

Justis – og beredskapsdepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Dato:
13. februar 2017
Vår referanse:
2017/12
Deres referanse:
16/7930

Høring – forslag til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler

1. Innledning og anbefalinger

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 19. desember 2016 med forslag til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («Nasjonal institusjon») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 1 annet ledd. Nasjonal institusjon skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. loven § 3 første ledd bokstav b. I dette ligger det særlig at Nasjonal institusjon skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene, jf. Innst. 2016 L (2014-2015) s. 3.

Nasjonal institusjons rolle vil primært være å foreta en vurdering av hvordan de foreslåtte endringene forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er ikke Nasjonal institusjons oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget. Nasjonal institusjon ser at asyl og migrasjon er et komplekst område hvor kryssende hensyn gjør seg gjeldende. Forslaget til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler berører imidlertid noen sentrale menneskerettslige problemstillinger. I denne høringsuttalelsen vil vi peke på enkelte aspekter ved lovforslaget som det ut fra et menneskerettslig perspektiv kan være grunn til å være oppmerksom på i det videre arbeidet.

Vi har av kapasitetsmessige årsaker ikke kunnet gjennomgå alle forslagene i høringsnotatet, men har konsentrert oss om endringene som gjelder tvangsmessig tilbakehold av barn.

Innledningsvis vil Nasjonal institusjon peke på at det følger av utredningsinstruksen at prinsipielle spørsmål tiltakene reiser må utredes. I veilederen til utredningsinstruksen er det pekt på at et slikt prinsipielt spørsmål kan være menneskerettslige spørsmål. Det er derfor positivt at departementet i punkt 3.3, 3.4 og 5.3 har redegjort for de konstitusjonelle og folkerettslige rammene for forslagene.

Nasjonal institusjon har arbeidet med problemstillinger rundt fengsling av medfølgende barn høsten 2016. Fengsling av medfølgende barn reiser en rekke konstitusjonelle og folkerettslige problemstillinger. På et overordnet nivå mener Nasjonal institusjon at de foreslåtte regelendringene på en bedre måte vil ivareta de strenge vilkår som gjelder for fengsling av barn enn det gjeldende regelverket. På enkelte punkter mener Nasjonal institusjon imidlertid at lovforslaget ikke i tilstrekkelig grad ivaretar våre folkerettslige forpliktelser.

Nasjonal institusjon vil fremme følgende anbefalinger:

- Det bør komme tydelig frem i forarbeidene at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring av terskelen for å tvangsmessig tilbakeholde barn. Vilkåret bør være at slik tilbakeholdelse må være *«tvingende nødvendig for å gjennomføre utsendelsen»*.
- Det bør komme tydeligere frem, fortrinnsvis i lovverket, at også medfølgende barn er selvstendige rettssubjekter som skal ha partsstatus i saker som gjelder tvangsmessig tilbakehold.
- Det bør presiseres i forarbeidene at det må foretas en individuell vurdering av hensynet til barnets beste hvor barnets interesser må løftes frem og stå i forgrunnen.
- Unntakene fra de foreslåtte maksimalfristene for å tvangsmessig tilbakeholde barn må snevres inn til «ekstraordinære tilfeller», slik at det er bedre samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.
- Myndighetene bør prioritere etablering av en egen familieenhet utenfor Trandum.

Vi vil redegjøre nærmere våre vurderinger i det følgende.

2. Prosessuelle rettigheter

2.1. Barn som selvstendige rettssubjekter

I høringsbrevet punkt 5.6.4 legges det til grunn at det ikke er et krav om at det skal foreligge en selvstendig fengslingskjennelse for barnet, så lenge barnet behandles som part i saken og det foretas en egen vurdering knyttet til barnet med en tilfredsstillende begrunnelse. Det foreslås derfor å lovfeste i utlendingsloven § 106 tredje ledd annet punktum at barnets beste skal vektlegges som et grunnleggende hensyn. I særmerknadene til § 106b er det understreket at vilkårene for tvangsmessig tilbakeholdelse må være oppfylt for hvert enkelt barn i en barnefamilie.

Nasjonal institusjon er enige i departementets signaler om at barn må behandles som part i en sak som gjelder tvangsmessig tilbakehold. Det kan utledes både av Grunnloven og barnekonvensjonen at barn er selvstendige rettssubjekter som har rett til å få lovligheten av en frihetsberøvelse prøvd for en domstol.¹

¹ Grunnloven § 94 jf. § 104 og barnekonvensjonen artikkel 37d.

I forarbeidene til utlendingsloven fremgår følgende om medfølgende barns status ved fengslinger etter utlendingsloven;²

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

Nasjonal institusjon har gjennomgått fengslingskjennelser som finnes på lovdata og som omhandler fengsling av medfølgende barn i perioden 2014-2016.³ Vår gjennomgang gir indikasjoner på det samme som refereres i forarbeidene, nemlig at fengslingen av medfølgende barn som regel er avledet av en fengslingskjennelse mot foreldrene. I noen av sakene er barna gitt partsstatus i fengslingskjennelsen. I flere av sakene er barna ikke formelt parter i fengslingskjennelsen, men det fremgår av kjennelsen at de er omfattet av politiets fengslingsbegjæring. Det varierer også om barna er nevnt i kjennelses slutning.

