



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### KJENNELSE OG DOM

---

**Avsagt:** 31.05.2017

**Saksnr.:** 16-008370ASD-BORG/03

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Lagdommer

Steingrim Bull  
Per Racin Fosmark  
Lisa Vogt-Lorentzen

---

|              |  |                                |
|--------------|--|--------------------------------|
| Ankende part | Asma Huseini   | Advokat Mads Andenæs           |
| Ankende part | Naqibullah Hussein   | Advokat Mads Andenæs           |
| Ankende part | Zahra Huseini  | Advokat Mads Andenæs           |
| Ankende part | Zakera Huseini   | Advokat Mads Andenæs           |
| Ankende part | Asibullah Huseini  | Advokat Mads Andenæs           |
| Ankende part | Hamidullah Hussein   | Advokat Mads Andenæs           |
| Partshjelper | Selvhjelp for innvandrere og flyktninger   | Advokat Mads Andenæs           |
| Partshjelper | FNs spesialrapportør mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff Juan Méndez | Advokatfullmektig Eirik Bjørge |
| Partshjelper | FNs rapportør mot vilkårlig fengsling Seong-Phil Hong  | Advokatfullmektig Eirik Bjørge |
| Partshjelper | Den Norske Advokatforening   | Advokat Bendik Falch-Koslung   |
| Ankemotpart  | Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet  | Advokat Tonje Skjeie           |

## *1. Sakens problemstillinger*

Saken gjelder om det var lovlig å fengsle en utenlandsk familie med barn under 15 år etter at familien ikke hadde etterkommet pålegg om å forlate riket og var blitt pågrepet med henblikk på uttransportering. Under henvisning til Grunnloven og menneskerettskonvensjoner er det anført at frihetsberøvelsen ikke hadde hjemmel i lov, og at den krenket retten til privatliv, barns rettigheter og forbud mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.

## *2. De sentrale avgjørelsene om familien Husseini fram til uttransporteringen til Kabul*

### *2.1 Avgjørelsene av søknadene om oppholdstillatelse*

Familien består av Naqibullah (far), født 26. april 1972, Zakera (mor), født 6. november 1981, og deres barn Omidullah, født 1. januar 1999, Hamidullah, født 1. juli 2000, Zahra, født 6. november 2002, Asma, født 6. november 2003 og Asibullah, født 6. november 2006. Far og de tre yngste barna søkte om beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag 6. november 2011, og mor og de to eldste barna fremmet slik søknad 25. april 2012. I denne avgjørelsen har lagmannsretten skrevet disse navnene og fødselsdatoene slik de framgår av vedtak i Utlendingsnemnda (UNE).

Søknadene ble avslått av Utlendingsdirektoratet (UDI), og etter klage ble søknadene også avslått av UNE 18. april 2013. Vedtakene inneholder avslutningsvis en orientering med standardiserte formuleringer om virkningene av avslag, der det blant annet framkommer:

"Vedtaket innebærer at klageren og barna plikter å forlate landet frivillig. Vedtak som innebærer at klagerne må forlate riket, innebærer også at de må forlate Schengenområdet, [...].

Afghanere som ikke har lovlig opphold i Norge og som returnerer frivillig, vil gjennom IRRANA-programmet motta NOK 10.000 kontant per person. I tillegg gis det tilbud om reintegreringsstøtte verdt inntil NOK 25.000 per person. Barnefamilier som søker frivillig retur med IOM kan i tillegg motta en engangsstøtte på 10 000 kroner per barn.

For å motta denne støtten må det søkes om frivillig retur gjennom International Organization for Migration (IOM), [...].

Afghanere som blir tvangsmessig uttransportert av politiet, kan få utbetalt NOK 3.000 kontant per person. I tillegg tilbyr IRRANA-programmet (PRAN) reintegreringsstøtte verdt inntil NOK 10.000 per person.

Dersom klagerne ikke forlater landet frivillig, kan politiet føre dem ut av riket, jf. lovens § 90. Utlending som i medhold av utlendingsloven føres ut av Norge, plikter å betale utgiftene ved egen utreise [...]

[...]

Med mindre det mottas underretning om at det er gitt utsatt iverksetting av et vedtak som er anmodet omgjort, må dette påregnes iverksatt dersom klageren ikke har reist ut av landet innen den frist som er fastsatt."

Det framgår av vedtaket at kopi er sendt familiens daværende advokat Øyvind Aas, og at klagerne derved anses underrettet. Den 23. april 2013 ble det sendt brev til samme advokat med orientering om at utreisefristen ble satt til 21. mai 2013. Også denne beslutningen ble ansett meddelt partene ved brevet til advokaten. I det kortfattede brevet het det blant annet:

"Vi ber om at Politiets Utlendingsenhet kontaktes innen utreisefristen for å avtale utreise. Oversiktelse av fristen vil kunne medføre pågrep uten ytterligere varsel. Vi gjør oppmerksom på at opphold uten tillatelse kan danne grunnlag for utvisning.

[...]

Kopi er sendt Politiets Utlendingsenhet for eventuell oppfølging."

Anmodning om omgjøring av vedtaket ble avslått av UNE 28. november 2013.

## *2.2 Beslutninger om utvisning og pågrep*

Den 30. juli 2014 ble det truffet vedtak om utvisning av familien, og dagen etter traff Politiets utlendingsenhet (PU) beslutning om å pågripe familien. Grunnlaget for pågripelsen var for mor beskrevet slik:

"For å sikre gjennomføringen av UDI og UNEs vedtak anses det nødvendig å pågripe utlendingen. Det vises til at det foreligger konkrete holdepunkter for at utlendingen vil unndra seg iverksettelsen av vedtaket. Utlendingen har bl.a. oversittet utreisefristen satt til 21.05.2013 og er utvist fra riket.

Beslutningen omfatter også barna:

[...]

Pågripelsen av barna er særlig påkrevd idet det anses å være eneste alternativ som kan sikre iverksetting av UDI og UNEs vedtak, jf. utlendingsloven § 106 tredje ledd, jf. straffeprosessloven § 174. Hensynet til barna etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 er iaktatt.

Surrogater er vurdert, men anses utilstrekkelige, jf. § 106 annet ledd, jf. § 105.

Pågripelsen anses ikke som et uforholdsmessig inngrep. Familien vil bli innplassert på avdeling tilrettelagt for barnefamilier på utlendingsinternatet på Trandum. Utlending og hennes barn er planlagt pågrepet og uttransportert sammen med ektemannen Naqibullah Huseini, DUF-nr 2012 047269 08.

Pågripelsen er planlagt søndag 10.08.2014 for uttransport til Kabul mandag 11.08.2014."

Tidlig om morgenen søndag 10. august 2014 på Agder asylmottak i Lillesand iverksatte Agder politidistrikt pågripelse av familien. Den eldste sønnen var imidlertid ikke til stede da. Ifølge rapport i forvaltningssak 11. august 2014 fra PU opplyste familien at de ikke visste hvor denne sønnen var, og at han hadde reist til en venn i Kristiansand for noen dager siden. De visste ikke når han kom tilbake, men mente han skulle bli borte i fire–fem dager. Familien sa de kunne kontakte sønnen ved å sende ham melding via Facebook og be ham kontakte dem. Melding ble sendt kl. 06:22. Den ble sendt fra sønnen Hamidullahs telefon og lød oversatt til norsk slik: "Faren din sier at du skal reise til onkelen din." Fra samme telefon ble det kl. 09:11, like før de ble satt på fly fra Kristiansand til Oslo, sendt melding til den eldste sønnen som lød slik: "Ikke kom hit." Av rapporten framgår det videre at den eldste sønnen om morgenen kl. 05:57 mottok melding på Facebook. Den lød slik: "Politiet har kommet etter meg, ikke vis deg selv, gjem deg, ok." Disse sitatene er i hovedtrekk i samsvar med de oversettelser som framkommer av anmeldelse 11. august 2014 fra PU.

På Oslo lufthavn Gardermoen ble familien møtt av personell fra PU, som kjørte dem til Politiets utlendingsinternat på Trandum. Seinere samme dag og dagen etter gjorde politiet diverse undersøkelser for å komme i kontakt med den eldste sønnen, men de lyktes ikke i det, slik at han ikke ble pågrepet. Mens familien var på Trandum, ble det mandag 11. august 2014 sendt tre meldinger til den eldste sønnen. Disse er i oversatt versjon beskrevet slik i politiets rapport: "Hvor er du, uansett ikke kom, ikke svar heller. Og ikke svar i det hele tatt heller ok. 23204950 (telefonnummeret til Trandum) ikke ring hit." Det framgår av rapporten at alle meldingene er blitt oversatt av en kollega av rapportskriver med afghansk opprinnelse, og at politiet derfor ikke ble klar over innholdet i meldingene før mandagen.

Fordi familien den 11. august 2014 nektet å reise fra Norge uten den eldste sønnen, bestemte politiet at uttransporten av familien skulle skje med åtte ledsagere. En slik transport nektet flyselskapet å medvirke til den dagen.

### *2.3 Begjæring om fengsling, fengslingsavgjørelsene og uttransporteringen*

Den 12. august 2014, to dager etter pågripelsen, fremmet PU begjæring til Oslo tingrett om fengsling av familien i tre uker. Begjæringen ble grunnlagt med at politiet ønsket å holde familien i fengslig forvaring for å sikre uttransportering. Det ble angitt at ny uttransportering med ledsagelse ville bli bestilt, at det måtte foretas varslinger om dette (til afghanske myndigheter), at det ble tatt sikte på uttransportering 30. august 2014, og at politiet ville fortsette å lete etter den eldste sønnen. Unndragelsesfaren ble grunnlagt med

at familien bevisst hadde oversittet utreisefristen med ca. 1 ¼ år. Det ble videre vist til at de to voksne, som en bevisst strategi for å vanskeliggjøre uttransport, uttrykkelig motsatte seg å reise frivillig fra Trandum, at de forsøkte å unndra seg uttransporten ved å motarbeide politiets arbeid med å finne deres eldste sønn, og at unndragelsesfaren ville øke ved at de nå hadde fått kunnskap om at uttransporteringen var nær forestående. Videre ble det anført at familien ikke hadde gjort forberedelser til en frivillig utreise, og at familien hadde utvist et sterkt ønske om fortsatt opphold i riket.

Som hjemmel for fengsling var det i politiets påtegning til tingretten blant annet vist til bestemmelsen i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b, som går ut på at "en utlending kan pågripes og fengsles når [...] b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket". I tillegg var det vist til den generelle bestemmelsen i utlendingsloven § 99, som i korthet går ut på at et tvangsmiddel bare kan brukes når det er tilstrekkelig grunn til det, og det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep.

Forut for tingrettens behandling av fengslingsbegjæringen hadde politiet innhentet uttalelse fra Ullensaker kommune barneverntjenesten, som samme dag avgav en rapport, der det blant annet er skrevet:

"Barneverntjenestens ledelse har i samarbeid med Trandum utarbeidet familieavdelingen på Trandum, og funnet at det er tilfredsstillende forhold og lagt til rette for at barn kan oppholde seg der over en kortere periode. Barneverntjenesten har i samarbeid med Trandum utarbeidet rutiner for barns opphold på Trandum. Dersom oppholdet varer utover 1 døgn, skal barneverntjenesten kontaktes. Barneverntjenesten oppsøker da familien på Trandum og vurderer foreldrenes omsorgskapasitet. I de tilfellene hvor familiene oppholder seg på Trandum utover 1 døgn, lages det avtale mellom barneverntjenesten og Trandum ifht tilsyn og oppfølging av familien.

I henhold til barneverntjenestelovens § 4-1 er hensynet til barnets beste overordnet når barnevernet skal vurdere om og eventuelt hvilke hjelpetiltak som skal iverksettes i en sak. Barneverntjenesten vurderer at dersom foreldrene evner å ivareta barnas omsorg på en god måte, er det bedre for barna å være sammen med foreldrene på Trandum fremfor å bli påført en stressbelastning ved å bli plassert hos fremmede.

Barneverntjenesten har ikke truffet familien og uttaler seg derfor på generell basis frem til barneverntjenesten har snakket med og observert familien og ivaretakelsen av barnas omsorg på Trandum.

Barneverntjenesten vil foreta første tilsynsbesøk hos familien etter nærmere avtale med Trandum og senest innen torsdag 14.08.2014. I løpet av dette besøket vil barneverntjenesten lage nærmere avtale om hyppighet av tilsyn og oppfølging. Barneverntjenesten har anledning til å føre flere tilsyn og oppfølgingsbesøk hver uke, og har mulighet til å gjennomføre andre tiltak i samråd familien og Trandum, for

eksempel det å ta barn med ut i lokalsamfunnet, samtaler med barna og eventuelt økonomi/klær til barna."

