegrepet.....	20
5.2 Formålskravet i EMK artikkel 5	20
5.3 Forholdsmessighetskravet i EMK artikkel 5 og BK artikkel 37	21
5.3.1 Kravet til forholdsmessighet i EMK artikkel 5	21
5.3.2 Særlige krav til forholdsmessighet ved fengsling av barn etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f?	23
5.3.3 Krav til forholdsmessighet etter BK artikkel 37	25
5.3.4 Blir fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b anvendt som «siste utvei» i tråd med EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b?.....	26
5.3.5 Er forholdene under fengsling av medfølgende barn på Trandum tilpasset barnets sårbare situasjon og barnets behov under fengslingen?.....	28
5.4 Har staten en plikt til å utvikle og gjennomføre alternative tiltak til fengsling etter BK artikkel 4 i sammenheng med artikkel 37 b?	30

6	Blir BK artikkel 3 nr. 1 tilfredsstillende gjennomført ved fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b?	34
6.1	BK artikkel 3 nr. 1 og begrepet «barnets beste».....	34
6.2	Gjennomføring av prinsippet om «barnets beste» i norsk lovgivning.....	36
6.3	Anvendelse av prinsippet om «barnets beste» i norsk praksis	37
6.4	Kan det noen gang anses som «barnets beste» å fengsles med sine foreldre etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b?.....	40
6.5	Er det forsvarlig etter BK artikkel 3 nr. 1 at innvandringskontrollerende hensyn blir tillagt høyere vekt enn hensynet til barnets beste i sakene som gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b?	42
7	Blir medfølgende barn ved fengsling etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b behandlet som selvstendige rettssubjekt i tråd med BK?	44
8	Avslutning	49
	Litteraturliste	52

1 Innledning

1.1 Avhandlingens emne, problemstilling og avgrensninger

Avhandlingens emne er fengsling¹ av barnefamilier på politiets utlendingsmottak på Trandum ved unndragelsesfare i forbindelse med tvangsutsendelse. Utgangspunktet for avhandlingen er utlendingsloven (utlendl.) § 106 første ledd bokstav b, som er hjemmelen for fengsling av utlendinger² ved fare for unndragelse.

Av utlendl. § 106 første ledd bokstav b følger det at en utlending kan fengsles dersom det er «konkrete holdepunkter» for å anta at utlendingen vil «unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket», eller ved «vesentlig fare» for at utlendingen vil «unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen skal overføres til et annet europeisk land» i medhold av Dublin-samarbeidet.

Det spesielle ved fengsling av barnefamilier etter utlendingsloven er at fengslingen normalt begrunnes i forhold som bare foreldrene har kontroll over, ikke barna. Foreldrene er objekt for fengslingen, og barna følger bare med grunnet den sterke tilknytningen mellom barn og foreldre.³ Fengslingsbegjæringen og fengslingskjennelsen retter seg derfor bare mot foreldrene uten at barna får en selvstendig kjennelse.⁴

Den overordnede problemstillingen for oppgaven er om fengsling av medfølgende barn⁵ etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b er i tråd med Norges forpliktelser etter Den europeiske

¹ I flere av kildene det er vist til i denne avhandlingen anvendes begrepet «internering» ved fengsling etter utlendingsloven. Dette fordi begrepet «fengsling» gir strafferettslige assosiasjoner. Som blant annet NOAS påpeker i rapporten *Frihet først* på side 13 er «[d]agens bruk av strafferettslige begreper i utlendingssaker (...) misvisende og stigmatiserende». Jeg har i denne avhandlingen likevel valgt å anvende begrepet «fengsling» fordi det er dette begrepet som brukes i dagens lovverk. Dette valgte jeg for å gjøre referanser til lovteksten lettere og få en bedre flyt i teksten. Hvorvidt det bør endres på utlendingslovens begrepsbruk er en interessant problemstilling som ikke er i kjernen av denne avhandlingens emne, og derfor ikke vil drøftes i denne avhandlingen.

² Definert i utlendingsloven § 5 første ledd som enhver som ikke er norsk statsborger.

³ Høringsbrev 19.12.16, side 58.

⁴ *Ibid*, side 61.

⁵ Ved barn menes enhver under 18 år. Denne definisjonen sammenfaller med Barnekonvensjonens definisjon i artikkel 1 og med definisjonen av et barn etter norsk rett. Termen medfølgende barn brukes i denne avhandlingen for barn som fengsles etter utlendingslovens regler i følge med sine foreldre.

menneskerettskonvensjonen (EMK) og FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen eller BK).

Som det vil fremgå av avhandlingen har fengsling etter utlendingsloven sterke forbindelseslinjer til fengsling etter straffeprosessloven (strpl.). Fokuset for denne avhandlingen vil imidlertid være de menneskerettslige spørsmål. Det vil derfor ikke gås nærmere inn på de straffeprosessuelle reglene og spørsmålene utenom når det er nødvendig for å avklare og fremstille rettstilstanden etter utlendingsloven. At det er de internasjonale menneskerettighetene det ønskes å fokusere på gjør at det også foretas en avgrensning mot Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter.

1.2 Temaets bakgrunn og aktualitet

Hjemmelen for fengsling i utlendl. § 106 er generell og gjelder for både barn og voksne. Utlendingsloven har heller ingen særlig regulering av fengsling av barn, verken alene eller i følge med foreldre. Det er altså ingen nedre aldersgrense for fengsling etter utlendingsloven, slik som det er for fengsling etter straffeprosessloven hvor lovgiver har satt en nedre aldersgrense på 15 år.⁶

Til tross for denne forskjellen er det lite som i praksis skiller fengsling etter utlendingsloven og straffeprosessloven. Barnefamilier som blir fengslet etter utlendingsloven blir plassert på politiets utlendingsmottak på Trandum (heretter bare Trandum) i tråd med utlendl. § 107. Det er lite som i dag skiller Trandum fra et «fullverdig fengsel, med eneceller, isolat, strenge sikkerhetsrutiner og personalopplæring av kriminalomsorgen».⁷ Sikkerhetsrutinene er i stor grad de samme som i kriminalomsorgen, og på visse områder fremstår rutinene som enda mer inngripende enn i mange fengsler.⁸ At Trandum også føles som et fengsel for barna som fengsles der fremgår av NOAS og Redd Barna sin rapport om barn og foreldres opplevelse av tvangsretur.⁹

Fengsling etter utlendingsloven er dermed utvilsomt et sterkt inngrep ovenfor den det gjelder. Videre er det i verdenssamfunnet i dag bred enighet om at barn er en ekstra sårbar gruppe som

⁶ Se Straffeprosessloven § 171 jf. Straffeloven § 20 første ledd bokstav a.

⁷ Mohn (2013) viser på side 61 til Politiets utlendingsenhets Årsmelding fra 2011, side 17.

⁸ Sivilombudsmannens besøksrapport, side 3.

⁹ NOAS og Redd Barna, «Jeg har ikke gjort noe galt», se særlig side 57-58 om barnas beskrivelser av hvordan de opplevde Trandum som et fengsel.

både har behov for og skal nyte et særlig rettslig vern.¹⁰ Det kan dermed stilles spørsmål ved om barna som fengsles på Trandum nyter det særlige rettslige vernet de har krav på gjennom Norges internasjonale forpliktelser. Særlig viktig er det å avklare dette spørsmålet med tanke på at de rettssikkerhetsgarantier som aktualiseres ved straffeprosessuell fengsling ikke er tilgjengelig ved fengsling etter utlendingsloven.¹¹

Temaet innesperring av barn på Trandum er svært aktuelt og har i løpet av de siste årene fått mye oppmerksomhet i media. Store organisasjoner som Redd Barna, NOAS og UNICEF har for eksempel kritisert praksisen sterkt.¹²

Det har også blitt lagt til grunn av Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse at Trandum ikke fremstår som et egnet sted for barn.¹³ Miljøet er preget av stress og uro blant mange av de voksne, og bomiljøet fremstår ikke som et tilfredsstillende psykososialt miljø for barn.¹⁴ Også Psykologforeningens menneskerettighetsutvalg påpekte etter et besøk til Trandum at stedet er uegnet for barn, og at barn kan påføres traumer og andre psykiske lidelser ved et opphold på internatet.¹⁵

Statistikk viser at det i 2013 var 232 innsettelse av mindreårige på Trandum, i 2014 330 innsettelse, i 2015 89 innsettelse og frem til midten av desember i 2016 var det 145 innsettelse av mindreårige barn på Trandum.¹⁶ Statistikken og besøksrapportene fra Trandum synliggjør at det er behov for å sette fokus på temaet internering av barn på Trandum og behovet for alternative tiltak til internering. Som fremstillingen vil vise er det flere problematiske sider ved regelverket og gjennomføringen pr. dags dato. At det er snakk om et inngrep av stor styrke taler dermed for at det er et stort behov for en rettsavklaring på området.

¹⁰ Dette vises blant annet ved at Barnekonvensjonen er ratifisert av hele 197 stater, noe som utgjør så godt som hele verdenssamfunnet og alle FN's medlemsstater utenom USA. Se Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (2016), side 18.

¹¹ Suominen (2013), side 129.

¹² Se for eksempel Aftenposten (31.08.16), TV2 (08.09.16) og ABCnyheter (04.01.17).

¹³ Sivilombudsmannens besøksrapport, side 3.

¹⁴ *Ibid*, side 29.

¹⁵ Psykologforeningens besøksrapport, side 10.

¹⁶ Statistikken er fremstilt i Høringsbrev 19.12.16, side 44.

1.3 Avhandlingen videre

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i hjemmelen for fengsling i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b og vurdere den opp mot de internasjonale konvensjonene EMK og BK. Da avhandlingen behandler flere ulike regelsett vil det være hensiktsmessig å innledningsvis gjøre rede for rettskildebruken i de ulike regelsettene og sammenhengen mellom dem. Deretter vil det foretas en gjennomgang av hjemmelen for fengsling i utlendl. § 106 første ledd bokstav b samt øvrige bestemmelser av relevans for temaet fengsling av barnefamilier etter utlendingsloven.

Avhandlingens hoveddel vil bestå av en drøftelse av fire forskjellige underproblemstillinger som er særlig aktuelle for oppgavens tema. De fire underproblemstillingene er knyttet til temaene krav til lovhjemmel i EMK og BK, krav til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse etter EMK og BK, prinsippet om hensynet til barnets beste i BK, og til sist kravet etter BK om at barn skal behandles som selvstendige rettssubjekt.

Avslutningsvis vil det ses hen til høringsbrevet om endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler hvor det er utarbeidet et forslag til en rekke endringer.¹⁷ Det skal i denne sammenheng foretas en rettspolitisk vurdering av hvorvidt endringsforslaget vil kunne forbedre rettsstilstanden vedrørende de fire underproblemstillingene. En mer selvstendig rettspolitisk vurdering vil også foretas.

¹⁷ Høringsbrev 19.12.16.

2 Rettskildebruk

2.1 De norske rettskildene

Den primære rettskilden for avhandlingen er utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

Utlendingsloven gjelder som *lex specialis* på utlendingsrettens område. Siden utlendingsretten er en del av den spesielle forvaltningsretten suppleres utlendingsloven av forvaltningslovens regler, jf. utlendl. § 80.¹⁸

Til tross for at utlendingsloven er en forvaltningsrettslig lov følger fengsling etter utlendingsloven § 106 straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte, jf. § 106 tredje ledd. Fengsling etter utlendingsloven står dermed i en slags mellomstilling mellom forvaltningsrett og straffeprosess. Denne mellomstillingen fører til metodiske utfordringer da det ikke er helt avklart hvor langt de forskjellige regelverkene gjelder på utlendingsfeltet.¹⁹

Videre er menneskerettsloven (mrl.) *lex superior* på området gjennom mrl. § 3 jf. § 2. Både EMK og BK har dermed forrang foran blant annet utlendingsloven. Utfallet av *lex superior*-prinsippet er at om mulig skal utlendingslovens regler om fengsling tolkes i tråd med EMK og BK. Er det likevel motstrid må utlendingslovens regler vike for EMK og BK.

Høyesterettspraksis vil spille en mindre rolle i denne avhandlingen enn det denne rettskilden vanligvis gjør. Dette skyldtes en mangel på høyesterettspraksis på området.²⁰ I mangel på Høyesterettspraksis vil underrettspraksis utgjøre en viktig rettskilde i avhandlingen.

I juridisk teori er det uenighet rundt spørsmålet om hvilken vekt og relevans underrettspraksis har som rettskilde.²¹ I denne avhandlingen vil imidlertid ikke underrettspraksisen bli anvendt som en tolkningskilde, men for å kartlegge hvordan fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b i realiteten blir praktisert. At rettskilden har stor vekt i denne sammenhengen er utvilsomt, da den viser hvordan fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b blir anvendt i praksis.

¹⁸ Øyen (2013), side 31.

¹⁹ At rekkevidden av straffeprosesslovens anvendelse i fenslingsaker etter utlendingsloven er uavklart fremgår i avhandlingens senere drøftelser.

²⁰ Et søk på lovdata gjort senest 31.05.2017 ga null treff på saker fra Høyesterett som gjelder fengsling av barnefamilier etter utlendl. § 106. Det tas forbehold om at senere publikasjoner kan ha blitt gjort.

²¹ Se blant annet Nygaard (2004) side 210 og Monsen (2012) side 38-39.

2.2 De internasjonale rettskildene

Konvensjonsteksten i EMK og BK spiller også en stor rolle i avhandlingen, da avhandlingen går ut på å sammenligne norsk rett med disse to konvensjonene.

Folkerettens rettskildebruk skiller seg fra den norske juridiske metoden hovedsakelig ved at folkeretten er basert på suverene stater, og at det ikke finnes en overordnet lovgivningsmyndighet. «[H]ovedprinsippet er autonomi, ikke autoritet»²². Derfor er folkerettslige avtaler, konvensjoner og traktater, den viktigste folkerettslige rettskilden.

At det er statene som utformer konvensjonene gjør at de også står fritt til å bli enige om hvordan konvensjonen skal tolkes. Derfor kan hver enkel konvensjon ha helt særegne tolkningsprinsipper. Imidlertid finnes noen felles tolkningsprinsipper som er nedfelt i Wien-konvensjonen.²³ Store deler av konvensjonen er en gjengivelse av hva som allerede var ansett som folkerettslig sedvanerett. At Norge ikke er tilsluttet traktaten har dermed begrenset betydning.²⁴

Etter artikkel 31 er konvensjonens ordlyd den primære tolkningskilden. Ordlyden skal leses «in good faith», i kontekst og i lys av konvensjonens formål. Med andre ord skal ordlyden tolkes lojalt overfor traktatpartene.²⁵ Konvensjonens formål vil ofte gis stor vekt.²⁶

Tolkningsmomentene i artikkel 32 vil først og fremst bli tillagt vekt dersom artikkel 31 ikke gir et godt resultat. Artikkel 33 slår fast at dersom traktaten er vedtatt på flere enn ett offisielt språk er det antatt at den har samme mening på de ulike språkene.