For å sikre medfølgende barns menneskerettigheter i praksis, mener Nasjonal institusjon det bør komme tydeligere frem, fortrinnsvis i lovverket, at også medfølgende barn er selvstendige rettssubjekter som skal ha partsstatus. Det bør også komme tydeligere frem at en ved dette går bort fra den praksis som har vært til nå hvor fengsling av medfølgende barn stort sett har vært avledet av en fengslingskjennelse mot foreldrene, uten at barna har vært nevnt som part, og med store variasjoner i vurderingen av om vilkårene for fengsling av hvert enkelt barn er oppfylt.

Anbefaling: Nasjonal institusjon mener det bør komme tydeligere frem at også medfølgende barn er selvstendige rettssubjekter som skal ha partsstatus i saker som gjelder tvangsmessig tilbakehold.

2.2. Barns rett til å bli hørt

Nasjonal institusjon ser det videre som positivt at barns rett til å bli hørt foreslås regulert i utlendingsloven § 106a sjette ledd.

Barns rett til å bli hørt er i gjeldende rett regulert i utlendingsloven § 81 annet ledd jf. utlendingsforskiften § 17-3. Det gjeldende regelverket synes i utgangspunktet å være godt i samsvar med både Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 12. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett.⁴

Ettersom praksis i dag er at fengsling av medfølgende barn er avledet av en pågripelsesbeslutning og fengslingsbegjæring mot foreldrene, og hvor det stort sett er foreldrene som er part, stiller vi imidlertid spørsmål ved om barnas rett til å bli hørt blir håndhevet i praksis når medfølgende barn fengsles. Det er vanskelig å trekke noen klare konklusjoner om dette ut fra det utvalget av kjennelser vi har

² Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) s. 14.

³ Søk i «alle strafferettslige avgjørelser» + søkeord (Barn+fengsel+utlendingsloven av 2008), (Utlendingsloven av 2008 § 106+barn) og (Barn+fengsel+intererering+utlendingsloven av 2008).

⁴ Rt. 2015 s. 1388.

gjennomgått. Det er kun i en av kjennelsene at barnas rett til å bli hørt er direkte problematisert. Utover dette er kjennelsene tause med tanke på om de barna som er store og modne nok til å kunne fremføre sitt syn faktisk har fått muligheten til dette, enten direkte eller via en representant.

En slik tydeliggjøring i regelverket som lovforslaget legger opp til vil, slik Nasjonal institusjon ser det, sikre barns rett til å bli hørt bedre i praksis.

3. Vilåret om at tvangsmessig tilbakehold må være «helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen»

Etter gjeldende rett er vilåret for å pågripe barn at dette er «særlig påkrevd».⁵ Barn kan ikke fengsles med mindre det er «tvingende nødvendig».⁶ Vilåret om at fengsling må være «tvingende nødvendig» ble innført ved en lovendring i 2012. Før denne lovendringen var vilåret for pågrepelse og fengsling av barn det samme, nemlig at slike tvangsmidler måtte være «særlig påkrevd». Høyesterett la i 2004 til grunn at det var samsvar mellom vilåret om at pågrepelse og fengsling skulle være «særlig påkrevd» og barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, som fastslår at frihetsberøvelse av barn bare skal «benyttes som en siste utvei».⁷ Det fremgår av forarbeidene at innføringen av vilåret om at fengsling må være «tvingende nødvendig» neppe ville medføre noe realitetsendring, men at endringen i første rekke tok sikte på å tydeliggjøre at terskelen for varetektsfengsling av barn skal være høy.⁸ Vilåret om at fengsling skal være «tvingende nødvendig» er derfor i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b.

Lovforslaget legger opp til at det alminnelige vilåret for tvangsmessig tilbakehold av barn med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b (unndragelsesfare) skal være at slikt tilbakehold «er helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen».⁹ I høringsbrevet er det redegjort for behovet for å endre terminologi slik at ordlyden i vilåret er mer tilpasset formålet med frihetsberøvelse etter utlendingsloven.¹⁰ Det er også redegjort for vilåret i særmerknadene.¹¹

Nasjonal institusjon legger til grunn at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring når det gjelder terskelen for frihetsberøvelse av barn etter utlendingsloven. Dette kommer slik vi ser det ikke tydelig nok frem i høringsbrevet.

For å styrke og sikre menneskerettighetene, mener vi det bør tydeliggjøres i forarbeidene at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring ved det nye vilåret. Det bør også fremgå at vilåret er ment å speile de strenge vilkår som oppstilles for frihetsberøvelse av barn både etter Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen. Vi ser også en utfordring i å ha ulike «terskel-vilkår» i straffeprosessen og etter utlendingsloven. Et alternativ er derfor å kvalifisere terskelen på lik måte som i straffeprosessen, men at koblingen til formålet med frihetsberøvelsen etter utlendingsloven blir stående. Vi forslår derfor at

⁵ Strprl. § 174

⁶ Strprl. § 184 annet ledd annet punkt

⁷ Rt. 2004 s. 1655

⁸ Prop. 135 L (2010-2011) Barn og straff s. 58-59

⁹ Lovforslaget § 106 siste ledd

¹⁰ Høringsbrevet side 60-61

¹¹ Høringsbrevet side 95-96

vilkåret for tvangsmessig tilbakehold av barn kan være at et slikt tiltak må være «tvingende nødvendig for å gjennomføre utsendelsen».