I rettsboka for rettsmøte i tingretten 12. august 2013 for behandling av begjæringen er dette innledningsvis protokollert:

"Retten redegjorde for forslag til fremgangsmåte – at foreldrene Zakara Huseine og Naqibulla Huseini fremstilles etter tur slik at den ene foreldren til en hver tid er sammen med barna på rom 333 i tinghuset. Det var ikke innsigelser til at barna ikke ble fremstilt i retten, men advokat Osvik tok forbehold om å be om at Hamidullah forklarte seg."

Her siteres også den oppleste og vedtatte forklaringen fra mor som tingretten nedtegnet i samme rettsbok:

"Hun forklarer at det er vanskelig å være på Trandum med de fire barna. På spørsmål sier hun at hun ikke er klar for å reise uten at alle de fem barna samlet. Hun sier hun vil samarbeide med politiet om å finne den eldste sønnen, Omidullah. Det er den 14-årige sønnen, Hamidullah, som har sendt melding til Omidullah om holde seg borte, ikke hun. Omidullah vil ikke klare seg alene uten dem. Hvis de løslates, vil han få vite det, og da vil han komme tilbake til dem. På spørsmål om hvordan han kan kontaktes, forklarer hun at hans telefon er ødelagt, og han har ikke vært på Facebook i det siste. De har ikke adressen hans i Kristiansand, men det vil være lettere hvis de returnerer til Lillesand, for da kan han finne dem der. Hun vet derfor ikke hvordan hun kan samarbeide for å finne sønnen.

Hun sier situasjonen på Trandum er vanskelig. Det er vanskelig for barna når den eldste ikke er der. Hun bekymrer seg for ham. Hun gjentar at de ikke har noen mulighet for å hjelpe politiet med å finne ham. Hun vet bare at han skulle besøke en venn i Kristiansand og være der i tre dager.

Hun forklarer at Asibullah gråter over situasjonen. Han går vanligvis på skole og har mange venner. Han var fornøyd i Lillesand. Han spør ofte etter den eldste broren. For Asma og Zahra var det spesielt vanskelig da politiet kom. De sov da faren kom til dem og sa at politiet var der for å hente dem. Også de går på skole og har mange norske venner i Lillesand. Hamidullah sier han ikke vil tilbake til Afghanistan. Han og den eldste broren ble plaget mye der. Han mener Afghanistan er mye verre enn å være fengslet. Han mener det er best å være her. Derfor vil han at Omidullah skal skjule seg."

Tingretten avsa kjennelse samme dag, den 12. august 2014. Begjæringen ble tatt til følge, slik at det for alle familiemedlemmene som var pågrepet, ble bestemt i slutningen at de kunne holdes fengslet til 2. september 2014. Avgjørelsen ble anket av utlendingene, og Borgarting lagmannsrett avsa 18. august 2014 to kjennelser om at ankene forkastes. Den mest omfattende begrunnelsen ble gitt i kjennelsen som gjaldt mor og de fire barna. Den lyder slik:

"Lagmannsretten bemerker innledningsvis at det ikke er fremsatt innvendinger mot at politiet har begjært fengsling av moren og barna i samme sak og at

fengslingsspørsmålet er avgjort uten at barna er hørt. Tingretten har ansett det for tilstrekkelig at barnas interesser ble ivaretatt av moren og hennes prosessfullmektig. Unndragelsesfaren knyttet til de fire barna er vurdert slik at den henger sammen med unndragelsesfaren knyttet til foreldrene. Lagmannsretten er enig i at dette er tilstrekkelig, så lenge barnas forhold er særskilt vurdert etter utlendingsloven § 99.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at det foreligger konkrete holdepunkter for at Zakera Huseini vil unndra seg iverksettelsen av vedtak som innebærer at hun plikter å forlate riket. Det vises til tingrettens begrunnelse, som også er dekkende for lagmannsrettens syn. Lagmannsretten er også enig i at bestemmelsen i utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum om at straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder "så langt de passer", ikke er til hinder for at barn under 15 år kan fengsles etter utlendingsloven. Dette er også lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i kjennelse av 25. mars 2014 i saksnummer 14-050065 (dok. 06,09). Kjennelsen ble påanket, men ble forkastet av Høyesteretts ankeutvalg i medhold av straffeprosessloven § 387 a første ledd, jf. dok. 06,10.

Det er ikke anført noe i støtteskrivet som gir grunn til noen annen vurdering av unndragelsesfaren.

I likhet med tingretten finner lagmannsretten også at det på grunn av den sterke unndragelsesfaren som foreligger for moren er "tvingende nødvendig" at også de fire barna holdes fengslet.

Ved forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 99 legger lagmannsretten til grunn at familien får oppholde seg på en nyåpnet familieavdeling på Trandum og at det vil bli lagt til rette for aktiviteter m.v. slik som redegjort for i tingrettens kjennelse. Lagmannsretten viser særskilt til at barnevernet har vurdert den generelle situasjonen på Trandum som tilfredsstillende og at barnevernet vil følge opp med tilsyn og oppfølging av familien. Det er opplyst at politiet tar sikte på uttransportering lørdag 30. august 2014. Slik saken fremstår, er lagmannsretten enig med tingretten i at det ikke vil være til barnas beste at de plasseres utenfor Trandum, atskilt fra sine foreldre. På denne bakgrunn er lagmannsretten enig med tingretten i at fengsling i tre uker ikke er et uforholdsmessig inngrep.

Anførselene i støtteskrivet er først og fremst knyttet til den situasjon som har oppstått som følge av at den eldste sønnen, Omidullah, født 1. januar 1999, ikke var til stede på mottaket da foreldrene og de andre barna ble pågrepet. Han har ikke dukket opp, og politiet vet ikke hvor han befinner seg. Det er anført i støtteskrivet at det er feil saksbehandling og feil lovanvendelse når tingretten ved forholdsmessighetsvurderingen ikke har tatt i betraktning hensynet til Omidullah og heller ikke har vurdert hensynet til de andre barna i lys av hans usikre tilværelse. Tre ukers fengsling i en slik situasjon er etter den ankende parts syn klart uforholdsmessig og må føre til at familien blir løslatt. Subsidiært bes det om at fengslingsbegjæringen ikke tas til følge for Zakera Huseini og de tre yngste barna.

Lagmannsretten legger til grunn at 15 år gamle Omidullah er klar over at familien er pågrepet og at han bevisst holder seg skjult for politiet. Oversettelse av meldinger som en av de andre sønnene har sendt Omidullah på Facebook, viser at Omidullah ble bedt om å holde seg skjult for politiet.

Etter lagmannsrettens syn må man ved forholdsmessighetsvurderingen – når det gjelder mindreårige barn – ta i betraktning den belastning det vil være for barnet å leve i skjul uten omsorgspersoner rundt seg. Det må også vurderes hvilken tilleggsbelastning fengslingen vil innebære for familien og spesielt for de andre barna på bakgrunn av den usikkerheten som situasjonen for Omidullah innebærer. Lagmannsretten har tatt dette i betraktning, men kan ikke se at det som anføres fører til en annen vurdering av fengslingsspørsmålet. På bakgrunn av den sterke unndragelsesfaren og omstendighetene for øvrig anses ikke fengslingen som et uforholdsmessig inngrep. Ved forholdsmessighetsvurderingen viser lagmannsretten også til at foreldrene selv ved sin motarbeidelse av utreisen til hjemlandet må bære hovedansvaret for den situasjon de har satt seg og barna i.

På grunn av unndragelsesfaren er det ikke aktuelt med fengslingssurrogater.

Anken må etter dette forkastes."

Familien med unntak for den eldste sønnen, som ikke ble funnet i løpet av fengslingsperioden, ble uttransportert ledsaget til Kabul 30. august 2014. Lagmannsrettens kjennelse var av utlendingene ni dager tidligere anket til Høyesterett. Det ble inngitt et omfattende støtteskriv på 16 sider. Ved en feil ble ikke anken oversendt Høyesterett før 1. september 2014, slik at Høyesterett dagen etter avsa kjennelse om heving av saken under henvisning til at de ankende parter ikke lenger hadde rettslig interesse i en avgjørelse.

### *3. Søksmålet*

Alle de sju familiemedlemmene, medregnet den eldste sønnen, tok 5. november 2014 ut stevning til Oslo tingrett. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet ble saksøkt. Det ble lagt ned påstand i fire punkter om at fengslingen av de seks familiemedlemmene fra 10. august 2014 var ulovlig etter Grunnloven § 94, at den krenket deres rettigheter etter Grunnloven § 94, Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) artikkel 5 nr. 1 bokstav f og artikkel 14, at den krenket alle familiemedlemmenes rettigheter etter EMK artikkel 8, og at de alle skulle tilkjennes oppreisning og erstatning etter rettens skjønn som følge av krenkelsene av deres rettigheter etter Grunnloven og EMK. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tok til motmæle og la i tilsvaret ned prinsippal påstand om at punktene 1–3 (om fastsettelsesdom for krenkelse av Grunnloven og konvensjonene) avvises, og at staten for øvrig frifinnes, subsidiært at staten frifinnes. Begge parter påstod sakskostnader tilkjent.

Under behandlingen for tingretten ble søksmålet trukket for den eldste sønnen (Omidullah), og påstanden om fastsettelsesdom for de andre ble utvidet til å gjelde også brudd på Grunnloven § 98 (under saksforberedelsen også brudd på § 102), mens det i erstatningspåstanden ble lagt ned påstand om kr 75 000 til hver. I sistnevnte påstand ble det også tatt med henvisning til De forente nasjoners internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (SP) og De forente nasjoners internasjonale



konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen). Tingretten avsa 28. september 2015 dom med denne domsslutningen:

1. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet frifinnes.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.

De seks familiemedlemmene (Naqibullah Hussein, Zakera Huseini, Hamidullah Hussein, Zahra Huseini, Asma Huseini og Asibullah Huseini) har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Det ble for det første lagt ned påstand om at fengslingen var i strid med Grunnloven § 94, Barnekonvensjonen og EMK, og for det andre at hver av de seks tilkjennes oppreisning og erstatning med kr 75 000. Staten tok til motmæle og la i anketilsvaret ned tilsvarende påstand som for tingretten. Det ble dessuten tatt til motmæle mot søknaden i anken om at den ble brakt direkte til Høyesterett, en tillatelse som ble nektet ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 14. januar 2016.

Ved prosesskriv 17. februar 2016 erklærte FNs spesialrapportør mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, professor Juan Méndez, og FNs rapportør mot vilkårlig fengsling, professor Seong-Phil Hong, partshjelp. Ved prosesskriv 19. februar 2016 ble det også erklært partshjelp fra Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF), noe samme organisasjon hadde erklært også for tingretten. Ved prosesskriv 4. januar 2017 erklærte også Den Norske Advokatforening partshjelp til fordel for de ankende parter.

Ankeforhandling ble holdt 8., 9. og 10. mars. To av de ankende parter, far og den eldste datteren, Zahra, avgav forklaring ved fjernavhør fra Afghanistan. Det ble avhørt fire vitner og ført de dokumentbevis som framgår av rettsboka. Ett av avhørene fant sted på Politiets utlendingsinternat på Trandum, der lagmannsretten blant annet befarte familieavdelingen.

#### *4. Partenes anførsler*

**4.1 Naqibullah Hussein, Zakera Huseini, Hamidullah Hussein, Zahra Huseini, Asma Huseini og Asibullah Huseini og partshjelperen Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF) har i hovedtrekk anført:**

Det følger ikke av utlendingsloven og straffeprosessloven at det er hjemmel for å fengsle barn under 15 år. Utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum har vært retningsgivende for praktiseringen av loven, idet denne bestemmelsen gir en nærmere spesifisering av når fengsling kan skje. Men bestemmelsen klargjør ikke begrensningen på annen måte enn å vise til straffeprosessloven §§ 174 til 191 "så langt de passer". Nevnte § 174 går ut på at personer under 18 år ikke bør pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd. Samtidig er det klart at denne bestemmelsen i straffeprosessloven ikke får anvendelse på barn under 15 år. På den bakgrunn kan henvisningen til bestemmelsene i

straffeprosessloven ikke tjene som hjemmel for fengsling av barn under 15 år. Det er herunder vist til Husabø og Suominen: Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler, en utredning avgitt til Justisdepartementet 2. mars 2012. Det påpekes der i punkt 5.6 på side 40 at det svakeste punktet ved rettstilstanden er at "mindreårige i forholdsvis stor utstrekning blir pågrepet (og noen ganger muligens også besluttet fengslet) sammen med foreldre, uten at dette er nærmere regulert i lovverket". Det er samme sted påpekt at svakhetene ved rettstilstanden kan avhjelpes ved krav om selvstendige pågripelsesbeslutninger for hvert enkelt barn, men at det likevel lett blir "lite realitet i å vurdere pågrepelse av et mindre barn i lys av de alminnelige vilkårene for pågrepelse og fengsling i utlendingssaker".