Retningslinjene som følger av WK artikkel 31-33 gjelder altså ved tolkningen av BK og EMK. I tillegg har begge konvensjonene særegne tolkningsprinsipper.

Spesielt for tolkningen av EMK er at det er opprettet en egen domstol, EMD, som skal påse at konvensjonen blir riktig anvendt i medlemsstatene.²⁷ At domstolens avgjørelser har bindende virkning for medlemsstatene fører til at dens avgjørelser har stor betydning for tolkningen av

²² Ruud og Ulfstein (2011), side 67

²³ Vienna Convention on the law of treaties 23. mai 1969

²⁴ Ruud og Ulfstein (2011), side 70

²⁵ *Ibid*, side 89

²⁶ *Ibid*, side 92

²⁷ I tråd med EMK artikkel 19.

EMK. Dette følger naturlig av at det er EMD som har siste ord når det gjelder tolkningen av EMK, jf. artikkel 32 og 44.²⁸

Videre må EMK tolkes i lys av at konvensjonen omhandler individuelle menneskerettigheter, og at formålet er en effektiv praktisering av rettighetene. EMD har derfor i en rekke dommer slått fast at EMK er et levende instrument som må tolkes i lys av dagens samfunn.²⁹

Konvensjonen skal tolkes «dynamisk, i samsvar med tidens oppfatninger og krav».³⁰ Samtidig må domstolen holde seg innenfor de rettigheter som er nedfelt i konvensjonen.³¹

I motsetning til EMK har ikke BK et effektivt klageorgan. Dette har, sammen med at flere av artiklene er lite presise, ført til usikkerhet om innholdet i flere artikler. Imidlertid er det ikke like nødvendig å fastslå det nøyaktige innholdet av konvensjonen, nettopp på grunn av mangelen på en klageordning. For Barnekomiteen, BKs kontrollorgan i tråd med artikkel 43, er det først og fremst viktigst å vise hvordan statene best mulig kan ivareta barnets rettigheter på de forskjellige områdene.³² I lys av dette bør derfor BK ses på som et ideal for statene hvor målet er å oppnå best mulig ivaretagelse av barnets rettigheter, heller enn å fokusere på hvor grensene for brudd på konvensjonen går.

Barnekomiteens oppgave er å føre tilsyn med statenes gjennomføring av konvensjonen, og gjør dette først og fremst ved å behandle rapporter fra medlemsstatene. I tillegg vedtar komiteen generelle uttalelser som kan gi veiledning til hvordan konvensjonen skal tolkes.³³

At barnekomiteens uttalelser ikke er bindende begrenser deres vekt som tolkningskilde. Det er imidlertid mange gode argumenter for at uttalelsene likevel bør gis en viss vekt ved tolkningen av rettighetene i BK. Blant annet at kommentarene bygger på et omfattende kildegrunnlag og utarbeides av en ekspertkomite taler for at kommentarene skal tillegges vekt ved tolkningen av konvensjonen, til tross for at hjemmelsgrunnlaget ikke er helt klart.³⁴ Det følger også en lojalitetsplikt for Norge gjennom det å ha gjennomført barnekonvensjonen i norsk lov til å anvende konvensjonen i tråd med Barnekomiteens syn.³⁵ Videre bør uttalelsene tillegges vekt nettopp fordi Barnekomiteen er opprettet for å overvåke gjennomføringen av

²⁸ Aall (2011), side 42.

²⁹ Se blant annet *Johnston* avsnitt 53 og *Saadi* avsnitt 62.

³⁰ Aall (2011), side 38-39.

³¹ Også slått fast i *Johnston* avsnitt 53.

³² Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (2016), side 24.

³³ Hedlund (2008), side 132-133.

³⁴ Sigurdson (2014), side 46.

³⁵ *Ibid*, side 47.

konvensjonsforpliktelsene. Vektlegging av deres uttalelser vil dermed «fremme «clarity», «consistency» og «legal security».»³⁶

At norsk Høyesterett selv legger vekt på uttalelsene tilsier at de i det minste utgjør et viktig tolkningsmoment når det gjelder anvendelsen av BK i norsk rett.³⁷

I likhet med EMK omhandler også BK individuelle menneskerettigheter, og det kan argumenteres for at også BK bør tolkes dynamisk for å oppnå en effektiv praktisering av rettighetene. En bør likevel være forsiktig med å foreta en dynamisk tolkning av konvensjonen, da den ikke har et effektivt klageorgan som kan gi en autorativ tolkning. Barnekomiteen har imidlertid fremhevet behovet for å kunne tolke konvensjonen dynamisk i tråd med samfunnsutvikling, og særlig i tilfeller hvor en finner støtte til den dynamiske tolkningen i konvensjonens øvrige bestemmelser.³⁸

Et annet særskilt tolkningsmoment for BK er at konvensjonen som et hele skal tolkes i lys av de fire grunnprinsippene; artikkel 2 om diskrimineringsforbud, artikkel 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste, artikkel 6 om barnets rett til liv og utvikling og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt.³⁹

³⁶ Ulfstein (2012) side 555.

³⁷ Se blant annet Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

³⁸ Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (2016) side 26.

³⁹ Lagt til grunn av Barnekomiteen i *General Comment No. 5* avsnitt 12. side 3-4 at disse fire bestemmelsene er konvensjonens grunnprinsipper, og at resten av konvensjonen skal tolkes i lys av disse bestemmelsene.

3 Fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven

3.1 Innledende om hjemmelen for fengsling av utlendinger etter utlendingsloven

I det følgende vil det foretas en gjennomgang av hjemmelen for fengsling i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b og øvrige bestemmelser som vil være relevant ved fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven.

Siden utlendingsloven er en forvaltningsrettslig lov regles fengsling etter utlendl. § 106 som administrativ frihetsberøvelse. Likevel følger fengsling etter utlendingsloven straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte.⁴⁰ Derfor er også flere av straffeprosesslovens regler relevante for fremstillingen.

Videre står Norges internasjonale forpliktelser særlig sterkt på utlendingsrettens område. Etter utlendl. § 3 skal loven anvendes i samsvar med de internasjonale regler som Norge er bundet av dersom reglene har til formål å styrke individets stilling. Dette er et viktig signal fra lovgiver om at Norges internasjonale forpliktelser er særlig viktig i utlendingsretten. Dette belyses også av lovens § 1 tredje ledd som fastsetter at det å gi utlendinger det kravet på beskyttelse og vern som følger av alminnelig folkerett og Norges internasjonale forpliktelser er et av lovens formål.

⁴⁰ Vevstad (2010), side 574.

3.2 Relevante lovbestemmelser ved fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b

Etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b kan utlendinger fengsles dersom det er «konkrete holdepunkter» for å anta at utlendingen vil «unndra seg iverksettingen» av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket. Det samme gjelder ved «vesentlig fare» for at utlendingen vil «unndra seg iverksettelsen» av et vedtak som innebærer at utlendingen skal overføres til et annet europeisk land i medhold av Dublin samarbeidet etter § 32 fjerde ledd.

En presisering av når det er fare for unndragelse fremgår av § 106a som slår fast at det skal foretas en konkret totalvurdering i hvert enkelt tilfelle. En rekke momenter som skal legges vekt på i totalvurderingen listes opp i bestemmelsens første ledd, og i andre ledd fremgår at også «generelle erfaringer med unndragelse» kan vektlegges.

Dersom alle vilkårene for fengsling oppfylles *kan* utlendingen fengsles. Hvorvidt utlendingen skal fengsles avgjøres av tingretten senest den tredje dagen etter pågripelsen, jf. § 106 tredje ledd, eller senest dagen etter pågripelsen ved begjæring om fengsling av noen under 18 år, jf. § 106 fjerde ledd.⁴¹

Før tingretten beslutter fengsling må det vurderes om meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted i tråd med § 105 vil være tilstrekkelig, jf. § 106 andre ledd.

Heller ikke kan fengsling besluttes uten at det er «tilstrekkelig grunn» til å anvende fengsling, eller dersom det etter sakens art og forholdene ellers vil være et «uforholdsmessig inngrep», jf. § 99.

Ordlyden av § 99 legger opp til en konkret skjønnsmessig vurdering av om inngrepet kan forsvares i hver enkelt sak. Utlendingslovens inngrep varierer i grad og styrke, og det kan derfor ikke settes opp en generell terskel etter § 99. Terskelen for fengsling etter § 106 må imidlertid sies å være høy da dette er det mest inngripende tvangsmidlet i utlendingsloven. Dette støttes av lovens forarbeider, hvor det uttales at «[fe]ngsling er et inngripende

⁴¹ Andre frister gjelder etter bestemmelsen dersom fristen ender på en helgedag eller dag som er likestilt med helgedag.

tvangsmiddel og det er derfor særlig grunn til å understreke behovet for å vurdere andre mer lempelige tvangsmidler».⁴²

At straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte for fengsling gjelder ved fengsling etter utlendingsloven følger av utlendl. § 106 tredje ledd fjerde punktum hvor det fremgår at strpl. §§ 174-191 «gjelder så langt de passer».

Av straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte ved fengsling er særlig § 184 andre ledd andre punktum relevant for denne avhandlingen. Her fremgår at personer under 18 år ikke skal fengsles hvis det ikke er «tvingende nødvendig». Bestemmelsen gjelder i utlendingsaker, og setter dermed opp en særlig høy terskel for fengsling av barn etter utlendingsloven.⁴³

⁴² Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 447.

⁴³ Se blant annet TOSLO-2014-89141 hvor strpl. § 184 ble anvendt i sak om fengsling av mor og barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

4 Oppfyller hjemmelen for fengsling av medfølgende barn i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b lovkravet som følger av EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b?

4.1 Lovkravet i EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b

Artikkel 1 i EMK slår fast at medlemsstatene er forpliktet til å «sikre enhver» innen sitt myndighetsområde de «rettigheter og friheter» som følger av konvensjonens del I.

Sikreplikten innebærer både en positiv og en negativ plikt for staten. Rettighetene skal både respekteres av staten og sikres gjennom positive tiltak. At plikten gjelder ovenfor «enhver» innebærer at Norge plikter å sikre utlendingene som fengsles på Trandum det vern som følger av EMK.

Sikreplikten består i å sikre rettighetene gjennom effektiv lovgivning og aktiv iverksetting av tiltak som bidrar til best mulig ivaretagelse av rettighetene. At staten selv skal respektere rettighetene betyr at staten ikke kan gripe inn i konvensjonsrettighetene uten lovhjemmel for inngrepet.⁴⁴

Også Barnekonvensjonen har en sikreplikt. I artikkel 4 fremgår at partene skal treffe alle egnede «lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak» for å gjennomføre konvensjonsrettighetene. Også denne plikten innebærer et krav til effektiv lovgivning og iverksetting av tiltak, samt et forbud mot at staten begår brudd.

⁴⁴ De foregående to avsnitt om sikreplikten er basert på Aall (2011), side 50-53.

I tillegg til den generelle plikten til å sikre konvensjonsbestemmelsene gjennom lovgivning har både EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b et krav om lovhjemmel ved inngrep i retten til frihet.

Etter EMK artikkel 5 har enhver rett til «personlig frihet og sikkerhet». Videre må ingen bli berøvet sin frihet unntatt i tilfellene som følger av første ledd bokstav a til f og bare i «samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov».

Fengsling av utlendinger etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b faller inn under EMK artikkel 5 første ledd bokstav f andre punktum; «lovlig (...) frihetsberøvelse» av en person som det «treffes tiltak mot med sikte på utsendelse». Det følger altså et dobbelt krav til lovhjemmel for inngrep i EMK artikkel 5.

Av BK artikkel 37 b følger at konvensjonsstatene skal sikre at ingen barn «ulovlig eller vilkårlig» berøves sin frihet. Frihetsberøvelse skal skje på «lovlig måte» og skal bare benyttes som «siste utvei og for et kortest mulig tidsrom».

Lovkravet i EMK har blitt klargjort gjennom en rekke avgjørelser fra EMD, og det er også godt utpenslet gjennom juridisk litteratur. Lovkravet i BK artikkel 37 b er derimot ikke like utpenslet. Det legges til grunn for avhandlingen at en lovhjemmel som tilfredsstiller kravene i EMK artikkel 5 også vil tilfredsstille kravene til lovhjemmel i BK artikkel 37 b.⁴⁵ Hvorvidt lovkravet i EMK artikkel 5 er strengere enn det som følger av BK artikkel 37 b er mer usikkert. Denne usikkerheten blir imidlertid mindre interessant i lys av at det er mer hensiktsmessig å betrakte kravet til lovhjemmel som et ideal for lovgiver heller enn en absolutt terskel.⁴⁶ Siden innholdet i lovkravet er mer utpenslet etter EMK enn etter BK vil det i den følgende gjennomgangen tas utgangspunkt i lovkravet etter EMK artikkel 5.

Etter EMK artikkel 5 kreves for det første at inngrep i retten til frihet skjer «i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov». Etter ordlyden er kravet hovedsakelig rettet mot de prosessuelle reglene om fremgangsmåten ved frihetsberøvelsen. At bokstav f krever «lovlig (...) frihetsberøvelse» er etter sin ordlyd vidt nok til å dekke et krav til både materiell og

⁴⁵ Også lagt til grunn av Husabø og Suominen (2012), side 25.

⁴⁶ Se blant annet Husabø og Suominen (2012), side 13.

prosessuell lovhjemmel. I lys av konteksten må det imidlertid forstås som at «lovlig» hovedsakelig henviser til materielle regler.⁴⁷

Flere av de øvrige konvensjonsbestemmelsene inneholder også lovkrav. Til tross for at ikke ordlyden er lik skal lovkravet i de ulike konvensjonsbestemmelsene tolkes likt.⁴⁸ Derfor er praksis fra EMD vedrørende lovkravet i de øvrige artiklene relevant for tolkningen av lovkravet i artikkel 5.