Anbefaling Nasjonal institusjon mener det bør komme tydelig frem i forarbeidene at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring av terskelen for å tvangsmessig tilbakeholde barn. Vilkaåret bør være at slik tilbakeholdelse må være «tvingende nødvendig for å gjennomføre utsendelsen».

4. Vurderingen av barnets beste

I utkast til nytt siste ledd siste punktum i § 106 fremgår det at hensynet til barnets beste alltid skal vurderes som et grunnleggende hensyn i saker om tvangsmessig tilbakehold. Nasjonal institusjon mener det er positivt at hensynet til barnets beste løftes frem på en tydelig måte i vilkårene for tvangsmessig tilbakehold av barn.

Det fremgår videre av høringsbrevet at å «holde et barn fengslet sammen med foreldrene må anses å være det beste for barnet i de aller fleste tilfeller.»¹² Samme sted redegjøres det for barnekonvensjonen artikkel 3 og Høyesteretts vurderinger knyttet til denne bestemmelsen.

Nasjonal institusjon vil imidlertid bemerke følgende:

Det utvalget fengslingskjennelser vi har gjennomgått gir indikasjoner på at det i dag er stor variasjon i vurderingen av barnets beste når medfølgende barn fengsles sammen med sine foreldre. Vårt inntrykk er at vurderingen av barnets beste etter dagens praksis i stor grad tar utgangspunkt i foreldrene, som er de som er formelle parter i fengslingsaken. Vurderingene er stort sett at det er nødvendig å fengsle foreldrene grunnet unndragelsesfare, og at det er til barnets beste å være sammen med sine foreldre og ikke overlates til andre. Dette er også i tråd med uttalelser i forarbeidene.¹³

En slik generell tilnærming til barnets beste, som også synes å ta utgangspunkt i foreldrene, er slik vi ser det lite forenlig med Grunnloven og barnekonvensjonen.

Høyesterett har i flere avgjørelser de senere årene tatt stilling til hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Her har det vært en utvikling. I *Ashok-saken* fra 2009 synes flertallet i Høyesterett å legge til grunn at hensynet til barnets beste skal være et sentralt moment i vurderingen når det gjelder saker som berører barn.¹⁴ Flertallet sluttet seg til UNEs forståelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, som var at bestemmelsen pålegger nemnda å vektlegge hensynet til barnets beste. UNE la videre til grunn at det forhold at barnets interesse skal være et grunnleggende hensyn, ikke utelukker at innvandringspolitiske og andre hensyn kan være relevante og også avgjørende i en sak.

I *Maria-saken*, som ble avsagt i 2015, utdyper Høyesterett nærmere hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.¹⁵ Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av et utvisningsvedtak

¹² Høringsbrevet side 46.

¹³ Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) s. 14

¹⁴ Rt. 2009 s. 1261

¹⁵ Rt. 2015 s. 93.

overfor en mor som var aleneforsørger for en liten jente som var norsk statsborger. Høyesterett fastslo at Barnekomitéens General Comment No. 14 (2013) utgjør et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Høyesterett uttalte videre følgende;¹⁶

«Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Det fremheves samme sted at bestemmelsen dessuten virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests». Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn. I avsnitt 36-40 utdypes Barnekomiteen selve normen. Det fremgår at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, jf. her også plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Men komiteen understreker at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnet ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.» (uthevet her)

Under henvisning til ovennevnte tolkning av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, samt at barnets beste har en helt sentral plass under proporsjonalitetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2, tok Høyesterett utgangspunkt i jenta og hva som var i hennes interesse i sin vurdering av om det var forholdsmessig å utvise moren.¹⁷

Den normen Høyesterett har gitt uttrykk for i Maria-saken, vil slik vi ser det også være retningsgivende for vurderingen av om tvangsmessig tilbakeholdelse av et medfølgende barn er forholdsmessig etter utlendingsloven. Det må foretas en konkret identifisering og vurdering av hva som er det enkelte barns beste. Dette vil være mulig blant annet ved å høre barnets og foreldrenes syn, slik lovforslaget legger opp til. På denne bakgrunn bør det vises forsiktighet med uttalelser i forarbeidene som kan oppfattes som en presumsjon for et gitt utfall.

Barn er etter våre konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser selvstendige rettssubjekter som har krav på å få en individuell vurdering av om vilkårene for å fengse dem er oppfylt. I denne vurderingen vil hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn. Tar en utgangspunkt i barnet er det nærliggende å anta at vurderingstemaet kan se noe annerledes ut enn det som er skissert i høringsbrevet. Det er nærliggende å anta at det generelt ikke er til barnets beste å oppholde seg på Trandum. En må så se om det foreligger andre så tungtveiende hensyn at hensynet til barnets beste likevel må vike. Men det må under enhver omstendighet fortas en konkret vurdering, hvor hvert barns interesser individuelt må identifiseres, løftes frem og stå i forgrunnen for den vurdering domstolen skal foreta.