Det må uansett legges vekt på som tolkingsmoment at henvisningsbestemmelsen med forbeholdet om "så langt de passer", framstår som helt vilkårlig, slik at hjemmelen ikke er klar nok. Ved tolkingen må det også tas i betraktning at utlendingslovens fengslingsbestemmelser virker diskriminerende overfor utlendinger, og særlig når utlendingen er et barn under 15 år. Ytterligere må det ved tolkingen tas hensyn til at nevnte henvisningsbestemmelse uthuler eller tilsidesetter straffeprosesslovens garantier for dem under 18 år. Både ved behandlingen av familien Husseini og andre familier har håndheverne lagt til grunn at forbeholdet tilsidesetter flere av disse garantiene. Det gjelder reglene om framstilling så snart som mulig, retten til å være til stede i rettsmøte for behandling av fengslingsbegjæringen og fengsling skal ikke bestemmes for lenger tid enn to uker, jf. reglene i straffeprosessloven § 183 andre ledd første punktum, § 183 første ledd første punktum og § 185 andre ledd første punktum. Denne tolkingen må lede til at loven må forstås slik at den ikke gir hjemmel for fengsling av barn under 15 år.

Når det foreligger utilstrekkelig lovhjemmel for frihetsberøvelse, er kravet som følger av Grunnloven § 94 første ledd første punktum og § 113, tilsidesatt, og avgjørelsene om fengsling er ugyldige.

Forbudet mot tortur og annen umenneskelig og nedverdiggende behandling i Grunnloven § 93 andre ledd er krenket ved fengslingen av familien. Det samme gjelder bestemmelsene i Grunnloven § 104 første ledd første punktum og andre ledd om at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd, og at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som berører barn. Også bestemmelsen i Grunnloven § 98 om at ingen må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, er krenket, idet det bare er utenlandske barn som blir fengslet før de er fylt 15 år. Lagmannsretten oppfatter at det er anført at bruddet på disse bestemmelsene ytterligere belyser at kravet om tilstrekkelig lovhjemmel for frihetsinngrepet ikke er oppfylt.

Nevnte bestemmelser i Grunnloven må tolkes med utgangspunkt i de tilsvarende bestemmelser som er inntatt i de konvensjoner som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, jf. HR-2016-2554-P avsnitt 81. Når det gjelder forståelsen av slike

konvensjoner, er det særlig vist til Rapport 5. mars 2015 fra FNs spesialrapportør om tortur til FNs menneskerettsråd (UNHRC), der blant annet myndigheters plikt til å velge andre virkemidler for hele familien enn frihetsberøvelse er omhandlet, og til de fem dommene avsagt 12. juli 2016 av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i saker mot Frankrike.

Lovligheten av fengslingen er uansett lovstridig når en tar i betraktning hensynet til barnets beste og uforholdsmessigheten ved inngrepet, i tillegg til at det er tilsidesatt bestemmelsene om framstilling for dommer, fristen for slik framstilling og hvor lang hver fengslingsperiode kan være.

Lovbruddene og konvensjonsbruddene utløser krav på erstatning for ikke økonomisk skade.

De ankende parter og SEIF har ellers sluttet seg til de øvrige partshjelpenes anførsler.

De ankende parter og SEIF har lagt ned denne påstanden:

1. Fengslingen av Zakera Hussein, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Hussein, Asma Hussein og Zahra Hussein på Trandum i perioden 10.08.2014 til 30.08.2014 krenket deres rettigheter etter Grunnloven § 94, Grunnloven § 93, BK artikkel 3 og 37 og EMK artikkel 3, 5 og 8.
2. Zakera Hussein, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Hussein, Asma Hussein og Zahra Hussein tilkjennes oppreisning og erstatning individualisert som følger:
  - Asibullah, født 6. november 2006: kr. 75 000,-
  - Asma, født 6. november 2003: kr. 75 000,-
  - Zahra, født 6. november 2002: kr. 75 000,-
  - Hamidullah, født 1. juli 2000: kr. 75 000,-
  - Zakera, født 6. november 1981: kr. 75 000,-
  - Naqibullah, født 26. april 1972: kr. 75 000,-
3. Saksøkte dømmes til å betale sakens omkostninger for tingretten og for lagmannsretten.

**4.2 Partshjelperne FNs spesialrapportør mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff Juan Méndez og FNs rapportør mot vilkårlig fengsling Seong-Phil Hong har i hovedtrekk anført:**

Disse partshjelperne slutter seg til anførslene foran om at Grunnlovens krav til lovhjemmel ikke er oppfylt. Det følger av rettspraksis at det er lite tilfredsstillende at berettigelsen av inngrepet ikke kan bygge på uttrykkelige regler i loven, men må støtte seg på systemvurderinger. Slike systemvurderinger blir enda mer tvilsomme når en befinner seg

innenfor området for EMK, jf. Rt-2006-1382 avsnitt 51. At integritetsinngrep bare kan skje med hjemmel i lov, fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg, og det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 24 og 26.

Ved vurderingen av lovkravet kan det ikke legges vesentlig vekt på Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse 11. oktober 1983 i Zamir mot Storbritannia. I Storbritannia oppfylles lovkravet gjennom "common law", og det er truffet mange avgjørelser i EMD etterpå. I flere EMD-avgjørelser er kvalitetskravene til en lov blitt understreket. Det gjelder avgjørelser 25. juni 1996 i Amuur mot Frankrike, 9. juli 2009 i Mooren mot Tyskland og 11. oktober 2007 i Nasrullojev mot Russland. Det er der trukket fram at det særlig for asylsøkere er viktig at reglene er tilstrekkelig forståelige og presise for å unngå risiko for vilkårlighet, herunder at loven ikke blir praktisert ulikt med den følge at lovanvendelsen blir uforutsigbar. Også i Norge har loven medført ulik lovanvendelse, idet det varierer om domstolene legger til grunn at toukersregelen for dem under 18 år i straffeprosessloven § 185 andre ledd første punktum gjelder for barn som fengsles sammen med foreldrene sine. Det er også vist til EMDs dom 19. januar 2012 avsnitt 124 i Popov mot Frankrike, der det er fastslått brudd på EMK artikkel 5 nr. 4 overfor barna med bakgrunn i at de befant seg i et rettslig vakuum.

Forbudet mot at barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 og 37 bokstav b, innebærer også et påbud om tilstrekkelig klarhet i fengslingsvilkårene.

Også forbudet mot tortur i EMK artikkel 3 er tilsidesatt ved fengslingen. I EMDs avgjørelse 12. juli 2016 i A.B. og andre mot Frankrike avsnitt 109 er det vist til at det i tidligere avgjørelser er konkludert med brudd på artikkel 3 på grunnlag av en kombinasjon av tre faktorer. De er barnas lave alder, varigheten av forvaringen og de gjeldende lokalenes uegnethet for barn. Både i den saken og i avgjørelser samme dag i R.M. og M.M. mot Frankrike og i R.K. mot Frankrike kom EMD til at det forelå brudd på artikkel 3. Det ble lagt vekt på at interneringen fant sted så nær flyplass at det ikke var tillatt med utbygging i området, at barna ikke var fullt avskjermet fra voksenavdeling, at det var uniformert personell, at ingen undervisning ble tilbudt, at piggrådgjerdene var synlige for barna, at de ble innelåst om natten, at det i hele sentret foregikk inn- og utlåsing av dører, og at det var et voksenfengsel med minimale tilpasninger for barn. Alle disse momentene gjorde seg gjeldende på Trandum da de ankende parter var internert der.

De samme forhold som tilsier at det er skjedd brudd på EMK artikkel 3, tilsier også at det er skjedd brudd på artikkel 8 om respekt for privatliv og familieliv. Det kunne ha vært anvendt et mindre inngripende tiltak for å oppnå uttransportering, og fengslingen oppfylte derfor ikke kravet i artikkel 8 nr. 2 om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Det må videre tas i betraktning at utgangspunktet ved vurderingen av hvilke inngrep som kan gjøres overfor barn, er at de ikke skal "straffes" for den situasjonen foreldrene har brakt dem i, jf. Rt-2012-1985 avsnitt 113. Tilsvarende tankegang framgår av rapport 4. mai 2015 avgitt av FNs arbeidsgruppe "on Arbitrary Detention" avsnitt 132, der det er uttalt at nasjonal lovgivning må reflektere at internering av barn på grunn av foreldrenes migrasjonsstatus alltid innebærer brudd på barnas rett til at deres interesser blir tatt i betraktning som et overordnet hensyn. I avsnitt 133 i samme rapport er det også uttalt at utenlandske barn ikke må plasseres i interneringssentre for migranter, men plasseres slik at de nyter godt av nødvendige tjenester for deres beskyttelse, slik som adekvat ernæring, tilgang til kvalifisert utdanning og fritid mm. I dom 30. november 2010 fra den internasjonale domstolen i Haag i Guinea mot Congo avsnitt 66 framgår at det må legges stor vekt på denne type uttalelser.

Rettskildebildet har endret seg etter at Høyesterett i plenum avsa dommen i Rt-2012-2039. FNs barnekomite avgav 29. mai 2013 General Comment No. 14. I Rt-2015-93 avsnitt 64 og 65 er det vist til denne kommentaren, og det er der referert komiteens uttalelse i kommentarens avsnitt 6 om at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er "directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court". I denne kommentaren avsnitt 98 har barnekomiteen også gitt uttalelser om at statene må etablere ordninger som omfatter etterprøving av avgjørelser der hensynet til barnets interesser ikke er tilstrekkelig ivaretatt.

Disse partshjelperne har lagt ned denne påstanden:

- Fengslingen av Zakera Hussein, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Hussein, Asma Hussein og Zahra Hussein på Trandum i perioden 10.08.2014 til 30.08.2014 krenket deres rettigheter etter Grunnloven § 94, Grunnloven § 93, BK artikkel 3 og 37 og EMK artikkel 3, 5 og 8 alene og sammenholdt med art 14.
- Zakera Hussein, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Hussein, Asma Hussein og Zahra Hussein tilkjennes oppreisningserstatning fastsatt etter rettens skjønn
- FN-rapportørene tilkjennes sakens omkostninger.

4.3 Partshjelperen **Den Norske Advokatforening** har i hovedtrekk anført:

Denne partshjelperen slutter seg til anførselene foran om at norsk rett ikke gir hjemmel for fengslingen av familien, og at den påberopte hjemmelen iallfall ikke fyller de nødvendige kvalitetskrav. Partshjelperen slutter seg også til anførselene foran om at det er skjedd brudd på EMK artikkel 3, 5 og 8.

Det er ytterligere understreket at inngrepet mangler hjemmel i norsk lov, og at inngrepet ikke er nødvendig i et demokratisk samfunn, idet det ikke forelå tilstrekkelige tungtveiende grunner for å holde familien fengslet på Trandum. Med bakgrunn i den begrensede unndragelsesfaren kunne og skulle fengslingsсурогater ha vært forsøkt. Verken politi eller domstoler har vurdert slike surrogater på annen måte enn å fastslå at de ikke er aktuelle. Ingen av dem har gjort noen konkrete vurderinger med bakgrunn i at familien hele tiden hadde bodd samme sted, og at barna gikk på skole nær asylmottaket.

Anvendelsen av EMK artikkel 3, 5 og 8 må skje ved å sammenholde disse reglene med bestemmelsen i artikkel 14 om forbud mot diskriminering. Her er det skjedd diskriminering på grunnlag av nasjonal opprinnelse, idet norske barn aldri vil bli fengslet fordi det er grunnlag for å fengsle foreldrene deres. Det kan ikke gis noen saklig og rimelig begrunnelse for en slik diskriminering.

De ankende parter har rettslig interesse i å kreve fastsettelsesdom for krenkelse av Grunnloven og av de påberopte konvensjonene. Det følger av tvisteloven § 1-3 sammenholdt med EMK artikkel 13. Ordlyden i tvisteloven § 1-3 tilsier at bestemmelsens krav til rettslig interesse er oppfylt. Det er tale om et rettskrav, et krav som må avgjøres ut fra rettslige regler. Videre har kravet tilstrekkelig aktualitet, og de ankende parter har et reelt behov for å få dom for krenkelser.