At ikke bare lovtekst, men også uskrevne rettsregler, kan tilfredsstillende kravet til lovhjemmel er lagt til grunn i blant annet *Sunday Times*.⁴⁹ Det stilles videre to krav til lovhjemmelen. Lovregelen må for det første være «adequately accessible»; loven som hjemler inngrepet må være tilgjengelig for den som rammes. For det andre må lovregelen være formulert med «sufficient precision»; borgerne må innenfor rimelige grenser kunne forutse sin rettsstilling. Målet er å gjøre lovhjemmelen så presis som mulig samtidig som at formuleringen er fleksibel nok til å holde tritt med samfunnsutviklingen; «whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances».⁵⁰

Uttalelsene tyder på at lovkravet er et ideal for lovgiver om å lage lovhjemmelen så presis som mulig. Som Husabø og Suominen påpeker er ikke den nedre tålegrensen for hva som kan aksepteres det mest interessante. «Klarhetskravet er et ideal for lovgiver som tilsier at lovgiver bør gjøre reglene så klare og lett tilgjengelige som overhodet mulig».⁵¹

Hvor strengt lovkravet er avhenger av inngrepets styrke. Når det gjelder frihetsberøvelse er kravet til lovhjemmel særlig strengt.⁵² Dette fordi frihetsberøvelse er et svært inngripende tiltak. Det kan derfor stilles strenge krav til hjemmelen for fengsling av utlendinger etter utlendl. § 106.

⁴⁷ Aall (2011), side 318.

⁴⁸ Lagt til grunn av Aall (2011), side 103, og slått fast i blant annet *Malone* i avsnitt 66.

⁴⁹ *Sunday Times*, avsnitt 47.

⁵⁰ *Ibid*, avsnitt 49.

⁵¹ Husabø og Suominen (2012), side 13.

⁵² Lagt til grunn blant annet i *Medvedyev*, avsnitt 80.

4.2 Tilfredsstiller hjemmelen for fengsling av medfølgende barn i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b kravene til lovhjemmel etter EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b?

Kravet til lovhjemmel er som vist todelt; et prosessuelt krav og et materielt krav. Når det gjelder den materielle siden av lovkravet er det utlendl. § 106 første ledd bokstav b som er sentral for denne avhandlingens tema. Kravet til tilgjengelighet er ikke problematisk da lovhjemmelen er vedtatt og publisert i formell lov.

Videre må det undersøkes om regelen er rimelig klar og presis. Vilkårene «konkrete holdepunkter» og «vesentlig fare» for unndragelse beror riktignok på ett visst skjønn og kan føre til uklarhet. Samtidig er det nødvendig med et visst skjønn for å oppnå den fleksibiliteten som kreves for en effektiv innvandringskontroll.

Paragraf 106a presiserer vurderingstemaene ved å liste opp en rekke momenter som skal tas hensyn til i totalvurderingen av hvorvidt det foreligger unndragelsesfare. Dette bidrar til å klargjøre skjønnsvurderingen i den grad som er mulig samtidig som at formålet bak bestemmelsene ivaretas.

Noe som imidlertid ikke fremgår av lovteksten er hvordan reglene er for fengsling av medfølgende barn når unndragelsesfaren knytter seg til deres foreldre. Utlendingsloven § 106 skiller som nevnt ikke mellom barn og voksne, og har ingen regulering av det tilfellet hvor unndragelsesfaren knytter seg til foreldrene og barna følger med under fengslingen. At lovteksten ikke regulerer i hvilke tilfeller medfølgende barn kan fengsles gjør det vanskelig for barnefamilien som risikerer fengsling etter § 106 første ledd bokstav b å forutse barnets rettsstilling. Det ville videre vært mulig for lovgiver å regulere denne situasjonen uten at det hadde gått i veien for den nødvendige fleksibiliteten. Den materielle siden av lovkravet er dermed ikke oppfylt, da lovhjemmelen kunne ha vært mer klar og presis.

Når det gjelder den prosessuelle siden av lovkravet er det reglene om fremgangsmåte ved fengslingen som skal undersøkes. Reglene er vedtatt i formell lov, og tilgjengelighetskravet er ikke problematisk.

Også i forhold til de prosessuelle reglene er det imidlertid problematisk at lovgiver ikke spesifikt har regulert fremgangsmåten ved fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

Riktignok gjelder det egne regler for fremgangsmåte når det kommer til fengsling av personer under 18 år, som vil gjelde i tilfeller hvor det besluttes fengsling av medfølgende barn. Straffeprosessloven § 184 andre ledd andre punktum slår fast en høyere terskel for fengsling av personer under 18 år, og § 185 andre ledd setter en kortere tidsfrist for fengsling av personer under 18 år.

Det hersker imidlertid usikkerhet rundt hvor langt straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte strekker seg ved fengsling etter utlendl. § 106. Henvisningen i utlendl. § 106 tredje ledd til at strpl. §§ 174-191 «gjelder så langt de passer» etterlater tvil vedrørende hvilke av straffeprosesslovens regler som gjelder i utlendingssaker. Denne vage henvisningen er problematisk med tanke på det strenge kravet til klar og presis lovhjemmel ved frihetsberøvelse.⁵³

Et minstemål burde være for lovgiver å vise konkret til hvilke av straffeprosesslovens regler som gjelder i utlendingssaker. Når det gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b burde altså lovgiver konkret ha vist til at det foreligger egne regler om fremgangsmåte ved fengsling av barn.

I og med at denne avhandlingen handler om utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b er henvisningen i utlendl. 106 tredje ledd og reglene i straffeprosessloven litt i utkanten av hovedproblemstillingen. Samtidig er det straffeprosesslovens regler som regulerer fremgangsmåten ved fengsling etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b, noe som har en klar sammenheng med den prosessuelle siden av lovkravet. Grunnet den sterke sammenhengen var det derfor naturlig å vise at den uklare henvisningen til straffeprosesslovens regler i utlendl. § 106 tredje ledd er problematisk. Det er likevel ikke gått i dybden på denne problemstillingen da det ikke er i kjernen av avhandlingens hovedproblemstilling.

Både den materielle og den prosessuelle siden av lovkravet kunne altså vært mer klar og presis.

⁵³ Blant andre Vevstad(2010) på side 542, Husabø og Suominen(2012) på side 13 og Suominen(2013) på side 121 anser formuleringen som upresis og problematisk.

Konklusjonen er at hjemmelen for fengsling av medfølgende barn i utlendl. § 106 første ledd bokstav b ikke tilfredsstillende kravene til lovhjemmel som følger av EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b.

5 Er norsk lovhjemmel og praksis vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b i tråd med kravene til forholdsmessighet i EMK og BK?

5.1 Forholdsmessighetsbegrepet

Oppgavens andre underproblemstilling er hvorvidt norsk lov og praksis når det gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b tilfredsstillende kravet til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 og BK artikkel 37.

Forholdsmessighetsbegrepet anvendes i denne sammenheng i vid forstand. Ikke bare direkte krav til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b vil drøftes i dette kapitlet, men også nærliggende problemstillinger som berører spørsmålet om frihetsberøvelsen er forholdsmessig.

5.2 Formålskravet i EMK artikkel 5

I tillegg til lovkravet har EMK artikkel 5 ytterligere vilkår for at staten skal kunne gjøre inngrep i retten til frihet. Frihetsberøvelse kan utelukkende skje i de tilfeller og for de formål som er listet opp i bestemmelsens første ledd bokstav a til f. Av EMD er det slått fast at tilfellene i bokstav a til f skal tolkes snevert.⁵⁴

Fengsling etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b faller inn under EMK artikkel 5 bokstav f andre alternativ; «lovlig (...) frihetsberøvelse (...) av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering».

⁵⁴ Se blant annet *Winterwerp*, avsnitt 37.

At fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b faller inn under formålet i EMK artikkel 5 første ledd bokstav f er klart, og vil ikke bli problematisert i avhandlingen. Hvilket formål frihetsberøvelsen skal ivareta vil imidlertid ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen. Det var derfor nødvendig å klargjøre hvilket av tilfellene i EMK artikkel 5 første ledd fengslingen faller inn under, da dette danner utgangspunktet for den videre drøftelse av forholdsmessigheten etter EMK artikkel 5.

5.3 Forholdsmessighetskravet i EMK artikkel 5 og BK artikkel 37

5.3.1 Kravet til forholdsmessighet i EMK artikkel 5

De fleste av konvensjonsrettighetene i EMK hvor det er adgang for staten til å gjøre inngrep i rettighetene har også et krav om at inngrepet skal være forholdsmessig. Mens kravet uttrykkelig fremgår av de fleste bestemmelsene blir forholdsmessighetskravet i artikkel 5 i stor grad konkretisert gjennom prosessuelle garantier. I tillegg til de prosessuelle garantiene har EMD innfortolket et materielt krav til forholdsmessighet for de fleste av kategoriene av frihetsberøvelse i artikkel 5 første ledd.⁵⁵ Medlemsstatene kan forvente inngående kontroll fra EMD av forholdsmessigheten av frihetsberøvelsen.⁵⁶

En forholdsmessighetsvurdering beror på en sammenlikning av inngrepets styrke i forhold til den som rammes og de samfunnsmessige eller individuelle interesser som tilsier inngrep. Jo sterkere inngrep jo større er kravene til de interesser som tilsier inngrep. Intensiteten i forholdsmessighetsvurderingen varierer også med inngrepets styrke.⁵⁷

Når det gjelder frihetsberøvelse av utlendinger etter bokstav f har imidlertid EMD vært tilbakeholden med å kontrollere forholdsmessigheten av inngrepet. Dette fremgår blant annet av kammeravgjørelsen i *Batalov* hvor det uttales at artikkel 5 første ledd bokstav f ikke gir «a

⁵⁵ Se blant annet avgjørelsene i *Witold Litwa* og *Vasileva* hvor EMD kom til at frihetsberøvelsen var uforholdsmessig og dermed konvensjonsstridig.

⁵⁶ Aall (2011), side 318.

⁵⁷ Se blant annet Aall (2011), side 143.

detained alien the right to contest the “proportionality” of the detention order, unlike other Convention issues». ⁵⁸

Videre følger av *Saadi* at det ikke er et krav for frihetsberøvelse etter bokstav f at det først vurderes om mindre lempelige midler ville vært tilstrekkelig. ⁵⁹ Det er altså ikke et krav om absolutt nødvendighet slik EMD har tolket bokstav f. Heller ikke foreligger noe krav om unndragelsesfare eller at det av andre grunner er behov for frihetsberøvelse. ⁶⁰

Noen minstemål har likevel EMD satt til forholdsmessigheten av frihetsberøvelse etter bokstav f. Først og fremst stilles krav til at staten aktivt følger opp fremdriften i saken. ⁶¹ Videre må myndighetene sørge for at fengslingsperioden ikke blir unødvendig lang ved å sørge for fremgang i saken. ⁶²

Statene er altså gitt et stort spillerom når det gjelder frihetsberøvelse av utlendinger etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f. Utgangspunktet er at frihetsberøvelsen verken trenger å være nødvendig eller rimelig, noe som begrunnes med at statene har en «undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory». ⁶³

Så lenge frihetsberøvelsen er i tråd med lovkravet, er innenfor formålet, utsendelsesprosessen er i fremdrift, og frihetsberøvelsen ikke blir unødvendig langs synes frihetsberøvelsen å være i tråd med EMK artikkel 5 første ledd bokstav f.

Mangelen på forholdsmessighetskontroll etter bokstav f har imidlertid fått kritikk av flere juridiske forfattere. ⁶⁴ Vanligvis fører EMD en streng kontroll med forholdsmessigheten, nødvendigheten og rimeligheten av statenes inngrep i konvensjonsrettighetene. Samtidig er domstolen åpen om at disse ellers så viktige konstitusjonelle prinsippene ikke gjelder for frihetsberøvelse av utlendinger med innvandringskontrollerende formål. Til tross for denne åpenheten begrunner ikke EMD hvorfor disse prinsippene ikke gjelder etter artikkel 5 bokstav f. ⁶⁵

⁵⁸ *Batalov*, avsnitt 2 under punktet The Law.

⁵⁹ *Saadi*, avsnitt 72.

⁶⁰ Lagt til grunn i *Mikolenko*, avsnitt 59.

⁶¹ Kravet er lagt til grunn i blant andre *Mikolenko* avsnitt 59, *A m.fl.* avsnitt 164 og *Chahal* avsnitt 113.

⁶² Dette kravet fremgår blant annet av *Quinn*, avsnitt 48 og *Mikolenko* avsnitt 60.

⁶³ Se *Popov*, avsnitt 116-117.

⁶⁴ Bø (2013), side 147.

⁶⁵ Cornelisse (2010), side 292.

Se for eksempel i *Batalov* hvor retten kort avfeier anførselen om at frihetsberøvelsen var uforholdsmessig med begrunnelsen at «Article 5(1)(f) does not afford a detained alien the right to contest the ‘proportionality’ of the detention order, unlike other Convention issues, for example under Article 8 (2) of the Convention.»⁶⁶ I senere avgjørelser blir det ofte bare vist til tidligere avgjørelser hvor det fremgår at forholdsmessigheten av et inngrep under artikkel 5 bokstav f ikke prøves.⁶⁷

Med tanke på hvor inngripende frihetsberøvelse er og hvor gjennomgående kravet til forholdsmessighet er i de øvrige konvensjonsbestemmelsene kan det synes underlig at EMD verken kontrollerer forholdsmessigheten eller begrunner hvorfor de ikke gjør det. Det kan dermed være grunn til å stille seg kritisk til mangelen på kontroll av forholdsmessighet ved frihetsberøvelse etter bokstav f all den tid EMD ikke begrunner hvorfor det stilles lavere krav til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse etter bokstav f enn etter de øvrige bokstavene i artikkel 5.

5.3.2 Særlige krav til forholdsmessighet ved fengsling av barn etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f?

De avgjørelsene som hittil er vist til om frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f omhandler frihetsberøvelse av voksne. Spørsmålet i det følgende er om det kan stilles strengere krav til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse av barn.

Popov gjaldt frihetsberøvelse av barn sammen med sine foreldre etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav b. To barn, på henholdsvis 6 måneder og 3 år, ble holdt på et «administrative detention centre» i 15 dager med sine foreldre i forbindelse med uttransport fra Frankrike til Kazakhstan.

Domstolen starter med å oppsummere kravene til forholdsmessighet ved frihetsberøvelse etter bokstav f, og at statene er gitt vide tøyler på området.⁶⁸ Til tross for at disse kravene var oppfylt i saken kom domstolen til at frihetsberøvelsen av barna var konvensjonsstridig. Dette fordi forholdene ikke var tilrettelagt barnas ekstremt sårbare situasjon. Selv om barna var i følge med sine foreldre og familien ble holdt på et adskilt område ment for familier var ikke

⁶⁶ *Batalov*, avsnitt 2 under punktet The Law.

⁶⁷ Se blant annet *Conka*, avsnitt 38.