¹⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65

¹⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72

Anbefaling: Nasjonal institusjon anbefaler at det i forarbeidene presiseres at det må foretas en individuell vurdering av hensynet til barnets beste hvor barnets interesser må løftes frem og stå i forgrunnen.

5. Tidsfrister for tvangsmessig tilbakehold av medfølgende barn

5.1. Innledning

I høringsbrevet foreslås det å lovregulere tidsfrister for fengsling av barn.¹⁸ Nasjonal institusjon er i utgangspunktet positive til at det innføres tidsfrister for tvangsmessig tilbakehold av barn.

Forslaget reiser slik vi ser det imidlertid enkelte utfordringer knyttet til våre folkerettslige forpliktelser, spesielt EMK.

Både Grunnloven og Norges folkerettslige forpliktelser oppstiller strenge vilkår for frihetsberøvelse av barn. Blant annet er tidsperspektivet for hvor lenge barn kan holdes fengslet viktig. I det følgende vil vi redegjøre for de skranker vi mener kan utledes av Grunnloven og våre folkerettslige forpliktelser når det gjelder fengslingens lengde for barn, før vi foretar en vurdering av lovforslaget opp mot disse skrankene.

5.2. Departementets forslag

Departementet foreslår i utkast til ny § 106b annet ledd femte og sjette punktum særskilte tidsfrister for tvangsmessig tilbakehold av barn. Det foreslås at barn ikke skal kunne tvangsmessig tilbakeholdes for mer enn tre døgn (72 timer) av gangen, og at samlet periode for tvangsmessig tilbakehold ikke kan overstige seks døgn.

Videre foreslås det unntak fra dette utgangspunktet dersom «*familien eller den mindreårige selv aktivt forsinker uttransporteringen eller annen særlig grunn tilsier det.*» I særmerknadene eksemplifiseres særlige grunner med at det er «*avdekket konkrete planer om unndragelse, at familien tidligere har unndratt seg utsendelse ved å holde seg skjult, at familien har forsøkt å reise videre til et tredjeland innenfor Schengen, at familien har kommet tilbake til Norge etter tidligere og ha blitt uttransportert, at familien har sittet i kirkeasyl osv.*»¹⁹

I tilfeller hvor det unntaksvis er grunnlag for tvangsmessig tilbakehold over seks døgn, kan retten beslutte videre tvangsmessig tilbakehold for inntil en uke av gangen.

5.3. Grunnlovsmessige skranker for frihetsberøvelse av barn

Grunnloven § 94 første ledd annet punktum fastsetter at frihetsberøvelse «*må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.*» Kravene om nødvendighet og forholdsmessighet ble inntatt ved Grunnlovsrevisjonen i 2014. Hva konkret som ligger i forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven

¹⁸ Høringsbrevet side 67-69 og lovforslaget § 106b annet ledd.

¹⁹ Høringsbrevet side 98.

§ 94 er ikke særlig omtalt av Lønningutvalget. Nødvendighets- og forholdsmessighetsvilkåret synes imidlertid å ha blitt tatt inn i grunnlovsteksten som en nærmere presisering av EMK og SP's vern mot vilkårlig frihetsberøvelse. EMD har i noen saker etter EMK artikkel 5 første ledd bokstav f vektlagt lengden på frihetsberøvelsen.²⁰ Nasjonal institusjon legger til grunn at samlet fengslingstid også vil utgjøre et moment i vurderingen av om fengslingen vil være nødvendig og forholdsmessig etter Grunnloven.

En annen skranke som er relevant ved vurderingen av vilkåret om at fengsling skal skje for kortest mulig tidsrom er Grunnloven § 93 annet punktum. Bestemmelsen lyder;

«Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

Bestemmelsen har en side til forholdsmessighets- og nødvendighetsvurderingen etter Grunnloven § 94, og må for øvrig tolkes i lys av de internasjonale forbildene, hvor EMK artikkel 3 er særlig relevant. Vi kommer nærmere tilbake til EMK artikkel 3 nedenfor.

5.4. Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b oppstiller vilkår om at fengsling av barn skal skje for et kortest mulig tidsrom. Konvensjonen i seg selv oppstiller ingen maksimalgrense for fengslingens lengde. Ved fengsling i tilfeller hvor barn begår kriminalitet har Barnekomiteen gitt anbefalinger om at fengslingen skal være begrenset ved lov og være gjenstand for regelmessig vurdering. Barnekomiteen har videre uttalt at;²¹

«Ethvert barn som blir arrestert og internert, skal få sin sak prøvd for en kompetent myndighet, som innen 24 timer skal vurdere om frihetsberøvelsen (og eventuell fortsatt frihetsberøvelse) er i henhold til loven. Komiteen anbefaler også partene å sørge for, gjennom strenge lovbestemmelser, at en slik vurdering blir gjort regelmessig, fortrinnsvis annen hver uke.»