Twistemålsutvalget har i NOU 2001:32 kapittel 5.4.6 påpekt at det er unødig formelt å stenge for krav om dom for krenkelse der det samtidig er reist søksmål om ugyldighet eller erstatning, og at det vil ha en selvstendig symbolsk verdi å konstatere krenkelse. I lovproposisjonen, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) punkt 11.8.4 er det ikke gitt direkte tilslutning til dette synspunktet.

EMDs subsidiære rolle i håndhevelsen av EMK, subsidiaritetsprinsippet, tilsier at det bør være anledning til å kreve dom for krenkelse av EMK uavhengig av om det blir krevd erstatning for slikt brudd. I Rt-2012-2039 avsnitt 66 er det uten forbehold uttalt at det er adgang til å avsi dom for krenkelse av EMK artikkel 8. Under henvisning til Rt-2012-2039 avsnitt 94–99 er tilsvarende synspunkt lagt til grunn i Rt-2015-93 avsnitt 42, nemlig at det kan gis dom for krenkelser av EMK selv om spørsmålet om krenkelse vil kunne avklares prejudisielt gjennom et gyldighetssøksmål. Dette er også kommet klart til uttrykk i Rt-2016-2178-U avsnitt 17. Den manglende oppfyllelse av aktualitetskravet som ble lagt til grunn i Rt-2015-921, er ikke sammenlignbar med situasjonen for de ankende parter.

Flertallet i Høyesteretts plenumsdom i Rt-2012-2039 la i avsnitt 101 til grunn at verken lov eller rettspraksis tilsa at det kan kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3, og at spørsmålet må vurderes som ledd i prøvingen av tvistegjenstanden. Mindretallet har imidlertid gitt en god og avklarende begrunnelse for det motsatte standpunkt i avsnitt 115–126, der det blant annet er vist til barnekomiteens

uttalelser om konvensjonsstatenes generelle gjennomføringsforpliktelse og til lovgivers uttalelser, herunder det uttalte formålet med inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett. Flertallets syn er vanskelig å forene med at barnekonvensjonen gir barn rettigheter etter norsk rett, og at norsk rett kan håndheves ved norske domstoler. På denne bakgrunn må det legges avgjørende vekt på det som er skjedd etter avsigelsen av denne plenumsdommen. FNs barnekomite har gitt uttalelse 29. mai 2013 (General Comment No. 14 avsnitt 98) om at det på nasjonalt nivå alltid må foreligge en mulighet til å få etterprøvd om barnets interesser er tillagt tilstrekkelig vekt. Dessuten stilles spørsmålet i et annet lys etter at Grunnloven ble endret i 2014. Blant annet kom da inn bestemmelsene i § 89 om domstolenes plikt til å prøve om avgjørelser er i samsvar med Grunnloven, i § 92 om menneskerettighetene og i § 104 om barns grunnleggende rettigheter. I Rt-2015-93 avsnitt 65 er det påpekt at barnekomiteen i nevnte uttalelse har understreket at barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 kan bli påberopt for en domstol.

Den Norske Advokatforening la ned denne påstanden:

1. Fengslingen av Zakera Hussein, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Hussein, Asma Hussein og Zahra Hussein på Trandum i perioden 10.08.2014 til 30.08.2014 krenket deres rettigheter etter Grunnloven § 94, Grunnloven § 93, BK artikkel 3 og 37 og EMK artikkel 3, 5 og 8.
2. Zakera Hussein, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Hussein, Asma Hussein og Zahra Hussein tilkjennes oppreisningserstatning fastsatt etter rettens skjønn.
3. Den Norske Advokatforening tilkjennes sakens omkostninger.

**4.4 Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet** har i hovedtrekk anført:

Det følger av EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94 at fengsling krever hjemmel i lov, og at det stilles kvalitative krav til loven.

Det forelå hjemmel for fengsling i utlendingsloven § 106. Grunnvilkåret framgår av første ledd. Bestemmelsen gjelder alle utlendinger. Begrepet utlending er definert i loven, der det i § 5 heter at en utlending er "enhver som ikke er norsk statsborger". Utlendingsloven inneholder ikke unntak for mindreårige. Av § 106 tredje ledd fjerde punktum framgår det at straffeprosessloven §§ 174–191 gjelder så langt de passer. Det er i denne bestemmelsen ikke vist til straffeprosessloven § 171, som inneholder et av lovens grunnvilkår for fengsling, nemlig skjellig grunn til mistanke om straffbare handlinger. Dette er et vilkår som innebærer at den fengslede må være over 15 år, idet handlinger ikke er straffbare dersom de er begått av noen under 15 år (den kriminelle lavalder).

Henvisningen til bestemmelser som skal gjelde "så langt de passer", er tilstrekkelig til å hindre en vilkårlig lovanvendelse. Vilkårighet blir motvirket ved at utlendingsloven

inneholder flere prosessuelle bestemmelser som innebærer rammer for anvendelsen av fengslingshjemmelen: Utlendingsloven § 106 andre ledd forbyr fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted. I tredje ledd er det regler om hvem som kan beslutte pågripelse, om frist for framstilling av den pågrepne for tingretten dersom han ikke er løslatt, og om at fengsling kan besluttes av tingretten for høyst fire uker. For barn er framstillingsfristen satt kortere, jf. fjerde ledd. I femte ledd er det bestemt at samlet fengsling som hovedregel ikke kan overstige tolv uker, og vilkårene for overskridelse av den tidsrammen er ytterligere skjerpet for å forberede eller gjennomføre en utsendelse. Endelig er det påpekt at utlendingsloven § 99 påbyr anvendelse av en generell uforholdsmessighetsvurdering, og at det skal være oppnevnt en prosessfullmektig for utlendingen når spørsmålet om fengsling blir prøvd av tingretten. Gjennom disse bestemmelsene i utlendingsloven er det satt grunnleggende rettslige rammer for en fengslingsbeslutning, og disse må tillegges vekt ved vurderingen av om lovkravet er oppfylt.

Forarbeidene til utlendingsloven viser at lovgiver har forutsatt at barn skal kunne fengsles, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 17.2.2.6. Det samme er forutsatt i forarbeidene til lov 6. januar 2012 nr. 2, som gjorde endringer i fengslingsreglene i utlendingsloven § 106, jf. Prop. 138 L (2010–2011) punkt 11.3. Under redegjørelsen for gjeldende rett er det der vist til at FNs konvensjon om barnets rettigheter er gjennomført i norsk rett, og at et av de grunnleggende prinsippene i konvensjonen er at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, jf. artikkel 3. Videre er det vist til at det av artikkel 37 b framgår at fengsling av barn bare skal benyttes som en siste utvei for et kortest mulig tidsrom. I sistnevnte proposisjon er hensynet til barn også omhandlet i høringsuttalelser, og i departementets merknader er det uttrykkelig forutsatt at det kan være aktuelt å fengsle familier med barn, samtidig som det ikke er sagt noe om aldersgrenser. En slik forståelse av loven er også blitt fulgt opp i flere kjennelser i rettspraksis, se blant annet LB-2014-50065. Anke over kjennelsen i saken angrep lovanvendelsen, men den anken ble forkastet, jf. HR-2014-667-U.

Staten er enig med de ankende parter i at kravet om lovhemmel innebærer at loven må oppfylle visse kvalitative krav, slik at den er tilstrekkelig tilgjengelig, klar, presis og forutsigelig. Men en tilsidesettelse av lovkravet vil bare kunne fastslås dersom det er klart at den dårlige lov kvaliteten reelt har ført til en avgjørelse som er preget av forutinntatthet, jf. EMDs dom 8. februar 2005 i *Bordovskiy mot Russland* avsnitt 49. Det er ikke til hinder for oppfyllelse av det kvalitative lovkravet at det er nødvendig med passende rådgivning for å kunne forutse konsekvensene av en handling, jf. EMDs dom 5. oktober 2004 i *H.L. mot Storbritannia* avsnitt 114. Kravet til forutsigbarhet om konsekvensene av handlinger knytter seg for øvrig først og fremst til hvilke handlinger som er straffbare eller kan føre til bruk av tvangsmidler. Formålet med de kvalitative kravene er å unngå vilkårlig fengsling. Det skal mye til for å fastslå slik vilkårlighet. Det kan være at det ikke er regler om hvor lang tid det kan fengsles for, eller at avgjørelsen til tross for at den samsvarer lovens



bokstav, med vilje er gjort på uriktig grunnlag, jf. dom av EMDs dom 19. mai 2016 i J.N. mot Storbritannia. En uklar ordlyd kan avhjelpest ved andre rettskilder, også om det er tale om rettspraksis som står i motstrid til ordlyden, jf. EMDs dom 9. juli 2009 i Mooren mot Tyskland. Lovkravet er ikke til hinder for bruk av regler som forutsetter tolking eller skjønnsmessige vurderinger, jf. Den europeiske menneskerettighetskommisjonens rapport 11. oktober 1983 i Zamir mot Storbritannia avsnitt 93. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i HR-1993-970-S.

De ankende parters innvendinger mot lovligheten av lengden på fengslingsperioden må vurderes i lys av de spesielle omstendigheter i den enkelte sak, jf. EMDs dom 19. mai 2016 i J.N. mot Storbritannia avsnitt 83. Videre er det forutsatt i EMDs dom 27. juli 2010 i Massoud mot Malta avsnitt 71 at også en avgjørelse basert på en lov som ikke setter grenser for varigheten på fengslingen, kan kompenseres ved prosessuelle garantier som sikrer en prøving av fengslingsens varighet.

I EMDs dom 12. juli 2016 i A.B. mot Frankrike avsnitt 121 til 123 er det akseptert at det ikke er i strid med fransk rett at barn de facto blir fengslet fordi foreldrene deres blir det, og at en slik fengsling av barn er i overensstemmelse med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f dersom de interne myndigheter påviser at de har brukt tiltaket som en siste utvei.

Heller ikke lovkravet i Grunnloven § 94 er krenket. Fengsling av hele familien er her skjedd i samsvar med den framgangsmåte som følger av utlendingsloven med henvisninger til straffeprosessloven. Forarbeidene til Grunnloven § 94, som er Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven – Dokument 16 (2011–2012) (Lønning-utvalgets rapport) redegjør ikke for kvalitative krav til lovhjemler for frihetsberøvelse. Men det framgår av rapporten 24.2.4 på side 128 at lovkravet på strafferettens område tradisjonelt har vært tolket "noe strengere" enn det generelle legalitetsprinsippet, og at Grunnloven § 96 derfor har beholdt sin selvstendige plass. Det viktigste ved legalitetsprinsippet er at det først og fremst blir et tolkingsprinsipp, et tolkingsprinsipp det ble gitt tilslutning til i plenumsdommen i Rt-1958-479 (Mykle-dommen). For øvrig kan det ikke anføres at Grunnloven § 94 innebærer et strengere krav til lovhjemmel enn det som følger av EMK artikkel 5.

Henvisningen til Rt-2006-1382 gir liten veiledning. Der var det spørsmål om lovkravet var oppfylt ved å bygge på "ei naturleg tolking av systemet i lova" (avsnitt 28). Noen slik systembetragtning er ikke påberopt i denne saken.

De tolkingsspørsmålene utlendingsloven § 106 måtte reise, herunder om hvor lang fengslingsfrist som kan settes, hindrer ikke at lovkravet er oppfylt, jf. omtalen nedenfor av EMDs dom 27. juli 2010 i Massoud mot Malta. Reglene i straffeprosessloven § 187 a og § 184 femte ledd er egnet til å motvirke at personer sitter fengslet når det ikke lenger er

grunnlag for det; og anvendelsen av disse reglene kan utløses av fengsledes begjæring om løslatelse, som påtalemyndighet eller domstol må ta stilling til.