⁶⁸ *Popov*, avsnitt 116-117.

barnas rett til frihet tilstrekkelig ivaretatt. At barna ble holdt på et område som ikke var tilpasset barnas ekstreme sårbarhet, at myndighetene ikke hadde undersøkt barnas situasjon, og at de kunne ikke bevise at de hadde vurdert hvorvidt frihetsberøvelsen ble anvendt som siste utvei uten noen alternativer utgjorde et brudd på artikkel 5.⁶⁹

Muskhadzhiyeva gjaldt frihetsberøvelse av fire barn sammen med sin mor på et transittmottak i Belgia i tråd med bokstav f. Også i denne dommen kom EMD til brudd på EMK artikkel 5 fordi forholdene på transittsenteret var dårlig tilpasset barnas ekstreme sårbarhet.⁷⁰

Dommen i *Mayeka og Mitunga* gjaldt frihetsberøvelse av en enslig mindreårig på et lukket senter i Belgia etter artikkel 5 første ledd bokstav b. Domstolen kom til at det forelå brudd på artikkel 5 da jenten ble holdt på et senter som var beregnet på voksne og dermed ikke tilpasset den svært sårbare situasjonen den 5 år gamle jenten var i. De belgiske myndighetene hadde ikke i tilstrekkelig grad beskyttet jentens rett til frihet etter artikkel 5.⁷¹

Av dommene kan det utledes et skjerpet krav til frihetsberøvelse av barn etter artikkel 5 første ledd bokstav f. Dette gjelder både enslige barn og barn i følge med foreldre. Det skjerpede kravet begrunnes med at barn som en ekstra sårbar gruppe har behov for en særlig beskyttelse, og at barnas sårbare stilling overgår barnets stilling som illegal innvandrer.⁷²

Konklusjonen er at det stilles to særlige krav til frihetsberøvelse av barn etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f. For det første må forholdene under fengslingen tilpasses barnets sårbare situasjon. For det andre må myndighetene bevise at de har vurdert alternative tiltak slik at fengsling av barn bare blir benyttet som siste utvei.

⁶⁹ *Popov*, avsnitt 119.

⁷⁰ Avgjørelsen i *Muskhadzhiyeva* var bare tilgjengelig på Fransk og Tysk, og jeg har derfor brukt det norske sammendraget av dommen som er tilgjengelig på lovdata.no. Det tas dermed forbehold om at jeg ikke har hatt mulighet til å undersøke originalkilden.

⁷¹ *Mayeka og Mitunga*, avsnitt 103-105.

⁷² *Popov*, avsnitt 91.

5.3.3 Krav til forholdsmessighet etter BK artikkel 37

Også Barnekonvensjonen stiller opp øvrige krav til frihetsberøvelse. I tillegg til at frihetsberøvelsen skal skje på lovlig måte etter artikkel 37 b, må frihetsberøvelse av barn bare benyttes som en «siste utvei» og «for et kortest mulig tidsrom».

En naturlig forståelse av «siste utvei» tilsier at frihetsberøvelse bare skal benyttes dersom det ikke finnes andre alternativer. Videre må vilkåret «for et kortest mulig tidsrom» forstås i sammenheng med vilkåret «siste utvei», slik at det gjennom hele fengslingstiden vurderes om alternative tiltak kan være tilstrekkelig. Dette følger av en kontekstuell ordlydstolkning av bestemmelsen.

I tillegg til at artikkel 37 bokstav b setter strenge krav for i hvilke tilfeller barn kan berøves sin frihet setter bokstav c krav til forholdene under frihetsberøvelsen. Det følger av bokstav c at ethvert barn som er berøvet friheten skal behandles «med menneskelighet», «med respekt for menneskets iboende verdighet», og på en måte som «tar hensyn til barnets behov i forhold til dets alder». Særlig skal ethvert barn som er berøvet sin frihet holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet.

Forholdene under frihetsberøvelsen skal altså tilpasses barnets situasjon slik at barnets behov blir ivaretatt under fengslingen. Her er hensynet til «barnets beste» i artikkel 3 nr. 1 og bestemmelsen i artikkel 6 nr. 2 som gir statene en plikt til å best mulig sikre barnets utvikling relevant.

En ser altså at Barnekonvensjonens krav til frihetsberøvelsen i stor grad er sammenfallende med de krav som utledes av avgjørelsene fra EMD til fengsling av barn etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f. Etter begge konvensjonene stilles det krav til at myndighetene undersøker alternative tiltak til fengsling, og at fengsling bare blir anvendt som siste utvei. Videre stilles det etter begge konvensjonene krav til at forholdene under fengslingen tilpasses barnets sårbare situasjon og at barnets behov ivaretas under fengslingen. I det følgende vil det drøftes under ett om norsk rett tilfredsstillende disse to kravene.

5.3.4 Blir fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b anvendt som «siste utvei» i tråd med EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b?

Utgangspunktet for vurderingen tas i lovverket vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven. Selve hjemmelen for fengsling av medfølgende barn i utlendl. § 106 første ledd bokstav b sier ingenting om terskelen. Som vist i kapittel 3 får strpl. § 184 andre ledd anvendelse i fengslingsaker etter utlendl. § 106. Bestemmelsen slår fast at personer under 18 år ikke skal fengsles med mindre det er «tvingende nødvendig».

Ordlyden av «tvingende nødvendig» tilsier en veldig høy terskel for fengsling av barn. I likhet med kravet om «siste utvei» følger det også av vilkåret «tvingende nødvendig» at fengsling ikke kan skje hvis det foreligger alternativer.

Lovhjemmelen for fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b er dermed i tråd med EMKs og BKs krav om at frihetsberøvelse av barn bare kan bli anvendt som «siste utvei». Det må imidlertid undersøkes om det strenge kravet også blir anvendt i praksis.

Av utlendingslovens forarbeider fremgår at fengsling av barnefamilier nesten utelukkende skjer i tilfeller hvor forholdene ligger til rette for rask uttransportering. I tilfeller hvor uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelsen blir stort sett barnefamilien sluppet fra Trandum fremfor at fengsling blir begjært.⁷³ På denne måten forsøkes det å begrense fengslingen slik at den ikke foregår over lenger tid enn nødvendig. Dette er i tråd med kravet i BK artikkel 37 b om at fengsling bare skal skje «for et kortest mulig tidsrom».

Det må videre ses hen til praksis for å undersøke om fengsling i realiteten blir anvendt som «siste utvei» og om alternative tiltak blir vurdert. Et søk på lovdata etter avgjørelser som gjelder fengsling av barn etter utlendl. § 106 ga 35 resultatet, hvorav 22 av dem gjaldt spørsmål om fengsling av barnefamilier etter § 106 første ledd bokstav b.⁷⁴

Etter en gjennomgang av de 22 avgjørelsene kan det slås fast at både tingretten og lagmannsretten gjennomgående vurderer både forholdsmessigheten og nødvendigheten av

⁷³ Prop. 138 L (2010-2011) side 54.

⁷⁴ Søket ble sist foretatt 31.05.17.

inngrepet etter den ekstra strenge terskelen som gjelder for fengsling av barn etter strpl. § 184 andre ledd.

Et fellestrekk i sakenes begrunnelse er at fengsling anses nødvendig da unndragelsesfaren er for høy til at fengslingsalternativene i utlendl. § 105 vil være tilstrekkelig. At inngrepet også er forholdsmessig ovenfor barna begrunnes i de fleste sakene med at familien vil holdes på en avdeling på Trandum som er tilrettelagt for familier, at barnevernet holder oppsyn med barna og at fengslingen foregår over et relativt kort tidsrom. Et sterkt moment i vurderingene er at det er til barnets beste å være sammen med foreldrene.⁷⁵

I to av de 22 kjennelsene kom retten til at fengsling var uforholdsmessig ovenfor barna, til tross for konkrete holdepunkter for unndragelsesfare. I den ene kjennelsen kom retten til at unndragelsesfaren ikke var av en slik «styrke og karakter at den nødvendiggjør og kan begrunne» fengsling av et barn på snart tre år i fire uker. At familien ville bli holdt på en spesielt tilrettelagt avdeling for familier var ikke tilstrekkelig.⁷⁶ I den andre kjennelsen kom retten til at fengsling var uforholdsmessig da unndragelsesfaren ikke var av en slik styrke at fengsling kunne forsvares. Plassering på Trandum ville innebære en betydelig påkjenning for barna selv om forholdene ble lagt til rette. Fengslingsalternativer måtte derfor være tilstrekkelig.⁷⁷

Det legges imidlertid i flere av avgjørelsene ikke skjul på at Trandum ikke er et godt oppholdssted for barn, men at det ikke foreligger noen andre gode løsninger enn å plassere hele familien på Trandum i tilfeller ved stor unndragelsesfare.⁷⁸

Etter gjennomgangen av de 22 sakene kan det legges til grunn at norske domstoler i praksis i stor grad vurderer alternative tiltak til fengsling, men at det gjennomgående konkluderes med at det ikke foreligger adekvate alternativ etter dagens lovverk.

⁷⁵ Se blant annet begrunnelsen i TOSLO-2016-42590, LB-2015-112322, TOSLO-2015-111904, TOSLO-2015-35122, TOSLO-2015-23923 og LB-2014-130280.

⁷⁶ TOSLO-2014-156370.

⁷⁷ LB-2016-126719.

⁷⁸ Se blant annet LB-2016-43003 hvor det uttales at «Dette er utvilsomt generelt sett ikke et godt oppholdssted for barn[...]» og i TOSLO-2016-42590 «Retten legger til grunn at utlendningsinternatet på Trandum ikke er et godt oppholdssted for barn. Retten er likevel enig med politiet i at det ikke synes å finnes andre gode løsninger enn å plassere hele familien på Trandum, for å unngå at de unndrar seg uttransportering.».

Fengsling av medfølgende barn skjer altså bare som siste utvei etter de alternativer som i dag er tilgjengelig for retten. Hvorvidt staten Norge har en plikt til å utarbeide flere adekvate alternative tiltak til fengsling vil bli drøftet senere under punkt 5.4.

5.3.5 Er forholdene under fengsling av medfølgende barn på Trandum tilpasset barnets sårbare situasjon og barnets behov under fengslingen?

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt forholdene ved Trandum tilfredsstillt kravet etter EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 c om at forholdene under fengslingen skal være tilpasset barnets sårbare situasjon og at barnets behov ivaretas under fengslingen.

Besvarelsen av spørsmålet vil ta utgangspunkt i forholdene ved Trandum slik de er beskrevet i sivilombudsmannens besøksrapport fra besøket mai 2015⁷⁹ og Psykologforeningens menneskerettsutvalgs rapport fra november 2015⁸⁰. Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse gjennomførte et nytt besøk på Trandum 28. mars i år. Denne rapporten vil imidlertid ikke bli publisert i tide til å behandles i denne avhandlingen.⁸¹ Avhandlingen tar derfor utgangspunkt i de to nevnte rapportene. Det tas forbehold om at forholdene på Trandum kan ha endret seg siden besøkene i mai og november 2015. Også NOAS og Redd Barna sin rapport om barnefamiliers opplevelse av tvangsretur⁸² vil bli brukt for å undersøke hvordan de medfølgende barna som fengsles på Trandum opplevde oppholdet sitt der.

Det fremgår av Sivilombudsmannens besøksrapport at det er gjort en betydelig innsats fra internatets side for å tilpasse de fysiske omgivelsene slik at barna som holdes der gis så verdige rammer som mulig. Barnefamilier holdes på en egen avdeling som de deler med enslige kvinner. Avdelingen har lekerom for barna og et tilpasset uteområde for barnefamilieene hvor barna kan leke. Likevel anser ikke sivilombudsmannens forebyggingsenhet Trandum som et egnet sted for barn. Først og fremst ble dette begrunnet med at miljøet på internatet er preget av stress og uro. Internatet hadde i løpet av 2014 og

⁷⁹ Sivilombudsmannens besøksrapport.

⁸⁰ Psykologforeningens besøksrapport.

⁸¹ Johannes Flisnes Nilsen, seniorrådgiver for Sivilombudsmannens forebyggingsenhet opplyste i epost datert 24.04.17 etter spørsmål fra meg at rapporten vil være ferdig før sommerferien. Jeg undersøkte selv senest den 31 mai, og da var rapporten ikke kommet ut.

⁸² NOAS og Redd Barna, «Jeg har ikke gjort noe galt».

frem til besøket i mai 2015 hatt flere opptøyer, 18 tilfeller av selvmordsforsøk og selvskading og to tilfeller hvor barn var vitne til at sine mødre påførte seg selv skader. Et slikt bomiljø er åpenbart ikke et tilfredsstillende psykososialt miljø for barn.⁸³

Psykologforeningens rapport konkluderer også med at Trandum ikke er et egnet sted for barn. Blant annet ble det funnet problematisk at internatet aldri tilkaller psykolog eller psykiater med særlig kompetanse på barn for å vurdere hvordan barna på internatet har det. Med tanke på barnas særlig sårbare situasjon og deres særlige krav på beskyttelse etter FNs barnekonvensjon fant foreningen dette oppsiktsvekkende og kritikkverdig.⁸⁴ Heller ikke møbleringen og tilgangen på lekerom og lekeplass finner Psykologforeningen tilfredsstillende. Internatet er omgitt av høye gjerder med piggråd, har personale i politiuniformer, og anvender strenge sikkerhetstiltak. Disse forholdene kan bidra til å uroe, skremme og/eller traumatisere barn. Den negative effekten økes ved at barna tas ifra sine trygghetsskapende eiendeler, som kosedyr, leker og klær. At foreldrene ikke lenger kan regulere hverdagen til barna fratrar familien den struktur og trygghet som er viktig for barn. Videre pekes på det urolige og stressede miljøet på Trandum. Alt i alt anses ikke internatet som egnet for barn.⁸⁵

De kritikkverdige funnene fra disse to rapportene bekreftes av NOAS og Redd Barnas rapport. Blant annet fremgår av rapporten at barna som ble intervjuet var veldig bevisst på at de var frarøvet sin frihet, og opplevde Trandum som et fengsel grunnet de strenge sikkerhetsrutinene.⁸⁶ Barna brukte ord som «redd» og «skummel» når de beskrev hvordan de hadde det på Trandum, og flere av barna slet med å få sove under oppholdet. Foreldrene beskrev at det var vanskelig å ivareta foreldrerollen og ta vare på barna sine under oppholdet.⁸⁷ Heller ikke var barna fornøyd med de fysiske forholdene på Trandum,⁸⁸ og barna fant det skummelt og slemt at de ble låst inne på cellen sin på natten.⁸⁹

⁸³ Sivilombudsmannens besøksrapport, side 29-30.