Anbefalingen til Barnekomiteen ble fulgt opp i forbindelse med lovendringen av 20. januar 2012, hvor straffeprosessloven § 185 annet ledd fikk følgende ordlyd;²²

«Er den siktede under 18 år, skal fristen være så kort som mulig og ikke overstige to uker»

Utover dette har Barnekomiteen etter det vi har kunnet bringe på det rene ikke uttalt seg spesifikt om tidsfrister når det gjelder fengsling av barn.

²⁰ Høstmølingen, Internasjonale menneskerettigheter, 2 utg. s. 184 med videre henvisninger.

²¹ General Comment No. 10 punkt 83

²² Prop. 135 L (2010-2011) Barn og straff s. 62

5.5. Den europeiske menneskerettskonvensjon

Heller ikke EMK oppstiller eksplisitte frister for fengsling, verken av barn eller voksne. Når det gjelder fengsling av barn i forbindelse med utlendingssaker vil imidlertid fengslingstidens lengde være av stor betydning for vurderingen av om fengslingen er i strid med EMK artikkel 3.

EMK artikkel 3 oppstiller et absolutt forbud mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. For at en behandling skal anses som umenneskelig eller nedverdiggende i relasjon til artikkel 3 oppstilles det et minstekrav hva gjelder alvorlighetsgrad.

EMD har ved flere dommer som omfatter fengsling av medfølgende barn konstatert krenkelse av EMK artikkel 3. Grunnlaget for rettighetsbruddet har vært en kombinasjon av tre faktorer; barnas lave alder, varigheten av fengslingen og fengslingsforholdene.²³ Det faktum at medfølgende barn er sammen med sine foreldre fratår ikke statene de positive forpliktelsene de har etter EMK artikkel 3.²⁴ Domstolen har videre uttalt at «den svært sårbare situasjonen til barnet er avgjørende og veier tyngre enn egenskapen av å være utlending med ulovlig opphold [..]»²⁵

Saken *Popov v. Frankrike* gjaldt fengsling av en familie med to barn på henholdsvis tre måneder og fire år i utlendingsinternatet Rouen-Oissel.²⁶ Internatet var godkjent for å motta familier. Det var en egen enhet for innkvartering av familier og enslige kvinner. Enheten hadde ikke noe virkelig leke- og adspredelsesområde. Atmosfæren ble beskrevet som «*distressing and stressful, with a lack of privacy and a high level of tension.*» Det var tett gitter foran vinduene, uteområdet var av betong med netting over.

Domstolen mente at interneringen av barna utgjorde et brudd på EMK artikkel 3. Domstolen fremhevet statenes positive forpliktelser i relasjon til EMK artikkel 3, og la til at «*it is important to bear in mind that the child's extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant [..]*».²⁷ (uthevet her)

Innvandringspolitiske hensyn måtte med andre ord vike i møte med plikten til å sikre rettighetene til barn med en særlig sårbarhet.

I tillegg vektla domstolen at de materielle forholdene på familieavdelingen var uegnet for små barn. Videre ble det vektlagt at internatet ikke ga rom for privatliv, at det var preget av stress, usikkerhet og en uvennlig atmosfære som også hadde skadelige virkninger for barn. I vurderingen av interneringens lengde anla domstolen barnets perspektiv og uttalte følgende:

«*the Court finds that the length of detention of the children, over a period of fifteen days, whilst not excessive per se, could be perceived by them as never-ending, bearing in mind that the facilities were ill adapted to their accomodation and age.*» (uthevet her)

²³ A.B og andre v. Frankrike 12. juli 2016 (11593/12) punkt 109

²⁴ A.B og andre v. Frankrike 12. juli 2016 (11593/12) punkt 110

²⁵ A.B og andre v. Frankrike 12. juli 2016 (11593/12).

²⁶ *Popov v. Frankrike* 19. januar 2012 (39472/07 og 39474/07).

²⁷ *Popov v. Frankrike* 19. januar 2012 (39472/07 og 39474/07) punkt 91.

Det kan utledes av Popov-saken at de materielle forholdene barnefamilier fengsles under er av stor betydning, i tillegg til atmosfæren og stemningen på internatet. Dersom de materielle forholdene er uegnet for barn, i kombinasjon med et usikker og angstskapende miljø, vil dette i seg selv virke skadelig på barns psykiske helse. Det synes også som om domstolen legger barnas perspektiv til grunn i vurderingen av fengslingstidens lengde.

Som det også redegjøres for i høringsbrevet avsa EMD sommeren 2016 fem dommer mot Frankrike.²⁸ I alle sakene kom domstolen til at det forelå brudd på EMK artikkel 3. Fire av sakene gjaldt internering på utlendingsinternatet Toulouse- Cornebarrieu og en sak gjaldt utlendingsinternatet Metz-Queuleu.