Toukersfristen i straffeprosessloven § 185 andre ledd første punktum gjelder ikke barn som blir fengslet sammen med foreldrene sine. Det følger for det første av ordlyden i utlendingsloven § 106 tredje ledd femte punktum, som fastsetter en fireukersfrist, sammenholdt med fjerde punktum som bare gir straffeprosessloven §§ 174 til 191 anvendelse så langt de passer. Dessuten peker lovforarbeidene i samme retning, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 17.2.2.6. Der framkommer det blant annet at praksis har vært at barns opphold i utlendingsinternat som den store hovedregel har vært avledet av avgjørelse mot foreldrene, og at fengslinger som omfatter barn, forutsetter en grundig vurdering av hensynet til barnas beste. I endringen av utlendingsloven som fulgte av forslaget i Prop. 138 L (2010–2011), er det ikke gjort endringer eller tilføyelser til nevnte fireukersfrist i § 106. Det er riktignok i denne proposisjonen vist til at det samme dag var fremmet proposisjon om skjerpede fengslingsvilkår for barn ved endringer i straffeprosessloven, blant annet ved den nye regelen i straffeprosessloven § 185 andre ledd første punktum om toukersfrist for dem under 18 år. Det er likevel ikke grunnlag for å anta at sistnevnte regel da ble innført for alle utlendinger under 18 år, nemlig også for dem som blir fengslet sammen med foreldrene sine. De samme formål som denne endringen i straffeprosessloven skulle ivareta, er for denne gruppen ivaretatt gjennom forarbeidene til utlendingsloven. Der er det framhevd at det skal gjelde et skjerpet forholdsmessighetskrav for barn. Dette må sammenholdes med at belastningen for et barn som er internert på en egen familieavdeling sammen med foreldrene sine, ikke kan sammenlignes med belastningen for barn som sitter alene i varetekt. I situasjoner som er omtalt i de sistnevnte forarbeider til utlendingsloven, er det dessuten tale om kortere perioder enn dem som kan forekomme under etterforskning, idet varigheten ofte er klarlagt fra starten av plasseringen i internatet.

Loven er også tilstrekkelig klar når det gjelder øvrige sider ved den prosessuelle framgangsmåten som ble fulgt ved fengslingen av barna. For det første var det enighet mellom barnas foreldre og deres prosessfullmektig om at det ikke var nødvendig å framstille barna i rettssalen. De ventet ved siden av sammen med den av foreldrene som til enhver tid ikke deltok i rettsmøte. Det følger av Rt-2013-766 at ingen konvensjoner Norge er bundet av, krever at siktede alltid må framstilles når det er mot hans vilje. For det andre er det klart at regelen i straffeprosessloven § 183 andre ledd første punktum om at barn under 18 år må framstilles dagen etter pågripelsen, ikke er blitt tilsidesatt her. Da det viste seg at uttransportering ikke kunne skje dagen etter pågripelsen, kan den fortsatte interneringen på Trandum likestilles med en ny pågripelse denne dagen, hvoretter foreldrene ble framstilt dagen etterpå. For det tredje hersker ingen uklarhet ved at utlendingsloven § 106 også henviser til straffeprosessloven § 183 tredje ledd andre punktum. Overfor barna blant de ankende parter må begrensningen om "så langt det passer" få anvendelse. Det er fordi det ikke var behov for at barneverntjenesten var til stede under fengslingsmøtet. Barna skulle ikke fengsles alene, men skulle fengsles sammen med

sine omsorgspersoner. Dessuten ble det i fengslingsmøtet lagt fram uttalelse fra barneverntjenesten, og domstolene vurderte forholdsmessigheten ved fengslingen.

Det er ingen rettskilde som tilsier at fengsling av barn under 15 år som forberedelse til uttransport alltid vil være rettsstridig. Det er herunder tatt i betraktning både Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, som begge fastslår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Men disse bestemmelsene er ikke til hinder for at andre og motstridende hensyn tillegges avgjørende vekt, jf. Rt-2015-1388 avsnitt 84 og Rt-2012-1985 avsnitt 134 og 135. Dessuten er det relevant å legge vekt på de allmennpreventive virkninger en avgjørelse om pågrepelse og fengsling kan få for andre barn som vil komme i tilsvarende situasjon som de ankende parter var i ved pågripelsen, jf. Rt-2012-1985 avsnitt 114 og påpekingen der av at andre barn kan være utnyttet av foreldrene sine. Videre er fengsling av barn under 18 år klart forutsatt i forarbeidene til Grunnloven § 94, jf. Dokument 16 (2011–2012) side 117. Tilsvarende gjelder barnekonvensjonen artikkel 37 og Directive 2008/115/EC (EUs statusdirektiv) artikkel 17 nr. 1, der det i bestemmelsene er tatt inn vilkår om at frihetsberøvelse av barn bare kan finne sted når det er tvingende nødvendig, og at det skal skje for kortest mulig tidsrom.

Barnekonvensjonen er ikke til hinder for fengsling av familier som omfatter barn. Det er grunn til å merke seg at FNs komite for barns rettigheter har avgitt uttalelse, jf. generelle kommentarer nr. 6 avsnitt 61 og nr. 20 avsnitt 77 av henholdsvis 2005 og 2016 (CRC/GC/2005/6 og CRC/C/GC/20), som særskilt gjelder barn som ikke er sammen med foreldrene sine. Samme komite har lagt til grunn at barnets beste er et komplekst og fleksibelt begrep, jf. Rt-2015-1388 avsnitt 154. I avsnitt 14 i EU-kommisjonens anbefaling mars 2017 om gjennomføring av forannevnte direktiv er det uttalt at medlemmene i sin nasjonale lovgivning ikke bør ("should") utelukke muligheten til å internere mindreårige for å sikre en effektiv retur når et slikt tiltak er strengt nødvendig. Det er ved anvendelse av de nevnte regler grunn til å legge vekt på hvilken praksis som blir fulgt i andre stater, jf. Rt-2015-1388 avsnitt 88. På den annen side må en ta i betraktning at uttalelser fra FNs arbeidsgruppe mot vilkårlig fengsling og FNs spesialrapportør ikke er folkerettslig bindende. Deres kompetanse er ikke traktatfestet, det er ikke formulert noe direkte tolkingsmandat for dem, og deres uttalelser er derfor ikke rettslig relevante, se også HR-2016-2591-A avsnitt 55 og 56.

Det var tvingende nødvendig å fengsle de ankende parter, og det fantes ikke mindre inngripende alternativer. EMDs dommer 12. juli 2016 i A.M. og andre mot Frankrike og i R.C. og V.C. mot Frankrike må tas i betraktning. I de dommene ble det foretatt en slik uforholdsmessighetsvurdering som vilkår om nødvendighet og fravær av alternativer er utslag av, og det ble konkludert med at det verken var skjedd brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f, artikkel 5 nr. 4 eller artikkel 8.

Staten slutter seg til de vurderinger tingrett og lagmannsrett gjorde i fengslingskjennelsene, basert på umiddelbar og tidsnær bevisførsel. I begge kjennelsene er barnas beste uttrykkelig vurdert. Staten slutter seg videre til tingrettens vurdering av søksmålet i den påankede dom. Som sentrale momenter ved vurderingen av fengslingsspørsmålet bør det i denne saken legges vekt på at foreldrene i mer enn et år hadde unndradd seg påbudet om å forlate riket, at de etter pågripelsen bidrog til å påskynde at den eldste sønnen gikk i dekning, og at fengsling av bare den ene forelderen ikke ville ha avbøtt unndragelsesfaren. Det framstår også som sentralt at barnevernet fant det utilrådelig og mer belastende å skille barna fra foreldrene sine. Ved forholdsmessighetsvurderingen må det legges vekt på forsøket på unndragelse av iverksetting av utreisevedtaket, hensynet til at vedtaket ble iverksatt, og at fengslingen hindret en uavklart situasjon for barna. Videre er det sentralt at det på Trandum var en særskilt tilrettelagt familieavdeling, og at prosessen med utreise ble fremmet uten unødige forsinkelser.

Det foreligger ingen slik umenneskelig behandling eller lignende som omhandlet i Grunnloven § 93 og EMK artikkel 3. Brudd på artikkel 3 forutsetter et minimum av alvorlighet, og dette minimumsnivået av alle omstendighetene framgår av EMDs dom 2. november 2016 avsnitt 159 til 162 i *Khlaifia og andre mot Italia*. Det er i utgangspunktet strenge beviskrav for å fastslå mishandling ("ill-treatment"), jf. avsnitt 168 i samme dom. I EMDs dom 15. desember 2009 avsnitt 58 til 61 i *Muskhadzhiyeva mot Belgia* ble det konstatert brudd på artikkel 3; men de barna hadde opplevd langt mer belastende forhold enn de ankende parter. Tilsvarende innvendinger kan gjøres mot en sammenligning med EMDs dom 13. desember 2011 avsnitt 91 til 102 i *Popov mot Frankrike*; blant annet var det i den saken mindre tilrettelagt for barn. Heller ikke forholdene ved senteret beskrevet i EMDs dom 12. juli 2016 i *A.B. og andre mot Frankrike* avsnitt 100 er sammenlignbare med forholdene de ankende parter har hatt.

Dersom fengslingen bare innebar brudd på prosessuelle regler, er de ankende parter ikke blitt påført noen ikke-økonomisk skade. Det er fordi det da må legges til grunn at de uansett ville ha blitt fengslet.

Dersom det for øvrig er skjedd et rettsbrudd ved fengslingen, bestrides ikke ansvarsgrunnlag; men det er krevd for høye beløp. Det er dels vist til forskrift 12. desember 2003 nr. 1472 om standardsatser for oppreisning etter uberettiget forfølgning, dels til de beløp som ble tilkjent i EMDs dommer 12. juli 2016 mot Frankrike. Videre må det ved utmålingen tas i betraktning at familiemedlemmer har medvirket til situasjonen som var oppstått.

Kravene om fastsettelsesdom må avvises. Det må tas utgangspunkt i at fengslingen er opphørt. Redegjørelsen og vurderingene i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) punkt 11.8 tilsier at det ikke kan kreves dom for brudd på Grunnloven, og at det heller ikke kan kreves dom for brudd på menneskerettskonvensjoner når det i tillegg er krevd dom for erstatning eller

ugyldighet. Iallfall må det gjelde dersom det blir tilkjent oppreisning fordi lovkravet ikke er oppfylt. Heller ikke domstolspraksis peker i den retning. De ankende parterers krav om fastsettelsesdom har ikke betydning for deres aktuelle rettsstilling, jf. blant annet Rt-1994-1244 og Rt-2009-477 avsnitt 19 flg. Rt-2015-93 kan ikke tillegges avgjørende vekt. Det framgår av avsnitt 42 at Høyesterett ut fra en konkret vurdering fant at det forelå en aktuell interesse i å oppnå fastsettelsesdom selv om et eventuelt konvensjonsbrudd også kunne komme til å utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et gyldighetssøksmål. En slik konkret vurdering fikk motsatt utfall i Rt-2015-921 avsnitt 82. I HR-2016-2276-U ble det også prøvd om det forelå et reelt behov. Saken gjaldt om det var begått menneskerettsbrudd under domstolsbehandlingen av en sak som var rettskraftig avgjort. Høyesteretts ankeutvalg kom til at det under enhver omstendighet ikke var påvist et reelt behov for fastsettelsesdom, og lot være å ta stilling til om det overhodet kan fås fastsettelsesdom etter en slik rettskraftig avgjørelse. Det er ellers vist til Schei mfl.: Tvisteloven Kommentartutgave 2. utgave side 29–30 og 47.

Når det gjelder barnekonvensjonen, kommer det moment til at den konvensjonen ikke har noen regel om krav til effektivt rettsmiddel mot konvensjonsbrudd, og flertallet i plenumssaken i Rt-2012-2039 Ia i avsnitt 101 da til grunn at søksmål om konvensjonsbrudd ikke kan reises når slike rettslige spørsmål blir vurdert som ledd i prøvingen av tvistegjenstanden i saken.

Staten har lagt ned denne påstanden:

Prinsipalt:

1. Påstanden punkt 1 avvises.
2. For øvrig: Anken forkastes.
3. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tilkjennes omkostningene for alle instanser.

Subsidiært:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tilkjennes omkostningene for alle instanser.

5. **Lagmannsretten** bemerker:

#### *5.1 Sammendrag av konklusjonene*

Lagmannsretten er for det første kommet til at utlendingsloven gir tilstrekkelig klar hjemmel for å fengsle utenlandske barn under 15 år sammen med foreldrene sine, slik at

lovkravet etter Grunnloven § 94 første ledd første punktum og EMK artikkel 5 nr. 1 ikke er krenket.

Videre er lagmannsretten kommet til at de ankende parter var fengslet uten at lovens vilkår var oppfylt. De må gis medhold i sine krav på erstatning fordi fengslingen innebar krenkelse av Grunnloven og/eller konvensjoner som Norge er bundet av. For alle de ankende parter forelå brudd på EMK artikkel 8 om respekt for privatliv og familieliv. For barna innebar fengslingen også krenkelse av EMK artikkel 3 om umenneskelig eller nedverdiggende behandling, av EMK artikkel 5 nr. 1 om retten til frihet og sikkerhet, av barnekonvensjonen artikkel 3 og 37, av Grunnloven § 93 andre ledd om umenneskelig og nedverdiggende behandling og av Grunnloven § 94 første ledd andre punktum om frihetsberøvelse som utgjør et uforholdsmessig inngrep.