⁸⁴ Psykologforeningens besøksrapport, side 6-7.

⁸⁵ *Ibid*, side 9.

⁸⁶ I NOAS og Redd Barna, «*Jeg har ikke gjort noe galt*», side 57, viser barna blant annet til piggrådgjerdene, at dørene ble låst hele tiden og at det var fullt av politi overalt hvor en beveget seg. Også det faktum at familiene ble låst inne på cellen sin på nattestid gjorde at barna opplevde Trandum som et fengsel, side 70.

⁸⁷ *Ibid*, side 59-61.

⁸⁸ *Ibid*, side 61-63.

⁸⁹ *Ibid*, side 70.

Ut ifra funnene som er beskrevet i disse tre rapportene kan det slås fast at forholdene på Trandum ikke er tilpasset barnas særlig sårbare situasjon, og at barnas behov under fengslingen ikke tilstrekkelig ivaretas.

5.4 Har staten en plikt til å utvikle og gjennomføre alternative tiltak til fengsling etter BK artikkel 4 i sammenheng med artikkel 37 b?

I det følgende er spørsmålet hvorvidt det kan utledes en plikt for staten til å utvikle og gjennomføre alternative tiltak til fengsling etter BK artikkel 4 i sammenheng med artikkel 37 b.

Barnekonvensjonen artikkel 4 slår fast at alle konvensjonsstater plikter å gjennomføre alle «egnete lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak» for å gjennomføre de rettigheter som følger av konvensjonen.

Ser man artikkel 4 i sammenheng med vilkåret i artikkel 37 b om at fengsling bare skal skje som «siste utvei» tilsier en helhetlig tolkning av konvensjonen at det foreligger en plikt for statene å gjennomføre alternative tiltak til fengsling, slik at fengsling i realiteten bare gjennomføres som «siste utvei».

Som nevnt under punkt. 5.3.4 er det i flere av de 22 fengslingskjennelsene ikke lagt skjul på at Trandum ikke er et egnet sted for barn. Likevel blir det besluttet fengsling av hele familien grunnet høy unndragelsesfare og mangel på anvendelige alternativ til fengsling. Se blant annet avgjørelsen i TOSLO-2016-142876 hvor retten begrunner fengsling med at det her i landet ikke er etablert noe anvendelig alternativ til fengsling av barnefamilier. Videre uttales: «At myndighetene kanskje burde ha etablert en annen ordning enn internering for små barn, medfører ikke at retten i dag kan si at det finnes alternativer til internering på familieenheten Trandum.»⁹⁰

For at det skal kunne utledes en slik gjennomføringsplikt for staten må det imidlertid finnes reelle adekvate alternative tiltak til fengsling som myndighetene har midler til å opprette.

⁹⁰ TOSLO-2016-142876

I rapporten *Frihet først*⁹¹ belyses alternativer til internering⁹² samtidig som det fokuseres på forebyggende tiltak. Blant annet ønsker NOAS å vise gjennom rapporten at forebyggende tiltak og økt rettssikkerhet sammen med mindre inngripende tvangsmidler bidrar til et helhetlig syn på alternativer til internering. Rettssikkerhet og forebyggende tiltak er derfor de viktigste virkemidlene som kan motvirke fengsling etter utlendingsloven.⁹³

At forebyggende tiltak er det viktigste alternativet til fengsling er også Justis- og beredskapsdepartementet enig i. Departementet understreker i høringsbrev om endringer i utlendingsloven at det viktigste alternativet til fengsling i norsk praksis er assistert retur med tilbud om ulike støtteordninger fra norske myndigheter.⁹⁴

De fleste som fengsles etter utlendl. § 106 fengsles i forbindelse med tvangsretur etter endelig avslag. Derfor vil assistert retur være viktigste alternativet til fengsling. Å øke asylsøkers vilje og evne til å returnere er viktige forebyggende tiltak. Gjennom realitetsorientering, informasjon og veiledning om returmulighetene, samt kvalifiseringstiltak, kan viljen til å returnere frivillig økes.⁹⁵ En rekke tiltak, som økt rettssikkerhet, klagebehandling av asylsøknader, identifisering av sårbare asylsøkere, personlig oppmøte i nemndmøter, advokatbistand og topartsprosess er tiltak som kan bidra til å øke viljen til assistert retur blant asylsøkere.⁹⁶

Gjennom en økt satsing på tiltak som vil fremme assistert retur i Norge vil staten kunne forebygge fengsling av utlendinger etter utlendl. § 106.

I tillegg til forebyggende tiltak pekes det på flere alternative mindre inngripende tiltak til fengsling i NOAS rapport. Blant annet blir beslag av reisedokumenter, meldeplikt, bestemt oppholdssted, kausjon, garantist og elektronisk kontroll pekt på som alternativer til fengsling. Å ha flere forskjellige alternativer til fengsling tilgjengelig vil gjøre det lettere å velge et alternativ som er best mulig tilpasset hvert enkelt tilfelle.⁹⁷ Hadde vi hatt flere enn de to

⁹¹ NOAS, *Frihet Først*.

⁹² Begrepet «internering» benyttes konsekvent i NOAS' rapport «Frihet Først» for administrativ frihetsberøvelse etter utlendl. § 106, side 7.

⁹³ NOAS – *Frihet først*, side 24.

⁹⁴ Høringsbrev 19.12.16, side 92.

⁹⁵ NOAS – *Frihet først*, side 40.

⁹⁶ *Ibid*, side 40-43.

⁹⁷ NOAS, *Frihet først*, side 25.

tilgjengelige alternativene; bestemt oppholdssted og meldeplikt, jf. utlendl. § 105, i Norge hadde det altså vært lettere å finne et reelt alternativ til fengsling i hver enkelt sak.

Justis- og beredskapsdepartementet stiller seg også positiv til muligheten for å utrede flere alternativer til fengsling. Departementet er riktignok negativ til bruken av kausjon og garantistillelse, men mener at det vil være hensiktsmessig å utrede nærmere muligheten for elektronisk kontroll som alternativt tiltak til fengsling av barnefamilier etter utlendl. § 106. Politidirektoratet er derfor gitt i oppdrag å levere en vurdering av dette til Justis- og beredskapsdepartementet.⁹⁸

I tilfeller hvor barn fengsles sammen med sin mor og far vil det også være et mulig alternativ til å fengsle hele familien å fengsle bare en av foreldrene, slik at den andre forelderen vil kunne ta seg av barnet/barna i frihet. Det forekommer riktignok saker etter dagens regelverk hvor politiet velger å bare begjære fengsling av den ene forelderen.⁹⁹ Imidlertid er ikke alternativet regulert i dagens lovverk, og domstolen er ikke pålagt å vurdere dette alternativet.

Departementet påpeker i høringsbrevet at det finnes saker hvor dette ikke vil gi tilstrekkelig forsikring mot unndragelse, og at det heller ikke kan forutsettes generelt at det vil være den beste løsningen for barnet.¹⁰⁰ Riktignok vil det å splitte familien reise andre problemstillinger, og det er ikke sikkert at det vil være bedre for barnet i den enkelte sak enn at familien fengsles samlet. Det kan imidlertid tenkes at det i noen konkrete saker vil kunne være den beste løsningen for barnet. Som nevnt vil det være lettere å finne det beste alternativet jo flere tilgjengelige alternativ det er.

Det foreligger altså mulige adekvate tiltak som kan utgjøre et alternativ til bruk av fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b. Både forebyggende tiltak som senker behovet for bruk av tvangsmidler i utgangspunktet og alternativer til fengsling kan være aktuelt for norske myndigheter å utarbeide. All den tid disse alternativene foreligger plikter Norge i første omgang å foreta en utredning av tiltakene, og i andre omgang eventuelt å gjennomføre dem. Dette vil bidra til at fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b i realiteten kun anvendes som en «siste utvei», jf. BK artikkel 37 b.

⁹⁸ Høringsbrev 19.12.16, side 91.

⁹⁹ Høringsbrev 19.12.16, side 64.

¹⁰⁰ *Ibid* side 64.

Konklusjonen er at Norge bryter sine folkerettslige forpliktelser etter Barnekonvensjonen artikkel 4 jf. artikkel 37 b all den tid alternative tiltak til fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b ikke blir utredet og eventuelt gjennomført.

6 Blir BK artikkel 3 nr. 1 tilfredsstillende gjennomført ved fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b?

6.1 BK artikkel 3 nr. 1 og begrepet «barnets beste»

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 slår fast at ved alle handlinger foretatt av offentlige eller private velferdsordninger, domstoler, administrative myndigheter og lovgivende organer som gjelder barn skal «barnets beste» være et «grunnleggende hensyn». Dette betyr at barnets beste ikke nødvendigvis er det eneste eller det avgjørende hensynet, men at hensynet skal ha betydelig vekt.

Fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b er klart en handling som gjelder barn, og bestemmelsen er dermed bindende både for lovgiver og for domstolen som vurderer fengsling.

I tillegg til å gjelde som generelt tolkningsprinsipp for hele konvensjonen har bestemmelsen også selvstendig betydning som en positiv rettighet.¹⁰¹

Barnekonvensjonen inneholder ingen definisjon av «barnets beste». Begrepet er ment å være vidtrekkende i den forstand at det skal kunne anvendes for alle barn, i alle situasjoner og over hele verden. Det ligger i begrepets natur at det er vanskelig å finne en entydig definisjon av det, da det må tilpasses hver situasjon.¹⁰² Til dels må begrepet ses i sammenheng med artikkel

¹⁰¹ Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (2016), side 19.

¹⁰² *Ibid*, side 52.

12 om barnets rett til å bli hørt, og med artikkel 6 om statenes plikt til å sikre barnets liv og utvikling.

Barnekomiteen har lagt til grunn at begrepet har tre dimensjoner. En substansiell rettighet, et grunnleggende juridisk tolkningsprinsipp og en regel om saksbehandling. At rettigheten er substansiell vil si at barnet har et krav på å få vurdert hva som er til barnets beste og at barnets beste blir lagt vekt på som et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som gjelder enten et konkret barn, en gruppe barn eller barn generelt. Denne rettigheten har selvstendig kraft og kan påberopes direkte for domstolene. Rettigheten som tolkningsprinsipp går ut på at en alltid skal velge det tolkningsalternativet som best mulig ivaretar barnas interesser. Videre setter bestemmelsen prosessuelle krav til at saksbehandlingen alltid skal inneholde en vurdering av hvilke mulige positive og negative konsekvenser en beslutning vil ha for barnet eller barna avgjørelsen berører. Enhver avgjørelse som berører barn må inneholde en begrunnelse hvor det fremgår hvordan hensynet til barnets beste er tillagt vekt i vurderingen.¹⁰³

Videre uttaler Barnekomiteen at statenes forpliktelse til å gjennomføre artikkel 3 nr. 1 er tredelt. Statene er for det første forpliktet til å forsikre seg om at hensynet til barnets beste er hensiktsmessig og konsekvent anvendt i alle saker som berører barn. For det andre er statene forpliktet til å sørge for at i alle rettslige og administrative avgjørelser har barnets beste vært et grunnleggende hensyn. Dette inkluderer å beskrive hvordan hensynet har blitt undersøkt og anvendt, og hvilken vekt hensynet har fått i avgjørelsen. Forpliktelsen innebærer for det tredje at staten sikrer at også avgjørelser som blir foretatt av private aktører har tatt hensynet til barnets beste i betraktning som et grunnleggende hensyn.¹⁰⁴ Den tredje forpliktelsen vil ikke være relevant for besvarelsen av denne avhandlingen, og det er dermed de to første forpliktelsene som vil bli drøftet i det følgende.

Hvor sterk gjennomslagskraft hensynet til barnets beste skal ha i en avgjørelse beror på i hvilken grad avgjørelsen påvirker barns interesser.¹⁰⁵ Fengsling av barnefamilier påvirker barnets interesser i aller høyeste grad. Hensynet til barnets beste bør derfor ha stor gjennomslagskraft i vurderingen av fengsling av barnefamilier etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

¹⁰³ General Comment No. 14, avsnitt 6.

¹⁰⁴ *Ibid.*, avsnitt 14.

¹⁰⁵ *Ibid.*, avsnitt 20.

Det understrekes også av Barnekomiteen at dersom det er motstrid mellom barnets beste og øvrige hensyn, skal barnets beste gis høy prioritet, og ikke bare vurderes med samme vekt som de øvrige hensynene. Før andre hensyn eventuelt gis forrang må det vurderes hvor sterke de øvrige hensynene er, og hvor sterkt de vil gripe inn i hensynet til barnets beste.¹⁰⁶ Dette synspunktet støttes både av bestemmelsens ordlyd og av Høyesterett.¹⁰⁷

6.2 Gjennomføring av prinsippet om «barnets beste» i norsk lovgivning

Det påpekes av Barnekomiteen at medlemsstatene bør iverksette en rekke tiltak for å gjennomføre artikkel 3 nr. 1. Blant annet bør prinsippet sikres ved å tas inn i relevant lovgivning.¹⁰⁸

I norsk lov er prinsippet om barnets beste implementert gjennom mrl. § 2 og gitt forrang gjennom § 3. Gjennom disse bestemmelsene er prinsippet gitt en generell anvendelse på alle rettsområder, og skal derfor også gjelde ved utlendingslovens bestemmelser om tvangsmidler.

Det foreligger imidlertid ingen konkret bestemmelse om at prinsippet om «barnets beste» skal være et «grunnleggende hensyn» ved fengsling etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b. Mangelen på regulering av artikkel 3 nr. 1 i utlendingslovens bestemmelser om fengsling er ikke et brudd på Barnekonvensjonen i seg selv. Imidlertid ville en bestemmelse i utlendingsloven om «barnets beste» synliggjort viktigheten av å anvende prinsippet i fengslingssaker etter utlendingsloven.

En implementering av prinsippet i utlendingslovens regler om tvangsmidler ville muligens ha ført til en mer konsekvent og hensiktsmessig anvendelse av prinsippet i saker som gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

Da fengsling av barn er en handling som berører barns personlige integritet på en svært alvorlig måte skal hensynet til «barnets beste» veie tungt. Det er derfor særlig viktig at prinsippet anvendes hensiktsmessig og konsekvent i disse sakene. Av disse grunner burde artikkel 3 nr. 1 implementeres direkte i utlendingslovens regler om fengsling.

¹⁰⁶ General Comment No 14, avsnitt 36-40.

¹⁰⁷ Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65 og 79.

¹⁰⁸ Se General Comment No. 14, avsnitt 15a.

Videre vil som nevnt BK artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt være relevant ved tolkningen av hva som er «barnets beste». Bestemmelsen slår fast at ethvert barn som er i stand til å danne egne synspunkter skal gis rett til å uttrykke disse synspunktene i alle forhold som vedrører barnet. Særlig skal barnet gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant.