Utlendingsinternatet Toulouse- Cornebarrieu er blant internatene som er godkjent til å motta barnefamilier i Frankrike. Barnefamilier er adskilt fra andre innsatte, og de har egne rom med tilfredsstillende barneutstyr. Til forskjell fra Popov-saken, mente domstolen at de materielle forholdene på internatet ikke var problematiske. Domstolen vektla imidlertid at internatet var oppført i umiddelbar nærhet til rullebanen på flyplassen Toulouse-Balagnac, og var eksponert for høy støy. Området var definert som «ikke bebyggelig». Domstolen uttalte at barn, som har behov for avkobling utendørs, i særlig grad blir utsatt for denne høye støyen. Videre vurderte domstolen i alle de fire sakene, på generelt grunnlag og uten å se til eventuelle individuelle helseerklæringer, at senterets organisatoriske forhold hadde en angstskapende effekt på barna til klagerne. Stadige høye kunngjøringer over høytalere ble også tillagt vekt.

Også utlendingsinternatet Metz-Queuleu er blant internatene som er godkjent for å motta barnefamilier. Også her var barnefamilieene adskilt fra andre innsatte og hadde egne rom med tilfredsstillende utstyr. Fellesområdet i familieenheten, hvor det meste av lekene befant seg, var felles med området hvor enslige kvinner befant seg. Dette området var imidlertid kun adskilt fra sonen hvor mennene var internert med et sprinkelgjerde, slik at de kunne se alt hva som foregikk der. Domstolen vektla videre, som i de fire andre sakene, at de stadige høye kunngjøringene over høytaleranlegget medførte et angstskapende miljø.

I høringsbrevet er det sitert fra en av dommene, som illustrerer domstolens vurderinger i alle de fem sakene opp mot EMK artikkel 3.²⁹ Vi vil derfor ikke gå nærmere inn på dette her. Vi vil imidlertid redegjøre noe nærmere for hva vi mener kan utledes av disse dommene utover det som er sitert.

Ser en de fem sakene mot Frankrike samlet, mener Nasjonal institusjon at myndighetenes handlingsrom hva gjelder fengsling av medfølgende barn er svært begrenset. Sakene gjelder barn i alderen fire måneder opp til fire år. Fengslingsperiodene løper seg fra syv dager til 18 dager.

Domstolen synes å legge stor vekt på at utlendingsinternatenes organisatoriske forhold, herunder annonsering på høytaleranlegg, har en angstskapende effekt på barna. Domstolen la videre vekt på at små barn i særlig grad var utsatt for den svært høye flystøyen på det ene internatet. Domstolen mente likevel ikke at internering under slike forhold, for en helt kort periode, ville være i strid med

²⁸ A.B. og andre v. Frankrike (11593/12), R.K. og andre v. Frankrike (68264/14), R.C. og V.C. v. Frankrike (76491/14), R.M. og andre v. Frankrike (33201/11) og A.M og andre v. Frankrike (24587/12).

²⁹ Høringsbrevet side 48-49.

EMK artikkel 3. Domstolen er imidlertid tydelig på at fengslingsperiodens lengde er svært viktig når det gjelder fengsling av medfølgende barn.

I høringsbrevet er det referert til at domstolen i to av sakene kom til at det ikke forelå krenkelse av *EMK artikkel 5 og 8* under henvisning til at det var forsøkt eller foreslått mindre inngripende tiltak og at flere faktorer tilsa at det forelå unndragelsesfare.³⁰

Nasjonal institusjon bemerker at i en av disse sakene (*A.M og andre v. Frankrike (24587/12)*) hadde barnets mor dagen etter pågripelsen nektet å gå om bord i flyet, noe som medførte lengre fengsling enn det myndighetene hadde forutsatt. Domstolen understreket her at selv om myndighetene i første omgang hadde gjort alt for å gjennomføre utvisningen svært raskt og begrense tiden familien var fengslet, vil det absolutte vernet etter EMK artikkel 3 forby at medfølgende barn blir holdt fengslet under slike forhold utover en helt kort periode.³¹ I denne saken var en periode på minst syv dager i seg selv for lang for barn på henholdsvis to og et halvt år og fire måneder. Selv om domstolen altså konstaterte at morens adferd og myndighetenes forsøk på utsendelse medførte at det var unndragelsesfare, og ikke brudd på EMK artikkel 5 og artikkel 8, ble disse momentene *ikke* tillagt vekt i vurderingen av om fengslingen var i strid med EMK artikkel 3, som oppstiller absolutte skranker.

Det samme gjør seg gjeldende i *R.C og V.C v. Frankrike (76491/14)*. Her gjorde franske myndigheter gjeldende at fengslingstiden var blitt så lang (10 dager) fordi uttransport var betinget av et møte med rumenske konsulære myndigheter.³² Det var også anført at moren hadde uttalt til dommeren at hun ikke ønsket å dra tilbake til Romania.³³ Domstolen synes ikke å tillegge årsaken til interneringens lengde noen vekt, og konstaterte også her at det forelå brudd på EMK artikkel 3. Også i denne saken ble Frankrike imidlertid frikjent for brudd på EMK artikkel 5 og artikkel 8.