Lagmannsretten er videre kommet til at de ankende parter kan kreve fastsettelsesdom for brudd på Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen artikkel 37, men at slikt krav må avvises når det gjelder brudd på barnekonvensjonen artikkel 3.

*5.2 Om utlendingsloven gir hjemmel for å fengsle barn under 15 år, herunder om lovkravet i Grunnloven og inkorporerte konvensjoner er oppfylt for slik adgang*

*5.2.1 De aktuelle bestemmelser i utlendingsloven og straffeprosessloven og innledende merknader*

Innledningsvis siteres *de dagjeldende reglene i utlendingsloven* om vilkår og framgangsmåte for pågrep og fengsling som kan være av betydning for å vurdere lovligheten av fengslingen av de ankende parter:

"§ 99. Generelt om bruk av tvangsmidler

Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.

Tvangsmidler for å sikre iverksettingen av et vedtak kan anvendes når det er fattet vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket, og under behandlingen av en sak som kan føre til et slikt vedtak.

§ 106. Pågrep og fengsling

En utlending kan pågripes og fengsles når

[...]

b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket.

[...]

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

Pågrepelse besluttes av politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt. Når det er fare ved opphold, kan en polititjenestemann foreta pågrepelse. Vil politiet beholde den pågrepne, må vedkommende snarest mulig, og så vidt mulig dagen etter pågripelsen, fremstilles for tingretten med begjæring om fengsling. Straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Fengsling etter første ledd bokstav b til f kan besluttes for høyst fire uker av gangen.

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelsen eller [...]. Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre [...].

[...]

#### § 106 a. Fare for unndragelse

Fare for unndragelse skal vurderes konkret i det enkelte tilfelle. For å avgjøre om det foreligger unndragelsesfare skal det foretas en totalvurdering hvor det blant annet kan legges vekt på om

- a) utlendingen har unndratt seg iverksetting av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, herunder ikke overholdt en utreisefrist,
- b) utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig,
- c) utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen til en utsendelse,

[...]

Ved vurderingen av unndragelsesfare etter første ledd kan også generelle erfaringer med unndragelse tillegges vekt."

Utlendingsloven § 106 første ledd omfattet bokstav a til g, og § 106 a første ledd omfattet bokstav a til j. I sitatet foran er bare tatt med de deler av disse bestemmelsene som det ut fra de ankende parters situasjon under pågripelsen og fengslingen kunne være aktuelt for partene å påberope.

Henvisningen i § 106 tredje ledd fjerde punktum til bestemmelser i straffeprosessloven er for det meste henvisninger til regler om framgangsmåten som skal følges ved fengsling, slik som hvem som skal treffe avgjørelsen, frister for framstilling for retten, tidsfrist for fengslingen, hvem som skal være til stede under rettsmøter mv, herunder særbestemmelser for dem under 18 år om varsling av barneverntjenesten og frammøte derfra. Men det er også henvist til regler som omhandler de materielle vilkår for pågrepelse og fengsling. Særlig gjelder det § 174 og § 184 andre ledd første og andre punktum, som i august 2014 lød slik:

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

"Fengsling kan besluttes dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188. Personer under 18 år skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig."

Lagmannsretten kommer nedenfor tilbake til betydningen av henvisningen i § 184 andre ledd første punktum til §§ 171, 172 og 173 annet ledd. I § 188 var det gitt mer omfattende regler enn i utlendingsloven om tiltak som kan brukes som alternativer til pågrepelse og fortsatt fengsling.

Reglene i det foran siterte fra straffeprosessloven er ikke endret på noen måte som får betydning for denne saken.

Det er 15 ganger etter pågripelsen i august 2014 trådt i kraft nye versjoner av utlendingsloven. De foran siterte delene av loven er imidlertid endret bare på to mindre punkter. Det gjelder § 106 a første ledd bokstav b, der ordet "frivillig" er strøket, og det gjelder § 106 tredje ledd tredje punktum, der "så vidt mulig dagen etter pågripelsen" ble erstattet med "senest den tredje dagen etter pågripelsen" ved lov 12. desember 2014 nr. 70. Ved samme lov ble det for barn under 18 år tilføyd en særskilt fristregel overensstemmende med fristen i straffeprosessloven § 183 andre ledd, slik at det til utlendingsloven da ble tilføyd et nytt fjerde ledd som lyder slik:

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

Disse lovendringene og forarbeidene til disse ses ikke å være egnet til å belyse tvistepunktene knyttet til om lovkravet er oppfylt i vår sak, som må bli å vurdere ut fra den lov som gjaldt under pågripelsen og fengslingen, noe partene synes å være enige om. Ved lagmannsrettens vurdering nedenfor av lovkravet er det derfor de dagjeldende regler det blir vist til.

Innledningsvis bemerkes at partene oppfattes å være enige om at plasseringen av de ankende parter på Trandum innebar en fengsling av alle familiemedlemmene.

Lagmannsretten vurderer først om det forhold at fire av de ankende parter var barn under 15 år, er til hinder for at utlendingsloven, på de nærmere angitte vilkår i loven, gav tilstrekkelig klar hjemmel for at de kunne fengsles. Det forhold at fengslingen av de ankende parter bestod i at de ble plassert i familieavdelingen i et utlendingsinternat, berører ikke denne generelle problemstillingen om adgangen til fengsling av barn under 15 år. Betydningen av at familien ble plassert på Trandum, og hvordan forholdene var der, er derimot forhold som vil bli vurdert opp mot lovgivningens øvrige vilkår for fengsling.

### *5.2.2 Utlendingslovens ordlyd*



Etter lagmannsrettens oppfatning gav utlendingslovens ordlyd ingen eller svært lite rom for tvil om at barn under 15 år kunne fengsles dersom lovens vilkår for fengsling var oppfylt. Inngangsvilkåret for hvem som kan pågripes og fengsles, var da som nå at det er tale om en utlending, som etter sin ordlyd omfatter både barn og voksne. Øvrige materielle vilkår for pågrepelse og fengsling framgår av § 106 første, andre og fjerde ledd sammenholdt med §§ 99, 105 og 106 a.

Regelen om at kun personer over den kriminelle lavalder på 15 år kan fengsles etter straffeprosessloven, følger av § 171, jf. formuleringen "den som mistenkes for handling som kan medføre straff". Utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum viser blant annet til straffeprosessloven § 184 andre ledd, som igjen viser til blant annet straffeprosessloven § 171. Lagmannsretten finner det likevel klart at aldersgrensen som indirekte følger av straffeprosessloven § 171, ikke gjelder for fengslinger etter utlendingsloven. Lagmannsretten legger til grunn at lovgiver har tatt et bevisst valg ved at rekken av bestemmelser det vises til i utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum, starter med straffeprosessloven § 174. Hvis det var meningen å oppstille en minstealder på 15 år for fengsling etter utlendingsloven, ville dette i det minste blitt gjort ved en direkte henvisning til § 171. At dette er et bevisst valg, underbygges av at de materielle vilkårene for fengsling angitt i §§ 171–173, ikke passer for fengsling etter utlendingsloven, som oppstiller helt andre materielle vilkår. Forbeholdet i utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum, om at bestemmelsene det vises til, kun gjelder «så langt de passer», slår dermed inn her. Det vil si at henvisningen til § 184 andre ledd ikke omfatter den videre henvisningen derfra til § 171.

At henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum må forstås slik det er redegjort for foran, innebærer støtte for lagmannsrettens forståelse av § 106, nemlig at utlending også omfatter barn under 15 år.

Spørsmålet er så om denne forståelsen av ordlyden må tolkes innskrenkende i lys av andre rettskilder, se punkt 5.2.3–5.2.6 nedenfor.

### *5.2.3 Utlendingslovens forarbeider*

Innledningsvis bemerkes at fengsling av barn var et tema allerede under behandlingen av endringer av forrige utlendingslov. Ved lov 29. juni 2007 nr. 41 ble det gjort tilføyelser i tidligere lov § 37d om utlendingsinternat. I forarbeidene til den bestemmelsen, i Ot.prp. nr. 28 (2006–2007) punkt 3.5 har departementet gitt merknader om forholdet til menneskerettighetene. I punkt 3.5.7 om barn og barns rettigheter framkommer innledningsvis:

"Det faktum at barn kan pålegges opphold i internatet er kritisert av flere høringsinstanser. Departementet minner imidlertid om at formålet med lovforslaget her er å gi tydelige og presise regler i utlendingsloven om utlendingens rettigheter under oppholdet på internatet, samt fastsette klare rammer for politiets adgang til bruk av makt overfor utlendinger som oppholder seg der. Det er her ikke tatt sikte på å ta opp til vurdering selve innsettelsesvilkårene som fremgår av utlendingsloven §§ 37 og 41, og høringsinstansenes kommentarer knyttet til innsettelsesvilkårene vil derfor ikke bli drøftet nærmere her. Innsettelsesvilkårene vil imidlertid bli omtalt på generelt grunnlag i kommende odelstingsproposisjon om ny utlendingslov."

Deretter følger en setning om at departementet bemerker at det generelt ikke er ønskelig at barn pålegges opphold i utlendingsinternat, hvoretter det umiddelbart etterpå fortsetter uttalelser som ble sitert i forarbeidene til utlendingsloven av 2008:

"I tilfeller hvor barn eller barnefamilier får avslag på en søknad om asyl, fremgår det av AID rundskriv - AID 3/2006 - at barn og barnefamilier ikke mister retten til fortsatt opphold på asylmottak. Dette gjelder uavhengig av om utreisefristen oversittes, og uavhengig av årsaken til at utreisefristen oversittes. Det er altså ikke slik at barn og barnefamilier blir pålagt frihetsberøvelse i utlendingsinternat idet utreisefristen i forbindelse med endelige avslagsvedtak oversittes.

I tilfeller hvor utreisefristen oversittes må det påregnes at politiet på ett eller annet tidspunkt vil tvangseffektivere vedtaket. Det kan i den forbindelse være aktuelt å pålegge utlendingen opphold på utlendingsinternat. 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. Det har også vært enkelte mindreårige i internatet uten medfølgende omsorgsperson, men da med forutgående kjennelse/pågripelsesbeslutning hvor det må forutsettes at vurderingen om «barnets beste» er foretatt.

Der barn skal oppholde seg i utlendingsinternat er det imidlertid svært viktig å tilrettelegge for at oppholdet ikke blir mer belastende for barna enn hva som er strengt nødvendig. Av ovennevnte CAHAR-retningslinjer (2005) fra Europarådet, fremgår det i retningslinje nr. 11 pkt. 1 til 5 at:

1. Forvaring av barn skal finne sted bare som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom.
2. Familier som holdes i forvaring i påvente av uttransportering, bør få eget husvære, slik at de er sikret tilstrekkelig privatliv.
3. Barn, enten de sitter i forvaring eller ikke, har rett til utdanning og til fritid, herunder rett til å delta i lek og fritidsaktiviteter som passer for alderen. Krav mht. utdanning kan avhenge av oppholdets varighet.
4. Enslige mindreårige bør plasseres i institusjoner som har det personell og de fasiliteter som er nødvendig for å ivareta behovene til personer på deres alder.
5. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved forvaring av barn som skal uttransporteres."

I forarbeidene til utlendingsloven 2008 er det i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 21 om merknader til de enkelte lovbestemmelsene ikke uttalt noe om fengsling av barn i merknadene til § 106. I de generelle motivene er spørsmålet heller ikke omhandlet i

17.3.3.4, som inneholder departementets vurderinger av tvangsmidler i forbindelse med iverksetting av vedtak. Derimot er fengsling av barn omhandlet i 17.2.2.6, som inneholder departementets vurderinger av det som er tatt opp i 17.2.2 "Generelt om bruk av tvangsmidler", som i sin tur er et punkt under 17.2 om identifisering av utlending. Fra 17.2.2.6 siteres dette:

"Når det gjelder spørsmålet om pågrepelse av barn og pålegg om opphold på utlendingsinternat i tilknytning til iverksettelse av vedtak, vil departementet understreke at det generelt ikke er ønskelig med denne typen tiltak overfor barn. Det vises til følgende som er uttalt i Ot.prp. nr.28 (2006-2007):"

Deretter følger det sitatet som er gjengitt foran, hvoretter det i punkt 17.2.2.6 fortsetter:

"Departementet viser også til barnekonvensjonen artikkel 37 bokstavene a til d. Særlig nevnes at etter artikkel 37 bokstav b, skal pågrepelse, internering eller fengsling av et barn bare benyttes som en siste utvei og for et korest mulig tidsrom. Etter artikkel 37 bokstav c, skal ethvert barn som er frarøvet sin frihet holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet.