Da fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b i aller høyeste grad direkte vedrører barnet vil barnet etter artikkel 12 ha rett til å få sine synspunkter hørt. En høringsrett for barnet i fengslingssaker som gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b ville ført til en bedre vurdering av hva som vil være til barnets beste i en slik sak.

At det ikke foreligger en lovbestemt rett for barnet å bli hørt i en fengslingssak vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b utgjør dermed et brudd på BK artikkel 3 og 12.

6.3 Anvendelse av prinsippet om «barnets beste» i norsk praksis

Spørsmålet i den følgende drøftelse er hvorvidt norske domstoler følger Barnekomiteens retningslinjer for anvendelse av hensynet til barnets beste. Først vil kravet om at hensynet skal anvendes hensiktsmessig og konsekvent undersøkes. For å besvare spørsmålet vil de 22 nevnte fengslingskjennelsene¹⁰⁹ undersøkes.

En gjennomgang viser at retten har anvendt hensynet til barnets beste i 16 av de 22 kjennelsene.¹¹⁰ Til tross for at hensynet er anvendt i et flertall av sakene (nesten 73 %) kan ikke dette sies å være en konsekvent anvendelse av hensynet.

Det må videre undersøkes om hensynet er hensiktsmessig anvendt i de 16 sakene hvor det ble anvendt.

¹⁰⁹ Jf. søk på lovdata foretatt senest 31.05.17.

¹¹⁰ Se LB-2016-43003, TOSLO-2016-42590, TOSLO-2015-66531, TOSLO-2015-23923 og TOSLO-2014-71132 hvor retten ikke anvendte prinsippet, og LB-2014-81250 hvor barnekonvensjonen ble anført av forsvarer, men det synes ikke at retten har tatt hensyn til det i sin begrunnelse.

Noe som kjennetegner flere av fengslingskjennelsene hvor retten har besluttet fengsling av foreldre med medfølgende barn er at retten først og fremst bemerker at unndragelsesfaren er så stor at alternativer til fengsling ikke vil være tilstrekkelig når det gjelder foreldrene. Videre bemerkes at Trandum generelt sett ikke er et godt oppholdssted for barn, men at det anses bedre for barnet/barna å være sammen med sine foreldre på den tilpassede familieavdelingen på Trandum enn å bli skilt fra foreldrene og plassert hos fremmede. I mangel på andre gode løsninger blir det derfor besluttet å fengsle både barn og foreldre.¹¹¹

Etter mitt syn er dette en for snever anvendelse av prinsippet i artikkel 3 nr. 1. Ordlyden av bestemmelsen slår fast at hensynet til «barnets beste» skal være grunnleggende i enhver avgjørelse som påvirker barn. Slik retten anvender hensynet til barnets beste i de ovenfor henviste sakene ser det ut til at hensynet til barnets beste bare blir anvendt i spørsmålet om hvorvidt barnet skal fengsles sammen med foreldrene eller plasseres hos fremmede. I flere av sakene fremgår det derimot ikke hvorvidt hensynet til «barnets beste» har vært tatt i betraktning under spørsmålet om foreldrene skal fengsles på Trandum. Dette er jo også en avgjørelse som berører barnet, og da krever Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at barnets beste anvendes som et «grunnleggende hensyn».

Som Trude Haugli påpeker i hennes kapittel i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (2016) kan en henvisning til barnets beste «gi avgjørelser legitimitet som det kanskje ikke alltid er faktisk grunnlag for.», da det er «vanskelig å argumentere mot en beslutning hvis den fremtrer som fattet ut fra hensynet til hva som er best for barn.». At begrepet «barnets beste» er veldig vidtrekkende utgjør en risiko for at hensynet «kan brukes (bevisst eller ubevisst) for å legitimere politiske standpunkter, verdistandpunkter eller rettslige avgjørelser hvor det egentlig er andre hensyn som virker motiverende eller som har vært viktigere enn hensynet til det barnet saken gjelder (...)).¹¹²

Det kan dermed stilles spørsmål ved om hensynet til barnets beste blir brukt til å legitimere internering av barn på Trandum. Ved å begrunne fengsling av medfølgende barn med at det er bedre for barnet å være sammen med foreldrene enn å skilles fra sine foreldre og plasseres hos fremmede brukes hensynet til «barnets beste» til å legitimere en praksis som er skadelig for

¹¹¹ Se blant annet begrunnelsen i LB-2016-43003, TOSLO-2016-42590, LB-2015-112322, TOSLO-2015-23923 og TOSLO-2014-89141.

¹¹² Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (2016), side 52.

barnet. Denne måten å argumentere på skjuler realiteten at hensynet til barnets beste blir nedprioritert fremfor hensynet til en effektiv innvandringskontroll.

Til sist kan det vises til en kjennelse hvor fengsling av medfølgende barn begrunnes med at barna «ikke [vil] ha det særlig mye verre på Trandum enn hvis de skal oppholde seg et annet sted, borte fra moren.»¹¹³ Slik retten ordlegger seg anser retten det bedre for barna å plassere dem et annet sted enn på Trandum, borte fra moren. At retten likevel kommer til at også barna skal fengsles uten noe nærmere begrunnelse er åpenbart ikke en hensiktsmessig anvendelse av prinsippet om hensynet til «barnets beste».

Konklusjonen er at hensynet til barnets beste verken blir hensiktsmessig eller konsekvent anvendt i fengslingskjennelsene som gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

Videre skal det undersøkes om hensynet til barnets beste er blitt anvendt som et grunnleggende hensyn i de 16 kjennelsene hvor prinsippet er blitt anvendt. Herunder er spørsmålet om retten har beskrevet hvordan hensynet har blitt undersøkt og anvendt, og hvilken vekt hensynet har fått i anvendelsen.

De fleste av de 16 fengslingskjennelsene har en svært kort begrunnelse rundt anvendelsen av hensynet til barnets beste. Som eksempel kan det vises til begrunnelsen i en av kjennelsene; «Retten har i vurderinga lagt vekt på hensynet til det beste for barnet, jf. barnekonvensjonen art 3, uten at dette hensynet alene kan føre til løslatelse»¹¹⁴. Tilsvarende mangelfull begrunnelse rundt vurderingen etter barnekonvensjonen artikkel 3 finner en også i flere av de øvrige fengslingskjennelsene.¹¹⁵

Det er klart at disse sakene ikke tilfredsstillende kravene til beskrivelse av anvendelsen av hensynet til barnets beste, da det ikke fremgår hvordan prinsippet er blitt anvendt, undersøkt eller vektet.

I noen av sakene blir imidlertid anvendelsen og undersøkelsen av hensynet bedre beskrevet. For eksempel blir det beskrevet hvordan hensynet til barnets beste er blitt undersøkt ved å vise til rapporter fra barnevernet om hvordan barnet har det på Trandum, og hvorvidt barnet

¹¹³ TOSLO-2015-117888.

¹¹⁴ Sitat fra TOSLO-2015-111904.

¹¹⁵ Se for eksempel TOSLO-2015-117888, TOSLO-2014-89141, TOSLO-2014-32145 og TOSLO-2014-49705.

vil ha det best sammen med foreldrene eller ved å skilles fra foreldrene og plasseres utenfor Trandum.¹¹⁶

Også disse kjennelsene er imidlertid mangelfulle når det gjelder hvilken vekt hensynet til barnets beste har fått, og hvordan hensynet anvendes i vurderingen.

Generelt sett fremstår begrunnelsen i fengslingskjennelsene svært mangelfulle i forhold til begrunnelse og beskrivelse av anvendelsen av hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn.

Heller ikke på dette punkt tilfredsstillende norsk praksis kravene til anvendelse av hensynet til barnets beste.

Konklusjonen er at norske domstoler ikke følger Barnekomiteens retningslinjer for anvendelse av hensynet til barnets beste.

Norge bryter altså sine folkerettslige forpliktelser etter Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 i saker vedrørende fengsling av barnefamilier etter utlend. § 106 første ledd bokstav b gjennom mangelfull anvendelse av og begrunnelse vedrørende hensynet til «barnets beste» som et «grunnleggende hensyn».

6.4 Kan det noen gang anses som «barnets beste» å fengsles med sine foreldre etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b?

I det foregående er det vist hvordan hensynet til barnets beste ikke er tilfredsstillende implementert i utlendingslovens regler om fengsling eller tilfredsstillende anvendt i praksis. I sammenheng med anvendelsen av prinsippet om hensynet til barnets beste kan det også være interessant å vurdere hvorvidt det i noen tilfeller kan anses å være til barnets beste å fengsles sammen med sine foreldre etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

Bakgrunnen for spørsmålet er et utdrag fra høringsbrevet om endringer i utlendingsloven hvor det vises til fremstillingen av svensk rett. Her fremgår at svensk Rikspolisstyrelse har stilt

¹¹⁶ Blant annet TOSLO-2016-142876, LB-2016-126719 og TOSLO-2014-106948 vises det til rapport fra barnevernet.

spørsmål ved «om det kan anses vara bättre för ett barn att leva gömt i kanske flera år, än att barnet hålls i förvar ett par dagar för att möjliggöra en verkställighet.»¹¹⁷

Spørsmålet er interessant da det utvilsomt også vil kunne være skadelig for barnet dersom foreldrene velger å unndra seg utsendelse og fortsetter å oppholde seg i Norge uten oppholdstillatelse. Som det fremgår av Fangen og Kjærre sitt kapittel i *Krimmigrasjon? Den nye kontrollen av de fremmede*¹¹⁸ er det en stor påkjenning å leve som illegal innvandrere.

I høringsbrevet påpekes det videre at pågrepelse for uttransportering i seg selv vil kunne oppleves svært opprivende for barn. Det er derfor viktig å unngå en situasjon med behov for ny pågrepelse før uttransportering kan gjennomføres.¹¹⁹ Fengsling er således en måte å holde familien samlet frem mot uttransport og dermed unngå behov for senere pågrepelser.

Imidlertid har som vist både Sivilombudsmannens¹²⁰ og Psykologforeningens¹²¹ rapporter fra Trandum påvist at stedet ikke er et egnet oppholdssted for barn, noe også flere fengslingskjennelser viser til.¹²²

Det finnes videre flere kilder som belyser hvor skadelig frihetsberøvelse er for barn. FNs spesialrapportør mot tortur har skrevet en rapport til FNs generalforsamling om skadevirkningene frihetsberøvelse har på barn. Blant annet fremgår av rapporten at til og med frihetsberøvelse over veldig korte perioder kan «undermine a child's psychological and physical well-being and compromise cognitive development.» Barna som opplever frihetsberøvelse har en høyere risiko for å utvikle angst og depresjon, og ofte viser barn som er blitt berøvet sin frihet symptomer på post-traumatisk stress syndrom. Også høyere risiko for selvsykdom, selvmord og andre psykiske lidelser påføres barna.¹²³

Senere i rapporten konkluderes det med at det i dag er klart at fengsling av barn på grunn av deres foreldres innvandringsstatus aldri er i barnets beste interesse. Videre legges til grunn at fengsling av medfølgende barn «exceeds the requirement of necessity, becomes grossly disproportionate and may constitute cruel, inhuman or degrading treatment of migrant

¹¹⁷ Høringsbrev 19.12.16, side 59.

¹¹⁸ Johansen, Uglevik og Aass (2013), side 25-42.

¹¹⁹ Høringsbrev 19.12.16, side 60.

¹²⁰ Sivilombudsmannens besøksrapport.

¹²¹ Psykologforeningens besøksrapport.

¹²² Se blant annet TOSLO-2016-142876, LB-2016-43003 og TOSLO-2016-42590.

¹²³ Juan Mendez (05.03.2015), avsnitt 16.

children.». Spesialrapportørens anbefaling er derfor at alle stater umiddelbart stopper all fengsling av barn basert på innvandringshensyn, både alene og i følge med foreldre.¹²⁴

Dette synet støtter også UNHCR, som anbefaler i sine Detention Guidelines at som prinsipp bør barn aldri berøves sin frihet.¹²⁵

Med tanke på de store skadevirkningene frihetsberøvelse har på barn kan det derfor ikke i noen tilfeller argumenteres for at fengsling er til «barnets beste».

Drøftelsen må også forstås i lys av at det foreligger alternativer til fengsling av barn, og at staten i lys av BK artikkel 4 i sammenheng med 37 b plikter å gjennomføre alternativer til fengsling av barn, jf. kapittel 5.4.

Konklusjonen er at det aldri er til «barnets beste» å fengsles med sine foreldre etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

6.5 Er det forsvarlig etter BK artikkel 3 nr. 1 at innvandringskontrollerende hensyn blir tillagt høyere vekt enn hensynet til barnets beste i sakene som gjelder fengsling av medfølgende barn etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b?

Gjennom de foregående drøftelsene i kapittel 6 fremgår at fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b aldri kan sies å være i «barnets beste» interesse. Likevel fengsles barn på Trandum sammen med sine foreldre etter dagens praksis i tråd med utlendl. § 106 første ledd bokstav b. Spørsmålet i det følgende er derfor om det er i strid med BK artikkel 3 nr. 1 at innvandringskontrollerende hensyn i disse sakene vektet tyngre enn hensynet til «barnets beste».

Som vist skal «barnets beste» være et «grunnleggende hensyn». Det er således et tungtveiende hensyn, men ikke nødvendigvis det avgjørende hensyn i alle tilfeller. Ved fengsling skal som

¹²⁴ *Ibid.*, avsnitt 80.

¹²⁵ UNHCR, *Detention Guidelines*, avsnitt 51-57.

nevnt hensynet veie særlig tungt, da fengsling er en handling som påvirker barnets integritet i svært alvorlig grad.

Gjennom utarbeidelsen av barnekonvensjonen ble nettopp samfunnshensyn pekt på som et viktig hensyn som i noen tilfeller må kunne gå foran hensynet til «barnets beste».¹²⁶ At innvandringskontroll er et viktig samfunnshensyn kan dermed tale for at dette er et hensyn som i visse tilfeller kan overgå hensynet til «barnets beste».

Imidlertid viser Sandberg (2004) til at bestemmelsen bør leses som at barnets beste er det viktigste hensynet. Grunnen til at formuleringen ble «grunnleggende hensyn» var fordi det i enkelte tilfeller kan være andre hensyn som bør gå foran. «Dette var likevel bare ment som en ren unntaksmulighet.»¹²⁷

Statistikken som er fremlagt innledningsvis i avhandlingen viser at fengsling av barn på Trandum foregår mer enn bare i rene unntakstilfeller. Sammenlagt fra 2013 til midten av desember 2016 var det så mange som 796 innsettelse av mindreårige på Trandum.¹²⁸ Dette viser at barn fengsles på Trandum i relativt stort omfang.