I *R.M og andre v. Frankrike (33201/11)* anførte franske myndigheter blant annet at det var foreldrene som hadde bestemt at barnet skulle være sammen med dem i utlendingsinternatet og ikke overlates til andre.³⁴ Også her ble Frankrike dømt for brudd på EMK artikkel 3.

Vi mener derfor at det kan utledes av disse dommene at myndighetenes behov for tid til å ordne praktiske forhold rundt utsendelsen, og foreldrenes eventuelle manglende medvirkning, ikke tillegges vekt av EMD i vurderingen av om fengsling av medfølgende barn utgjør et brudd på EMK artikkel 3. Dette er naturlig i lys av EMK artikkel 3s absolutte vern.

Sammenfattet mener Nasjonal institusjon at det kan utledes følgende av de fem dommene mot Frankrike;

- Myndighetenes handlingsrom hva gjelder fengsling av medfølgende barn er svært begrenset
- Innvandringspolitiske hensyn tillegges mindre vekt i møte med plikten til å sikre rettighetene til barn med en særlig sårbarhet

³⁰ Høringsbrevet side 50-51.

³¹ *A.M og andre v. Frankrike (24587/12)*, 12. juli 2016, avsnitt 52.

³² *R.C og V.C v. Frankrike (76491/14)* 12. juli 2016, avsnitt 29.

³³ *R.C og V.C v. Frankrike (76491/14)* 12. juli 2016, avsnitt 28.

³⁴ *R.M og andre v. Frankrike (33201/11)* 12. juli 2016, avsnitt 64.

- Varigheten av fengslingen og forholdene på utlendingsinternatet er av avgjørende betydning for domstolens vurdering av EMK artikkel 3. Fengslingstidens lengde ikke kan sees isolert. Den må vurderes i lys av forholdene fengslingen finner sted under.
- Foreldres manglende medvirkning og myndighetenes behov for å forberede praktiske forhold rundt uttransport synes ikke å tillegges vekt i domstolens vurdering av om det foreligger brudd på EMK artikkel 3 i forhold til barna

Det fremgår av høringsbrevet at det tas «*sikte på å etablere en egen familieenhet utenfor Trandum.*»³⁵ Dette er svært positivt, og vi mener myndighetene bør prioritere dette arbeidet. Planene om etablering av en egen familieenhet utenfor Trandum synes ut fra høringsbrevet å være i startfasen. Det er ikke redegjort nærmere for lokalisering av en slik ny enhet, eller nærmere for hvordan den nye enheten tenkes utformet. Det er heller ikke nevnt i høringsbrevets omtale av økonomiske og administrative konsekvenser. Vi legger derfor til grunn at det vil ta noe tid før en slik egen enhet utenfor Trandum vil kunne være i drift. Lovforslagene må derfor vurderes opp mot forholdene på Trandum slik de er i dag.

Det er med disse utgangspunktene vi vurderer den tidsbegrensning for tvangsmessig tilbakehold som er foreslått i ny § 106 annet ledd femte og sjette punktum.

5.6. Nasjonal institusjons vurdering av forslaget til tidsfrister

Ettersom barn - og spesielt flyktningbarn - er svært sårbare, vil de organisatoriske og materielle forholdene på et utlendingsinternat ha en sterkere virkning på barn enn på voksne.

Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse (heretter «Forebyggingsenheten»), avga i desember 2015 en besøksrapport på bakgrunn av besøk på Trandum. Forebyggingsenheten bemerket at det «*er gjort en betydelig innsats fra internatets side for å tilpasse de fysiske omgivelsene slik at barna skal gis så verdige rammer som mulig. Likevel fremstår utlendingsinternatet ikke som et egnet oppholdssted for barn og unge.*»³⁶

Nasjonal institusjon besøkte Politiets utlendingsinternat på Trandum 15. desember 2016. Vi kan i stor grad slutte oss til de beskrivelser av familieenheten som er gitt av Forebyggingsenheten.

Departementet redegjør i høringsbrevet for ulikhetene mellom Trandum og de franske utlendingsinternatene.³⁷

Nasjonal institusjon er enig i at de fem dommene mot Frankrike ikke nødvendigvis er direkte overførbare på norske forhold. Slik vi ser det er det imidlertid også mange forhold som er sammenliknbare mellom de franske internatene og Trandum. Nasjonal institusjon har ikke vært på de to utlendingsinternatene i Frankrike og kan derfor kun danne seg et inntrykk av forholdene der gjennom de fem dommene hvor forholdene er beskrevet nærmere, jf. ovenfor. På denne bakgrunn bør det også utvises noe forsiktighet i å trekke for bastante konklusjoner.

³⁵ Høringsbrevet side 9.

³⁶ Forebyggingsenhetens besøksrapport fra Trandum punkt 5.3

³⁷ Høringsbrevet side 67.

Slik forholdene er beskrevet er Nasjonal institusjon enig i at det er enkelte ulikheter mellom de franske og norske internatene, særlig hva gjelder bevæpning av vakter og kunngjøring fra høytalere.