Når det gjelder vurderingen av hvem som skal plasseres på internatet, er det en forutsetning i saker som omfatter barn at det blir foretatt en grundig vurdering av hensynet til barnets beste i hvert enkelt tilfelle."

Fengsling av barn kom på ny opp i forarbeidene til lov 17. desember 2010 nr. 88 om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet). Endringsloven innebar flere endringer i bestemmelsene om pågrepelse og fengsling. Fra Prop. 3 L (2010–2011) punkt 11.2.5 siteres:

"Som kjent, regulerer utlendingsloven § 106 fengslingsadgangen i norsk rett. Bestemmelsen sonderer ikke mellom barn og voksne. Straffeprosessloven § 174 gjelder også ved fengsling i medhold av utlendingsloven og innskrenker muligheten til å pågripe barn under 18 år til tilfeller hvor det er særlig påkrevd. I tillegg vil fengsling av barn raskt kunne innebære et uforholdsmessig inngrep etter utlendingsloven § 99. Utlendingsinternatforskriften § 3 presiserer at ved alle beslutninger og handlinger som berører barn som oppholder seg på internatet, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn."

Spørsmålet om fengsling av barn var på ny behandlet i forarbeidene til endringer i utlendingsloven, blant annet i § 106, ved lov 6. januar 2012 nr. 2. I Prop. 138 L (2010–2011) punkt 11.3, om departementets vurdering av hensynet til barn, er det uttalt:

"På samme måte som straffeprosessloven, åpner utlendingsloven for at det i visse situasjoner kan reageres med fengsling også overfor mindreårige utlendinger, men at det da skal gjelde et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp ved at barn bare kan pågripes og fengsles når det er «særlig påkrevd». Dette fremgår i dag gjennom en henvisning fra utlendingsloven § 106 andre ledd til straffeprosessloven § 174.

Justisdepartementet har i dag fremmet en egen proposisjon om endringer i blant annet straffeprosessloven. Det er her blant annet foreslått at barn bare skal

fengsles dersom det er «tvingende nødvendig». Videre er det blant annet foreslått at hver fengslingsperiode ikke skal kunne overstige to uker. Dersom disse endringsforslagene blir vedtatt av Stortinget, vil de også gjelde ved fengsling av barn etter utlendingsloven, jf. henvisningen til straffeprosessloven §§ 174 til 191.

Det bemerkes for øvrig at familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller hvor det ligger til rette for rask uttransportering. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelse, blir familien nesten alltid sluppet fra Trandum fremfor at det bes om fengslingskjennelse fra retten.

Det forekommer også svært sjelden at det er behov for fengsling av enslige mindreårige i forbindelse med uttransportering.

Barneombudet bemerker i sin høringsuttalelse at soningsforhold ved fengsling må legges til rette for barn. I denne sammenheng viser departementet til forskrift av 23.12.2009 nr. 1890 om Politiets utlendingsinternat (utlendingsinternatforskriften), særlig § 4 om at familier som er fengslet skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv, og at mindreårige skal ha mulighet for å delta i lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og skal, avhengig av oppholdets lengde, ha tilgang til undervisning."

Stortingets kommunal- og forvaltningskomite avgav Innst. 78 L (2011–2012) om dette lovforslaget. En enstemmig komite uttalte blant annet:

"For øvrig viser k o m i t e e n spesielt til at det er straffelovens prinsipper for fengsling av barn som også skal gjelde etter utlendingsloven, og dessuten til prinsippet om at det skal være forholdsmessighet i bruken av tvangsmidler, slik at det ikke tas i bruk strengere tvangsmidler enn nødvendig."

Et komiteflertall bestående av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, som da også var i flertall på Stortinget, uttalte:

"Når det gjelder fengsling av barn, viser d e t t e f l e r t a l l e t til at Justisdepartementet har fremmet forslag til endringer i straffeprosessloven, som vil innebære at det også på utlendingsrettens område vil bli et vilkår for fengsling av barn, at det er «tvingende nødvendig». Det vises for øvrig til at familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller der det ligger til rette for rask uttransportering. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelse, blir familien nesten alltid sluppet fra Trandum. D e t t e f l e r t a l l e t har også merket seg at regjeringen vil etablere et nytt modulbygg på Trandum i løpet av første halvår 2012, som også vil omfatte en spesialtilpasset avdeling for blant annet familier, skjermet fra de øvrige avdelingene ved internatet."

Medlemmet fra Kristelig Folkeparti uttalte seg også særskilt om barn:

"D e t t e m e d l e m er svært kritisk til at regjeringen legger opp til fengsling av barn. D e t t e m e d l e m er kritisk til at ikke regjeringen i større grad tar hensyn til barnets beste, i henhold til FNs barnekonvensjon § 37 skal frihetsberøvelse benyttes overfor barn bare som en siste utvei."

Det framstår etter dette som lite tvilsomt at lovforarbeidene til både utlendingsloven 2008 og endringslovene 17. desember 2010 og 6. januar 2012 åpner for at det på visse vilkår skal være anledning til å fengsle barn under 15 år. Det er ikke naturlig å forstå omtalen av familier med barn slik at den bare omfatter familier med barn mellom 15 og 18 år, og det er derfor ikke noe som tilsier denne omtalen av barn gjelder en så snever gruppe. Ordlyden i den foran siterte enstemmige komiteuttalelsen fra Innst. 78 L (2010–2011), der det er vist til at "det er straffelovens prinsipper for fengsling av barn som også skal gjelde etter utlendingsloven", peker riktignok i motsatt retning når setningen leses isolert. Men sett i sammenheng med de øvrige uttalelser fra forarbeidene som er sitert foran, skaper ikke denne ene setningen noen tvil om lovgiverviljen på dette punktet.

Ved en oppsummering av sitatene foran finner lagmannsretten ellers grunn til å framheve at det i lovforarbeidene er understreket at forvaring av barn i utlendingsinternat, i denne saken for det meste omtalt som fengsling, bare skal finne sted som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom. De siterte uttalelsene foran gir gjennomgående et utvetydig signal om at det gjelder særlige vilkår for fengsling av barn.

Uttalelsene i forarbeidene kan i tillegg oppfattes slik at hensynet til barna må trekkes inn ved vurderingen av fengsling av foreldrene. Det vises for det første til uttalelser i forarbeidene til 2008-loven, der det framgår at det "i saker som omfatter barn [...] blir foretatt en grundig vurdering av hensynet til barnets beste i hvert enkelt tilfelle". Det vises videre til de siterte forarbeidene til endringsloven 2012, som også kan peke i samme retning. Der er det i fortsettelsen av omtalen av de skjerpede krav til fengsling som gjelder for barn, gitt merknader om pågripelser og opphold på Trandum av "familier med barn". Omtalen av disse peker i retning av at det for slike familier, og ikke bare for barna, bør gjelde strenge vilkår. Det er bemerket at pågripelse "nesten utelukkende" skjer når det ligger til rette for rask uttransportering, og at familiene "nesten alltid" blir sluppet fra Trandum når "det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelse". Til tross for disse uttalelsene må det imidlertid fastslås at ingen av forarbeidene gir noe helt klart svar på om hensynet til barna skal trekkes inn ved vurderingen av fengsling av foreldrene. Denne problemstillingen er heller ikke godt drøftet eller belyst andre steder i forarbeidene til utlendingsloven og endringslovene.

Lagmannsretten har ikke funnet grunn til å legge stor vekt på at den siterte flertallsmerknaden i forarbeidene til endringsloven 2012 (Innst. 78 L (2011–2012)) har understreket at det i løpet av 2012 vil bli etablert en spesialtilpasset avdeling for blant annet familier. Isolert sett kan uttalelsen tyde på at vilkårene for fengsling av barnefamilier skal lempes som følge av dette. Men i samme avsnitt er det understreket betydningen av den nye regelen om at barn bare kan fengsles når det er "tvingende nødvendig".

#### *5.2.4 Anvendelsen av utlendingsloven i rettspraksis*

En tredje rettskilde av vesentlig betydning er rettspraksis. Denne oppfattes å være entydig når det gjelder spørsmålet om utlendingsloven gir adgang til å plassere barn i fengsel sammen med foreldrene sine. Det synes riktignok å ha forekommet hyppig at barn ikke blir omfattet av slutningen i den eller de fengslingskjennelser som blir avsagt om medlemmer i en familie. Lagmannsretten legger likevel til grunn at domstolene da har vært klar over og vurdert konsekvensene av at fengsling av foreldre umiddelbart har ført til at barna følger med inn i fengselet/internatet, og at domstolene har betraktet også barna som internert eller fengslet. Det ses her bort fra de helt få tilfeller hvor retten får opplyst at barneverntjenesten har gjort hastevedtak om omsorgsovertakelse.

Når det gjelder den forståelse av loven som kan utledes av rettspraksis, legger lagmannsretten vesentlig vekt på HR-2014-667-U. I den saken avsa ankeutvalget kjennelse om at det var klart at anken over lagmannsrettens kjennelse 25. mars 2014 i LB-2014-50065 ikke kunne føre fram. Saken gjaldt et barn som var under 15 år. I sistnevnte kjennelse uttalte lagmannsretten:

"Lagmannsretten legger til grunn at utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågrepelse og fengsling av både voksne og mindreårige. Selve lovteksten er generell og inneholder ikke noen begrensning. [...]

I utlendingsloven § 106 tredje ledd heter det at bestemmelsene i straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer. Av straffeprosessloven § 184 annet ledd fremgår det at barn under 18 år ikke skal fengsles hvis det ikke er "tvingende nødvendig". Prosessfullmektigen anfører at barn under 15 år ikke kan fengsles etter straffeprosessloven. Politiet anfører til dette at reservasjonen "så langt de passer" kommer til anvendelse. Samtidig har politiet anført at det er tvingende nødvendig med fengsling av barnet.

Lagmannsretten finner at selv om man ikke kan fengsle barn under 15 år etter straffeprosessloven, vil det være adgang til å fengsle mindreårige barn sammen med foreldrene etter utlendingsloven § 106. Lagmannsretten er enig med politiet i at reservasjonen "så langt de passer" her kommer til anvendelse."

Med bakgrunn i en konkret begrunnelse kom lagmannsretten til at det var "tvingende nødvendig" med fengsling "av barnet sammen med foreldrene", og at lovens forholdsmessighetsvilkår og hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3 ikke var til hinder for fengsling. I anken til Høyesterett var det blant annet anført feil lovanvendelse. Det ble forgjeves anført at det var feil av lagmannsretten å legge til grunn at utlendingsloven § 106 kan anvendes overfor barn under 15 år, og at loven iallfall inneholdt en uklarhet som var til hinder for at legalitetsprinsippets krav til klar hjemmel var oppfylt.

Lagmannsretten viser også til kjennelse i LB-2016-43003, der lagmannsretten forkastet tingrettens kjennelse om fengsling av utlending med et ett år gammelt barn. Anke over lagmannsrettens kjennelse ble forkastet ved kjennelse i HR-2016-619-U. Ankeutvalget fant det klart at anken ikke kunne føre fram. Det var anket på grunn av feil saksbehandling og

lovanvendelse. Det ble anført at lagmannsretten skulle ha bygd sin avgjørelse på alle forholdene ved utlendingsinternatet, og at den skulle ha vurdert om det ville være tilstrekkelig fengslingsurrogat om familien fikk 24 timers tilsyn utenfor Trandum. Det ble påberopt brudd på flere av de samme konvensjonsbestemmelser som i denne saken.

#### *5.2.5 Kravet til klar lovhjemmel*

Så langt er det konkludert med at både ordlyden i utlendingsloven § 106, lovforarbeidene og rettspraksis nokså entydig peker i retning av at også barn under 15 år kan fengsles. Dette kan imidlertid ikke være tilstrekkelig for å fastslå at det kravet til klar lovhjemmel for frihetsinngrep som kan utledes av Grunnloven §§ 94 første ledd første punktum og 113 og EMK artikkel 5, er oppfylt. Også vilkårene for fengsling av slike barn må være tilstrekkelig klarlagt. Lagmannsretten viser her også til formuleringer i to av de nevnte bestemmelsene om at inngrep må skje i samsvar med en framgangsmåte som er foreskrevet ved lov.