Med tanke på gjennomgangen i punkt. 5.4. hvor det fremgår at det finnes alternativer til fengsling som kan og bør utarbeides kan det ikke forsvares etter BK artikkel 3 nr. 1 at hensynet til «barnets beste» ikke gis høyere prioritet i saker vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b. Dette særlig med tanke på at Trandum ikke er tilpasset barnas sårbare situasjon og behov under fengslingen, jf. punkt. 5.3.5.

Konklusjonen er at Norge bryter sine folkerettslige forpliktelser etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 ved å tillegge innvandringskontrollerende hensyn større vekt enn hensynet til «barnets beste» i et såpass stort omfang av saker som i dag når det gjelder fengsling av barn på Trandum.

¹²⁶ Fornes (2006), side 91.

¹²⁷ Sandberg (2004), punkt. 5.1.

¹²⁸ Statistikken er fremstilt i Høringsbrev 19.12.16, side 44.

7 Blir medfølgende barn ved fengsling etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b behandlet som selvstendige rettssubjekt i tråd med BK?

At barn skal ha rett til å bli behandlet som et selvstendig rettssubjekt er en grunnleggende forutsetning for Barnekonvensjonen som en helhet, og kan utledes av blant annet BK artikkel 3 nr. 1 og artikkel 37 d.

Artikkel 37 d slår fast at ethvert barn som er frihetsberøvet har «rett til omgående juridisk og annen egnet bistand», «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».

Herunder vil også kravet til en tilfredsstillende begrunnelse vedrørende anvendelsen av hensynet til «barnets beste» i artikkel 3 nr. 1 være relevant.

At barn har krav på å bli behandlet som et selvstendig rettssubjekt, uavhengig av om de kommer alene til landet eller i følge av sine foreldre, blir også lagt til grunn av Justis- og beredskapsdepartementet i melding til stortinget «Barn på flukt».¹²⁹

Som nevnt under kapittel 4 regulerer ikke dagens utlendingslov fengsling av medfølgende barn i en egen bestemmelse. Mangelen på en klar lovregulering av fengsling av medfølgende barn fører til uklarhet både når det gjelder de materielle reglene for i hvilke tilfeller medfølgende barn kan fengsles og når det kommer til hvilke prosessuelle regler som gjelder ved fengsling av medfølgende barn.¹³⁰

¹²⁹ Meld. St. 27 (2011-2012), punkt 5.1. side 33.

¹³⁰ Se avhandlingens kapittel 4.

Mangelen på lovregulering av fengsling av medfølgende barn gjenspeiler ikke Barnekonvensjonens krav om at barn har krav på en selvstendig rettslig vurdering og på å bli behandlet som selvstendige rettssubjekt.

At lovreguleringen ikke regulerer fengsling av medfølgende barn gjenspeiler seg også i dagens praksis. Det utarbeides for eksempel ikke separate fengslingsbegjæringer eller fengslingskjennelser for barn som er i følge med sine foreldre.¹³¹

Justis- og beredskapsdepartementet anser ikke denne praksisen problematisk, og bemerker at «retten flere ganger har stadfestet at det er formelt i orden å inkludere barna i kjennelsen(e) som gjelder foreldrene.»¹³² Departementet viser blant annet til en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett hvor retten i vurderingen av fengsling av en 2 år gammel gutt sammen med sine foreldre kommer til at det er «tvingende nødvendig» med fengsling grunnet den høye unndragelsesfaren. Videre uttales om vurderingen i forhold til fengsling av barnet: «Barnets forhold må imidlertid nøye vurderes når det gjelder spørsmålet om fengslingen er uforholdsmessig. Hensynet til barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste er her sentralt, jf. nedenfor.»¹³³ Det sentrale er etter departementets mening at det foretas en egen vurdering knyttet til barnet, og at tilfredsstillende begrunnelse nedtegnes, slik som i den siterte dommen.¹³⁴

Departementets begrunnelse for at praksisen er uproblematisk baserer seg imidlertid på en gjengivelse av begrunnelsen i bare én fengslingskjennelse. Som vist tidligere i avhandlingen, særlig i kapittel 6.3, er ofte begrunnelsen i fengslingskjennelser vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b både kortfattet og mangelfull. Særlig når det kommer til anvendelsen av hensynet til «barnets beste» etter BK artikkel 3 nr. 1 foreligger det store mangler ved dagens praksis. Også når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen er begrunnelsene ofte korte. Disse manglene tyder på at de medfølgende barna i praksis ikke får en tilfredsstillende selvstendig vurdering i tråd med hva de har krav på etter Barnekonvensjonen.

Videre kan det vises til en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett hvor retten anvender en for lav terskel for forholdsmessighetsvurderingen ovenfor en afghansk mors 3 år gamle sønn.

¹³¹ Høringsbrev 19.12.16, side 61.

¹³² *Ibid.*, side 61.

¹³³ LB-2014-50065.

¹³⁴ Høringsbrev 19.12.16, side 61-63.

Kjennelsen går ut på fengsling av mor og barn, og anvender forholdsmessighetsvurderingen som fremgår i utlendl. § 99. I forhold til straffeprosesslovens skjerpede forholdsmessighetsvurdering for de under 18 år, jf. strpl. § 184 andre ledd, uttaler retten at bestemmelsen ikke passer «i et tilfelle som dette hvor det er spørsmål om å fengsle barnet sammen¹³⁵ en av foreldrene med det formål å sikre uttransporteringen».¹³⁶ Forholdsmessighetsvurderingen foretas altså etter terskelen som fremgår av utlendl. § 99, som er lavere enn den lovbestemte terskelen for fengsling av barn etter utlendl. § 106 jf. strpl. § 184 andre ledd.

Denne misforståelsen skyldes antageligvis at loven ikke regulerer tilfellet hvor et barn fengsles sammen med foreldrene grunnet unndragelsesfare knyttet til foreldrene. Hadde loven hatt klarere bestemmelser om fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 ville det ha ført til en bedre anvendelse i praksis av barnas rett på en selvstendig vurdering.

Som retten uttaler i en kjennelse fra Oslo tingrett; «Til tross for den praksis det er redegjort for i politiets påtegning, mener retten det blir mest korrekt at det i slutningen i denne saken også kommer til uttrykk at den fengslige forvaringen omfatter de to medfølgende barna.»¹³⁷

Gjennom selvstendige fengslingsbegjæringer og fengslingskjennelser til de medfølgende barna ville barna vært sikret en selvstendig begrunnelse i hver enkelt sak. Dette ville ivaretatt deres rett til en selvstendig vurdering i større grad enn etter dagens praksis.

En annen problematisk side ved dagens praksis er at barna ofte blir «straffet» for foreldrenes handlinger. For det første er unndragelsesfaren i de aller fleste tilfeller knyttet til foreldrene, og ikke barna. Barna blir da fengslet grunnet foreldrenes atferd eller forventede atferd.¹³⁸ Barna mister således sin rett til frihet grunnet deres foreldres handlinger.

Hvordan foreldrenes handlinger går ut over barna fremgår av flere av fengslingskjennelsene. For eksempel i en kjennelse fra Oslo tingrett legges det til grunn at fengsling ikke er en god løsning i forhold til barnet, og at inngrepet blir større jo lenger fengslingen varer. Likevel anses fengsling som forholdsmessig ovenfor barnet, noe som begrunnes med blant annet at «foreldrene motarbeider utreisen til hjemlandet og at de må bære hovedansvaret for den

¹³⁵ Skrivefeil i dommen; mangler ordet «som».

¹³⁶ LB-2015-112322.

¹³⁷ TOSLO-2014-106948.

¹³⁸ Høringsbrev 19.12.16, side 58.

situasjonen de har sett¹³⁹ seg selv og barnet i.»¹⁴⁰ At barnet ikke bærer noe skyld for situasjonen det har kommet i blir ikke nevnt.

At foreldrenes handlinger brukes til å begrunne fengsling av barna er problematisk med tanke på barnets rett på å bli behandlet som et selvstendig rettssubjekt.

I Rt. 2012 s. 1985 uttales det at «Barnekonvensjonens utgangspunkt er barnets selvstendige rettsposisjon. Det er derfor ikke uproblematisk å foreta en alminnelig identifikasjon mellom barna og foreldrene, i den forstand at foreldrenes forsømmelser med hensyn til utreise i seg selv skulle være til hinder for at barna gis oppholdstillatelse etter lang botid i Norge.»¹⁴¹

Dommen gjelder spørsmål om gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold, og ikke fengsling etter utlendl. § 106. Uttalelsen vil likevel ha generell overføringsverdi for andre saker som gjelder spørsmål om barns selvstendige rettsposisjon etter Barnekonvensjonen og identifikasjon mellom barn og foreldre.

Det at foreldrenes valg og handlinger begrunner fengsling av barnet er også en form for identifikasjon mellom barna og foreldre som, i likhet med Rt. 2012 s. 1985, ikke er uproblematisk.

Et eksempel fra Borgarting lagmannsrett viser at retten også til en viss grad dytter ansvaret for barnet under fengslingen over på foreldrene. I vurderingen av om fengsling av barnet vil være forholdsmessig legges det vekt på at «[u]ansett har foreldrene et ansvar for å gjøre oppholdet så skånsomt som mulig.»¹⁴² Som vist har myndighetene et ansvar for at forholdene under fengslingen tilpasses barnas sårbare situasjon og behov. At foreldrene får ansvar for barnets velvære under fengslingen er dermed også en type identifikasjon mellom barn og foreldre som kan være problematisk i denne sammenheng.

Grunnet mangelfulle begrunnelser i fengslingskjennelsene og problematisk identifikasjon mellom barn og foreldre blir ikke kravet om at barn skal behandles som selvstendige rettssubjekt tilfredsstillt etter dagens lovverk og praksis vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

¹³⁹ Skrivefeil i dommen.

¹⁴⁰ TOSLO-2014-78758.

¹⁴¹ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 193.

¹⁴² LB-2014-81250.

Konklusjonen er at også på dette punkt bryter Norge sine folkerettslige forpliktelser etter Barnekonvensjonen i saker om fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b.

8 Avslutning

Som vist gjennom avhandlingen er det flere problematiske sider ved dagens regelverk og praktisering vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b. Avhandlingen har avdekket mangler ved alle de fire underproblemstillingene. Dagens regelverk og praktisering må derfor gjennomgå flere endringer for å være i tråd med EMK og BK.

Det vil i det følgende ses hen til hvorvidt endringene som er foreslått i høringsbrevet om endringer av utlendingslovens regler om tvangsmidler¹⁴³ vil kunne forbedre rettstilstanden på områdene for de fire underproblemstillingene.

Som vist i kapittel 4 tilfredsstillers ikke dagens regelverk lovkravet etter EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b. I høringsbrevet foreslås å endre på utlendingslovens regler om tvangsmidler. For det første foreslås å innføre særskilt regulering av pågrepelse av mindreårige sammen med foreldrene, og en tydeligere regulering av hvilke regler om fremgangsmåte som gjelder ved fengsling i disse sakene.¹⁴⁴ For det andre påpeker departementet at det bør fremgå klart av utlendingsloven hvilke av straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte som skal gjelde ved fengsling etter utlendingsloven.¹⁴⁵ Om disse forslagene blir gjennomført vil hjemmelen for fengsling av medfølgende barn etter dagens § 106 første ledd bokstav b absolutt bli mer klar og presis. Kravene til lovhjemmel i EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b vil dermed bli bedre tilfredsstillt enn etter dagens lovverk.

Når det gjelder forholdsmessigheten ved fengslingen er det i dag særlig problematisk at forholdene ved Trandum ikke er tilstrekkelig tilpasset barnas sårbarhet og behov under fengslingen, og at myndighetene ikke har utarbeidet og gjennomført tilstrekkelige alternative tiltak til fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b. Vedrørende forholdene under fengslingen blir ikke dette tatt opp i høringsbrevet, og det foreslås ingen endringer som vil forbedre forholdene ved Trandum. Når det kommer til alternative tiltak til fengsling fremgår det i høringsbrevet at UDI de siste årene har satset på forebyggende tiltak som skal legge bedre til rette for at flere velger assistert retur. Dette feltet skal det også satses

¹⁴³ Høringsbrev 19.12.16.

¹⁴⁴ Se Høringsbrev 19.12.16 side 57 hvor dette fremgår og side 99-106 for det konkrete forslaget til formuleringen av utlendingslovens nye bestemmelser om tvangsmidler.

¹⁴⁵ *Ibid* side 25 og side 99-106 for det konkrete forslaget til formulering.

videre på i 2017.¹⁴⁶ Denne satsingen vil forhåpentligvis føre til mindre behov for fengsling av utlendinger i forbindelse med tvangsretur i fremtiden. Videre fremgår at departementet har gitt Politidirektoratet i oppdrag å levere en utredning om mulig bruk av elektronisk kontroll som alternativ til fengsling i fremtiden.¹⁴⁷ At det foretas en utredning av dette tyder på at myndighetene er på god vei til å innfri kravet i BK artikkel 4 jf. artikkel 37 b om å innføre alternativer til fengsling av medfølgende barn. Det bør imidlertid også vurderes enda flere alternativer til fengsling, da det vil være lettere å finne et alternativ jo flere alternativer som er tilgjengelig.

Vedrørende den tredje underproblemstillingen om BK artikkel 3 nr. 1 og hensynet til «barnets beste» er det mangler både i dagens regelverk og i dagens praksis. I høringsbrevet foreslås en lovfesting av at hensynet til barnets beste skal vektlegges som et grunnleggende hensyn, herunder ved vurderingen av om det kan anvendes mindre inngripende tiltak. Det foreslås også lovfesting av at fengslingskjennelsen skal inneholde en begrunnelse av hva som var innholdet i vurderingene om barnets beste.¹⁴⁸ En slik lovfesting vil bidra til en bedre implementering og anvendelse av prinsippet om barnets beste i BK artikkel 3 nr. 1 både i lovverket og i praksis vedrørende fengsling av medfølgende barn etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b. At det også foreslås å innføre en egen bestemmelse om høring av barn i forbindelse med fengsling vil kunne bidra til en bedre anvendelse av hensynet til barnets beste i praksis.¹⁴⁹

I forhold til den siste underproblemstillingen om barnet som selvstendig rettssubjekt fremgår det av høringsbrevet at de anser dagens praksis som tilfredsstillende. Departementet bemerker at retten flere ganger har fastslått at det er formelt i orden at barna inkluderes i foreldrenes fengslingskjennelse. Som vist i kapittel 7 ville selvstendige fengslingskjennelser bedre ivarett barnets rett til en selvstendig vurdering enn at barna inkluderes i foreldrenes kjennelser. På dette punktet vil altså ikke høringsforslaget forbedre rettstilstanden. Imidlertid foreslår departementet som nevnt å innta et krav i lovteksten om at fengslingskjennelsene skal inneholde en begrunnelse av innholdet i vurderingen rundt barnets beste. Et slikt krav ville ført til at barna får en bedre selvstendig begrunnelse i fengslingskjennelsen. Altså vil forslaget til endring i utlendingsloven føre til at barnas rett på en selvstendig rettsposisjon forbedres, til

¹⁴⁶ Se Høringsbrev 19.12.16, side 90.