Ut fra beskrivelsene mener vi imidlertid at det også er mange forhold som fremstår like. Trandum er et utlendingsinternat hvor det er gjort en innsats innenfor gjeldende rammer for å tilrettelegge for barnefamilier. Vi opplever også at de ansatte har fokus på å gjøre oppholdet på familieenheten så skånsomt som mulig for barna. Likevel er Trandum fengselspreget, og har i likhet med de franske internatene organisatoriske forhold som er lite egnet for barn. Dette er også påpekt både av Sivilombudsmannens forebyggingsenhet og Psykologforeningens menneskerettsutvalg. Disse forholdene er barna ikke forskånet for på vei inn og ut av familieenheten. Blant annet må familie gjennom den samme inngangen som øvrige internerte, og foreldrene må gjennom ordinære inkvireringsrutiner, som for eksempel kroppsvitasjon. De må videre gå gjennom en rekke ganger med tunge, stengte dører som må låses opp på vei mot familieenheten. Dørene til soverommene er også ordinære fengselsdører. De ansatte bærer også uniformer. Området er videre omkranset av høye gjerder med piggtåd, som er synlige både inne fra familieenheten og fra enhetens uteområde. Familieenhetens fellesrom og ett av soverommene har vinduer som vender ut mot luftegården til de enslige mennene, slik at de kan få med seg alt som foregår der. Videre er Trandum plassert i enden av en av rullebanene på Gardemoen flyplass, og dermed utsatt for betydelig flystøy. I den korte perioden Nasjonal institusjon var på besøk var det hyppige innflygninger, og det var ikke mulig å snakke sammen i uteområdet ved innflygning. EMD vektlegger at barn er spesielt utsatt for slik type støy, ettersom det er viktig for barn å være ute for å leke og utfolde seg.

Selv om noe er ulikt, mener Nasjonal institusjon at de organisatoriske forholdene på Trandum er forholdsvis like de franske utlendingsinternatene. I de fleste tilfellene uttransporteres barna dagen etter pågrepelse. Selv om Trandum ikke er et egnet sted for barn, synes denne praksisen mindre problematisk i relasjon til EMK artikkel 3. De store likhetene taler imidlertid for at de tilfellene hvor barn har oppholdt seg over lengre tid på Trandum kan være problematiske i relasjon til EMK artikkel 3.

Under enhver omstendighet er norske myndigheters handlingsrom svært begrenset på dette området. Dette snevre handlingsrommet bør reflekteres i regelverket.

Det er derfor svært positivt at lovforslaget legger opp til at barn kun skal kunne tvangsmessig tilbakeholdes i 72 timer ved førstegangs-tilbakeholdelse, og at samlet periode for tvangsmessig tilbakehold ikke kan overstige seks døgn.

Nasjonal institusjon mener imidlertid at unntakene fra dette utgangspunktet synes lite forenlig med de strenge normene som kan utledes av de fem dommene mot Frankrike. Som nevnt over er vernet etter EMK artikkel 3 absolutt. EMD synes ikke å vektlegge forhold som at «*familie [...] aktivt forsinker uttransporteringen*» i sin vurdering av om EMK artikkel 3 er brutt overfor barnet. Så lenge dette er en begrunnelse for å holde et medfølgende barn fengslet utover seks døgn, er det derfor gode grunner til å stille spørsmål ved om dette vil være i tråd med EMK artikkel 3. Videre er eksemplene på hva som ligger i unntaket «*annen særlig grunn*» svært vidt formulert. Det kan synes som om disse unntakene i stor grad vil omfatte nær sagt alle tilfeller det vil være aktuelt å tvangsmessig tilbakeholde et barn

etter utlendingsloven. Inngangsvilkåret for tvangsmessig tilbakehold, at det må være «*helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen*», legger jo allerede sterke begrensninger på utvalget av saker hvor dette tvangsmiddelet kan benyttes.

Dette er et område hvor det er lite tilrådelig at det norske regelverket balanserer helt på grensen av hva som må anses å være innenfor konvensjonens grenser, ettersom dette lett vil føre til situasjoner hvor Norge faktisk blir dømt i EMD for brudd på artikkel 3 overfor noen av de mest sårbare i vårt samfunn. Dette taler for at unntakshjemmelen innsnevres. Det bør tas høyde for at norske myndigheter klart skal gå klar av konvensjonsbrudd.

Nasjonal institusjon foreslår at unntaket innsnevres til «ekstraordinære tilfeller», og at det bør fremgå at dette er en snever unntakshjemmel. Eksemplifiseringen av i hvilke situasjoner tvangsmessig tilbakehold over seks døgn vil være aktuelt bør videre reflektere helt andre situasjoner enn de som i alminnelighet danner grunnlag for tvangsmessig tilbakehold av barn.

Anbefaling: Unntakene fra de foreslåtte maksimalfristene for å tvangsmessig tilbakeholde barn må snevres inn til «ekstraordinære tilfeller», slik at det er bedre samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

Anbefaling: Myndighetene bør prioritere etablering av en egen familieenhet utenfor Trandum.

Vennlig hilsen

for Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Petter F. Wille

direktør

Anniken Barstad Waaler

seniorrådgiver