¹⁴⁷ *Ibid.*, side 91.

¹⁴⁸ *Ibid.*, side 63.

¹⁴⁹ *Ibid.*, side 8 og 63.

tross for at endringen ikke fullstendig tilfredsstillende kravet om barnet som selvstendig rettssubjekt. Det foreslås heller ingen endringer når det gjelder dagens bruk av problematisk identifisering mellom barn og foreldre. På dette punktet vil altså ikke rettstilstanden forbedres.

Endringene som foreslås i høringsbrevet vil altså avhjelpe de problematiske sidene ved dagens lovverk og praksis på flere områder. Imidlertid er det fortsatt sider av lovverket og praksisen som vil fortsette å være problematisk i forhold til EMK og BK dersom endringene gjennomføres.

I lys av skadevirkningene fengsling har på barn¹⁵⁰ og at barn skal nyte et særlig rettsvern bør det jobbes mot et mål om at det aldri skal være nødvendig å fengsle barn grunnet deres migrasjonsstatus og foreldrenes handlinger.¹⁵¹

Til tross for at verken EMK eller BK har et totalforbud mot fengsling av barn betyr ikke dette at ikke utviklingen bør gå mot et totalforbud når det gjelder fengsling av barn i forbindelse med utlendingskontroll. Dersom Norge ønsker å være en pådriver for barns rettigheter internasjonalt bør vi gå foran som et godt eksempel ved å finne andre alternativer til en effektiv innvandringspolitikk enn å fengsle barn.¹⁵² Som pådriver for barns rettigheter er det ikke tilstrekkelig å oppfylle minstemålene i EMK og BK, målet burde være å sikre barns rettigheter på best mulig måte.¹⁵³

Frem mot en eventuell avskaffelse av fengsling av barn på Trandum bør det jobbes med å gjøre forholdene på Trandum enda bedre tilpasset barn og barnefamilier. Som det fremgår av avhandlingen er ikke Trandum et egnet sted for barn å oppholde seg. Det er mye som kan endres på for å gjøre barnas opphold på Trandum mer skånsomt.¹⁵⁴ Et minstemål bør derfor være å gjøre oppholdet på Trandum så skånsomt som overhodet mulig for barna som fengsles der.

¹⁵⁰ Se blant annet Juan Mendez (05.03.2015), avsnitt 16 og 80.

¹⁵¹ Se også UNHCRs anbefalinger i *Detention Guidelines* avsnitt 52.

¹⁵² Se artikkelen «Barns menneskerettigheter» på regjeringen.no hvor det fremgår at Norge er en internasjonal pådriver for barns rettigheter og for etterlevelse av FN-konvensjoner og andre folkerettslige instrumenter som vedrører barn.

¹⁵³ Også lagt til grunn av Fornes (2006), side 90.

¹⁵⁴ NOAS og Redd Barna foreslår en rekke tiltak, både små og store, i sin rapport «Jeg har ikke gjort noe galt».

Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Fagbokforlaget (Bergen 2011)
- Bø (2013) Bø, Bente Puntervold, «Fengsling av utlendinger: den nye utlendingsloven og rettssikkerhetsprinsipper», side 135-155 i Johansen, Nicolay B., Uglevik, Thomas, Aas, Katja Franko (red.), *Krimigrasjon? Den Nye Kontrollen av de Fremmede*, Universitetsforlaget (Oslo 2013)
- Cornelisse (2010) Galina Cornelisse, «Immigration, Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty», *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Volume 19, BRILL (Leiden 2010)
- Fornes (2006) Fornes, Ingun, «Varetektsfengsling av barn», *Kritisk juss*, 2006 s. 87-107. Tilgjengelig via: www.lovdatab.no
- Hedlund (2008) Hedlund, Mary-Ann(red), *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*, Fagbokforlaget (Bergen 2008)
- Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (2016) Høstmølingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga, Sandberg, Kirsten (red.), *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2016).
- Johansen, Uglevik og Aas (2013) Johansen, Nicolay B., Uglevik, Thomas, Aas, Katja Franko (red.), *Krimigrasjon? Den Nye Kontrollen av de Fremmede*, Universitetsforlaget (Oslo 2013)

- Mohn (2013) Mohn, Sigmund B. «Passet påskrevet. Utlendinger og kontroll i kriminalstatistikkens grenseland», side 43-64 i Johansen, Nicolay B., Uglevik, Thomas, Aas, Katja Franko (red.), *Krimmigrasjon? Den nye kontrollen av de fremmede*, Universitetsforlaget (Oslo 2013)
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm akademisk (Oslo 2012)
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2004)
- Ruud og Ulfstein (2011) Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i Folkerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2011)
- Sandberg (2004) Sandberg, Kirsten, «Inkorporeringen av FNs barnekonvensjon i norsk rett», *Kritisk Juss* nr. 4 2004 (Volum 55) s. 316-329.
- Sigurdsen (2014) Sigurdsen, Randi, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift* nr. 1 2014 s. 43-60.
Tilgjengelig via: www.lovdata.no
- Suominen (2013) Suominen, Annika, «Forholdet mellom utlendingslovens og straffeprosesslovens regler om fengsling», side 121-134 i Johansen, Nicolay B., Uglevik, Thomas, Aas, Katja Franko (red.), *Krimmigrasjon? Den Nye Kontrollen av de Fremmede*, Universitetsforlaget (Oslo 2013)
- Ulfstein (2012) Ulfstein, Geir, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og Rett* 2012 s. 552-570.
Tilgjengelig via: www.lovdata.no
- Vevstad (2010) Vevstad, Vigdis(red), *Utlendingsloven: kommentarutgave*, Universitetsforlaget (Oslo 2010).

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

Utredninger/Rapporter

General Comment No. 5 Utgitt av Barnekomiteen 27. november 2003, referanse: CRC/GC/2003/527.
Tilgjengelig via: www.ohchr.org → Human Rights Bodies → Committee on The Rights of the Child → The Work of the Committee → General Comments

General Comment No. 14 Utgitt av Barnekomiteen 29. mai 2013, referanse: CRC/C/GC/14
Tilgjengelig via: www.ohchr.org → Human Rights Bodies → Committee on The Rights of the Child → The Work of the Committee → General Comments

Husabø og Suominen (2012) Husabø, Erling Johannes og Suominen, Annika Elisabet, *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler – En utredning avgitt til Justisdepartementet 02.03.2012*, Universitetet i Bergen, 2012.
Tilgjengelig via: www.lovddata.no

Juan Mendez (05.03.2015) Mendez, Juan, FNs spesialrapportør mot tortur, rapport til FNs generalforsamling 5. mars 2015, *Torture and ill-treatment of children deprived of their liberty*, referanse: A/HRC/28/68

NOAS Skrevet av Berglund, Siril Henriksen og Møkkelgjerd, André, utgitt av NOAS, *Frihet først – En rapport om alternativer til internering*, Norsk organisasjon for asylsøkere, publisert 26. februar 2015.
Tilgjengelig via: www.noas.no

- NOAS og Redd Barna Skrevet av Austenå, Ann-Margit (generalsekretær i NOAS) og Wang, Tove (generalsekretær i Redd Barna), utgitt av Norsk organisasjon for asylsøkere og Redd Barna, «*Jeg har ikke gjort noe galt*» – *Barn og foreldres opplevelse av tvangsretur*, utgitt med støtte fra ExtraStiftelsen, publisert 23. mai 2017.
Tilgjengelig via: www.noas.no
- Psykologforeningen Evang, Karl Eldar, Hjermann, Reidar og Gran, Jorun, *Rapport fra psykologforeningens menneskerettighetsutvalg etter besøk ved Trandum, Politiets utlendingsinternat*, publisert november 2015.
Tilgjengelig via: www.psykologforeningen.no
- Politiets utlendingsenhet *Årsmelding 2011*.
Tilgjengelig via:
https://www.politi.no/politiets_utlendingsenhet/om_politiets_utlendingsenhet/arsmeldinger/
- Sivilombudsmannen Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse, *Besøksrapport – Politiets utlendingsinternat på Trandum 19.-21. mai 2015*.
Tilgjengelig via: www.sivilombudsmannen.no
- UNHCR *Detention Guidelines - guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, UNHCR 2012
- Norske lover**
- 1814 *Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814*
- 1967 *Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967*
- 1991 *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25*

1999	<i>Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30</i>
2005	<i>Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28</i>
2008	<i>Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) 15. mai 2008 nr. 35</i>

Norske lovforarbeider

Ot.prp.nr.75 (2006-2007)	<i>Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)</i>
Prop. 138 L (2010-2011)	<i>Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)</i>
Meld. St. 27 (2011-2012)	<i>Melding til Stortinget – Barn på flukt</i>
Høringsbrev 19.12.16	<i>Høring om forslag til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler</i> Ref: 16/7930. 19. desember 2016.

Norske rettsavgjørelser

Rt. 2010 s. 1313	Dom avsagt i Høyesterett 01. november 2010
Rt. 2012 s. 1985	Dom avsagt i Høyesterett 21. desember 2012
Rt. 2015 s. 93	Dom avsagt i Høyesterett 29. januar 2015
LB-2014-50065	Kjennelse avsagt i Borgarting lagmannsrett 25. mars 2014
LB-2014-81250	Kjennelse avsagt i Borgarting lagmannsrett 16. mai 2014
LB-2014-130280	Kjennelse avsagt i Borgarting lagmannsrett 18. august 2014
LB-2015-112322	Kjennelse avsagt i Borgarting lagmannsrett 16. juli 2015
LB-2016-43003	Kjennelse avsagt i Borgarting lagmannsrett 15. mars 2016
LB-2016-126719	Kjennelse avsagt i Borgarting lagmannsrett 12. august 2016

TOSLO-2014-32145	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 21. februar 2014
TOSLO-2014-49705	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 19. mars 2014
TOSLO-2014-56478	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 02. april 2014
TOSLO-2014-71132	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 30. april 2014
TOSLO-2014-78758	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 14. mai 2014
TOSLO-2014-89141	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 28. mai 2014
TOSLO-2014-106948	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 26. juni 2014
TOSLO-2014-128871	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 12. august 2014
TOSLO-2014-156370	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 01. oktober 2014
TOSLO-2015-23923	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 10. februar 2015
TOSLO-2015-35122	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 27. februar 2015
TOSLO-2015-66531	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 23. mars 2015
TOSLO-2015-111904	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 09. juni 2015
TOSLO-2015-117888	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 22. juli 2015
TOSLO-2016-42590	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 10. mars 2016
TOSLO-2016-142876	Kjennelse avsagt i Oslo tingrett 09. september 2016

Internasjonale konvensjoner

1950	<i>European Convention on Human Rights, 4. november 1950</i>
1969	<i>The Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969</i>
1989	<i>Convention on the Rights of the Child, 20. november, 1989</i>

Rettsavgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg

<i>Sunday Times</i>	Sunday Times v. The United Kingdom, 26. april 1979, 6538/74
<i>Winterwerp</i>	Winterwerp v. The Netherlands, 24. oktober 1979, 6301/73
<i>Malone</i>	Malone v. The United Kingdom, 02. august 1984, 8691/79
<i>Johnston</i>	Johnston and others v. Ireland, 18. desember 1986, 9697/82
<i>Quinn</i>	Quinn v. France, 22. mars 1995, 18580/91
<i>Chahal</i>	Chahal v. The United Kingdom, 15. november 1996, 22414/93
<i>Witold Litwa</i>	Witold Litwa v. Poland, 04. april 2000, 26629/95
<i>Conka</i>	Conka v. Belgium, 05. Februar 2002, 51564/99
<i>Vasileva</i>	Vasileva v. Denmark, 25. september 2003, 52792/99
<i>Batalov</i>	Batalov v. Lithuania, 15. november 2005, 30789/04
<i>Mayeka og Mitunga</i>	Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, 12. oktober 2006, 13178/03
<i>Saadi</i>	Saadi v. The United Kingdom, 29. januar 2008, 13229/03
<i>A m.fl.</i>	A and others v. The United Kingdom, 19. februar 2009, 3455/05
<i>Mikolenko</i>	Mikolenko v. Estonia, 08. oktober 2009, 10664/05
<i>Muskhadzhiyeva</i>	Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, 19. januar 2010, 41442/07
<i>Medvedyev</i>	Medvedyev and others v. France, 29. mars 2010, 3394/03
<i>Popov</i>	Popov v. France, 19. januar 2012, 39472/07 og 39474/07

Nettpublikasjoner/nettdokumenter

- Regjeringen (30.10.14) Regjeringen.no, *Barns menneskerettigheter*, artikkel sist oppdatert 30.10.14. Tilgjengelig via www.regjeringen.no
- Aftenposten (31.08.16) Foss, Andreas Bakke, *Barn holdt innesperret 18 og 24 døgn bak piggrådgjerdene på Trandum - politiets hovedregel er maks 24 timer*, 31.08.16 (oppdatert 19.09.16)
<http://www.aftenposten.no/norge/Barn-holdt-innesperret-18-og-24-dogn-bak-piggtraadgjerdene-pa-Trandum---politiets-hovedregel-er-maks-24-timer-603275b.html> [lastet ned 21.03.17]
- TV2 (08.09.16) Stiegler, Ingvil Teige, *Raser mot Listhaug: – Dette er fengsling av barn*, 08.09.16
<http://www.tv2.no/a/8572643/> [hentet 21.03.17]
- ABC Nyheter (04.01.17) Fremstad, Mads, *Politiet bryter egne instruksjoner: Barn holdt innesperret i 33 døgn på Trandum*, 04.01.17 (oppdatert 05.01.17):
<https://www.abcnyheter.no/nyheter/2017/01/04/195267789/barn-holdt-innesperret-i-33-dogn-pa-trandum> [lastet ned 21.03.17].

Personlig korrespondanse

- Epost datert 24.04.17 Epost fra Nilsen, Johannes Flisnes, seniorrådgiver for Sivilombudsmannens forebyggingsenhet, epost datert 24.04.17