Loven, slik den da gjaldt, inneholder naturlig nok flere vilkår for pågrepelse og fengsling enn at den fengslede er utlending, se utlendingsloven § 106 sammenholdt med §§ 99, 105 og 106 a. Gjennom disse bestemmelsene er det nedfelt både et nødvendighetsprinsipp og et forholdsmessighetsprinsipp, jf. § 99 første ledd og § 106 andre ledd. En viss klarlegging av unndragelseskriteriet i § 106 er forsøkt oppnådd gjennom oppregningen av en lang rekke momenter i § 106 a, og det er satt kriterier for overskridelse av ulike maksimumsgrenser for hvor lenge en fengsling kan vare, jf. § 106 fjerde ledd. I de nevnte bestemmelser om vilkår for pågrepelse og fengsling framgår også visse prosessuelle bestemmelser som er egnet til vern mot vilkårlighet og styrking av utlendingens rettssikkerhet. Det er i § 106 tredje ledd gitt regler om hvem som har kompetanse til å beslutte pågrepelse. Gjennom henvisningsbestemmelsen i tredje ledd framkommer særlige prosessuelle regler for dem under 18 år; se straffeprosessloven § 183 tredje ledd om barnevernets rolle og § 185 andre ledd om at fengslingsfristen for barn under 18 år ikke skal overstige to uker.

Selv om de fleste av de forannevnte bestemmelsene overlater til politi og domstoler å utøve et betydelig skjønn, er det for utlendinger generelt utvilsomt tale om skjønnsmarginer som er så snevre at det ikke er risiko for slik vilkårlighet som er omhandlet i de dommene fra EMD som er påberopt av de ankende parter og parthjelperne deres. Noe annet er heller ikke påberopt når det gjelder voksne utlendinger og barn over 15 år.

Lagmannsretten er kommet til at samme konklusjon må trekkes når det gjelder barn under 15 år. De forannevnte kodifiseringer av materielle og prosessuelle vilkår gir etter lagmannsrettens syn også overfor barn under 15 år et slikt betydelig vern mot vilkårlighet at lovkravet i Grunnloven og EMK er oppfylt. Ved denne vurderingen er det lagt vesentlig vekt på at barnekonvensjonen gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4, og derved som tolkingsmoment ved anvendelsen av utlendingslovens fengslingsbestemmelser.

Det er også lagt vekt på at det i de foran siterte forarbeidene til utlendingsloven § 106 er gjort en uttrykkelig henvisning til regler i barnekonvensjonen, blant annet om at pågrepelse, internering eller fengsling av barn bare skal benyttes som "en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom".

Ved vurderingen av om lovkravet er oppfylt for barn under 15 år, har lagmannsretten også lagt vekt på at henvisningsbestemmelsen i § 106 tredje ledd fjerde punktum viser til bestemmelser som skjerper de materielle vilkårene for fengsling av barn under 18 år. Men lagmannsretten har også tatt i betraktning at både utformingen av henvisningsbestemmelsen og bestemmelsen om unndragelsesfare i § 106 første ledd bokstav b jf. § 106 a etterlater noen spørsmål som loven ikke gir noen klar løsning på, og/eller som rettspraksis ikke har forholdt seg til på noen entydig måte. Disse spørsmålene blir omhandlet nedenfor.

For det første viser lagmannsretten til at det for mange barn under 15 år, spesielt de yngste, er nokså klart at de ikke står i fare for å utøve noen vilje eller evne til å dra andre steder enn der foreldrene er. Derved passer utlendingslovens unndragelsesvilkår dårlig for dem, og det kan reises spørsmål om dette vilkåret i det hele tatt gjelder for alle barn under 15 år, eventuelt om barn uten fare for å unndra seg et vedtak aldri vil kunne pågripes og fengsles. Dette er spørsmål som ikke oppfattes å ha blitt særskilt påberopt av de ankende parter under ankeforhandlingen. Det tilføyes at da fengslingen av de ankende parter ble avgjort i august 2014, nøyde både tingretten og lagmannsretten seg med å legge til grunn at unndragelsesfaren for barna "henger sammen med" unndragelsesfaren for foreldrene.

For det andre inneholder loven særlige regler for barn gjennom henvisningen til straffeprosessloven § 174 og § 184 andre ledd andre punktum, som stiller som vilkår at fengslingen av barnet skal være "særlig påkrevd" og "tvingende nødvendig". Disse reglene reiser tilsvarende spørsmål for de yngste barna som foran nevnt for unndragelsesvilkåret. Dette kan også sies å gjelde uforholdsmessighetsvurderingen. Når unndragelsesfaren er fraværende eller beskjeden, og det bare i liten eller ingen grad framstår som "særlig påkrevd" eller "tvingende nødvendig" å pågripe og fengsle, blir det liten mening i å foreta en uforholdsmessighetsvurdering.

For det tredje må noen ytterligere momenter tas i betraktning. På den ene side vil det i mange tilfeller være slik at dersom en tar fengslingen av foreldrene som en gitt forutsetning, og så vurderer fengsling av barna isolert etterpå, vil en ofte trekke den konklusjon at barna vil være bedre tjent med å bli plassert i fengsel enn å la noen for dem fremmede overta omsorgen for dem. På den annen side innebærer det en utvilsom realitet at internering i fengsel, herunder slike som er omtalt som familieinternat, verken for barn over en viss alder eller for foreldrene oppleves som frivillig. At foreldre, når de innser at de vil bli innsatt i fengsel, ser barnas interesser best tjent med at de følger med inn i fengselet, er ikke til hinder for at plasseringen av barna der må betegnes som et frihetsinngrep



overfor barna, og at plasseringen ikke bør betraktes som utslag av utøvelse av foreldreansvar. Det er frihetsberøvelsen av foreldrene som er eneste årsak til en slik "utøvelse" av foreldreansvar. Det vises herunder til et tilvarende resonnement i EMDs dom 12. juli 2016 i A.B. og andre mot Frankrike avsnitt 122, der det innledningsvis heter:

"Likevel bemerker domstolen at barnas situasjon er uløselig knyttet til foreldrene deres, som, i den grad det er mulig, ikke skal skilles fra hverandre. Denne tilknytningen, som er i overensstemmelse med barnets beste, medfører at når foreldrene settes i forvaring er de selv *de facto* frihetsberøvet."

Det som foran under 5.2.3 er sitert fra forarbeidene til utlendingsloven 2008, inneholder tanker som peker i samme retning. Det er naturlig å forstå forarbeidene slik at lovgiver da gikk inn for å forlate den tanke som til da hadde vært praktisert, nemlig at barns opphold i utlendingsinternat som den store hovedregel hadde vært avledet av kjennelser mot foreldrene. Forståelsen støttes av at det under henvisning til barnekonvensjonen og retningslinjer fra Europarådet er pekt på vilkår som må trekkes inn når det skal vurderes "hvem som skal plasseres på internatet".

Etter den oppsummering av lovens forarbeider som er gjort foran i 5.2.3, vil lagmannsretten ellers framheve at det framstår som klart at fengslingsvilkårene må være oppfylt for hvert enkelt familiemedlem, men at det ikke framstår som avklart om de strengere vilkår for fengsling av barn også skal trekkes inn i vurderingen av om foreldrene skal fengsles.

Når en på denne bakgrunn skal finne en sammenheng mellom lovens ordlyd og forutsetningene i forarbeidene, må loven etter lagmannsrettens syn forstås slik at de særlige vilkår for barn, jf. dagjeldende utlendingslov § 106 tredje ledd fjerde punktum jf. straffeprosessloven § 174, § 184 andre ledd andre punktum og § 185 andre ledd, må tillegges stor vekt ved avgjørelser om foreldrene når disse begjæres fengslet sammen med barna. Disse særvilkårene må i det minste tillegges stor vekt ved vurderingen av om kravene i utlendingsloven § 99 om tilstrekkelig grunn og forholdsmessighet er oppfylt for foreldrene.

Lagmannsretten tar ikke stilling til om det er grunnlag for å gå så langt at særvilkårene for barn må være oppfylt også for foreldrene. Uansett kan det ikke være riktig å anvende loven slik som lagmannsretten oppfatter at staten anfører, nemlig at det for foreldrene er tilstrekkelig å vurdere de vilkårene for fengsling som gjelder for voksne, hvorefter en så må spørre seg om det er til beste for barna om også de blir fengslet sammen med foreldrene. Ved en slik tolking vil de særlige vilkår for barn ofte miste sin realitet. Det vises her til det som er påpekt foran. Dersom fengslingen av foreldrene bare blir vurdert etter reglene som gjelder for voksne, og fengslingen av dem tas som en gitt forutsetning når det skal avgjøres om barna skal fengsles, vil en svært ofte måtte trekke den konklusjon at barna må anses å være bedre tjent med, eller rettere mindre dårlig tjent med, å bli

fengslet sammen med foreldrene enn å bli plassert hos andre. I så fall vil en slik sammenligning gjennomgående eller svært ofte måtte betraktes som et moment i favør av fengsling av barna, og det vil i så fall være nærliggende å anta at det blir truffet avgjørelser om fengsling av barna uten at vilkåret om tvingende nødvendig blir gitt noen selvstendig betydning for utfallet av avgjørelsen.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at både virkningen for barna og reglene som sikrer hensynet til barnets beste, skal trekkes inn i den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas ved avgjørelsen av om foreldrene skal pågripes og fengsles. Det er da forutsatt at det ikke før eller samtidig med pågripelsen, fengslingen eller fortsatt fengsling blir overlatt til andre enn foreldrene å ha omsorgen for barna under 15 år, og at slik avgjørelse ikke er en konsekvens av at foreldrene fengsles.

Denne skjerpede forholdsmessighetsvurderingen ved fengsling av foreldrene, medfører ikke at lovens vilkår om unndragelsesfare og "tvingende nødvendig" for barn under 18 år mister sin selvstendige betydning for disse barna. Selv om reglene anvendes overfor foreldrene i samsvar med lagmannsrettens syn, kan det være at de blir fengslet, og at enten foreldrene eller barna til tross for dette ønsker at barna ikke skal bli fengslet sammen med foreldrene.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke knyttet noen betydelig uklarhet til den lovforståelsen det her er gjort rede for. Tidligere rettspraksis i tingrett og lagmannsrett har ikke vært særlig klargjørende når det gjelder lovforståelsen, og har til dels vært noe sprikende. Samtidig oppfattes ikke avvikene fra den lovforståelsen som denne lagmannsretten har lagt til grunn foran, å ha fått avgjørende betydning for utfallet av noen betydelig andel av de tidligere avgjørelsene. Uansett er eventuell uklarhet om denne lovforståelsen etter lagmannsrettens syn ikke til hinder for at lovkravet for fengsling av barn under 15 år er oppfylt. Det vises til lagmannsrettens merknader om spørsmålet innledningsvis.

Avslutningsvis vil lagmannsretten knytte noen merknader til de ankende parter påpeking av en del uklarheter som oppstår ved anvendelsen av regelen om at bestemmelser i straffeprosessloven "gjelder så langt de passer". Det gjelder om barn skal framstilles og hvor ofte det skal treffes avgjørelse om fengslingsspørsmålet. De ankende parter har særlig vist til EMDs dom 11. oktober 2007 i Nasrullojev mot Russland (656/06).

Lagmannsretten er kommet til at disse anførselene ikke kan bli avgjørende for spørsmålet om lovkravet er oppfylt.

For det første må det fastslås at bestemmelsen i utlendingsloven § 106 tredje ledd fjerde punktum blant annet omfatter en henvisning til bestemmelsen i straffeprosessloven § 185 andre ledd om fengsling for inntil to uker av gangen. Nedenfor i punkt 5.3.2 siste avsnitt er det konkludert med at denne toukersregelen også gjelder for barn som fengsles sammen

med foreldrene sine. I den grad noen domstoler har praktisert denne regelen annerledes, har ikke dette skapt slik uklarhet at det innebærer brudd på lovkravet. Uavhengig av hvordan denne delen av henvisningen er blitt praktisert, må det også legges vekt på at både straffeprosessloven § 184 femte ledd og § 187 a er forstått slik at om den fengslede begjærer seg løslatt under henvisning til at vilkårene for omgjøring etter disse bestemmelsene er oppfylt, har retten en plikt til å ta stilling til begjæringen, jf. blant annet NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov side 606 i merknad til utkastet § 15-16 fjerde ledd bokstav a. Ved vurderingen av lovkravet er det videre tatt i betraktning at utlendingsloven § 106 tredje ledd femte punktum uansett inneholder en fireukersregel, som det må legges til grunn ikke er blitt tilsidesatt gjennom rettspraksis.

Uklarheten med hensyn til om barn under 15 år skal framstilles for domstolen før fengslingsspørsmålet avgjøres, kan heller ikke lede til at lovkravet er tilsidesatt. Ved vurderingen må hensynet til barnets beste uansett tillegges stor betydning. For barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, må det forutsettes at retten gjennom foreldrene eller andre bringer på det rene om barnet ønsker å bli framstilt eller gis anledning til å fremme en eventuell mening gjennom foreldrene. Det vises til barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 2.

Endelig bemerker lagmannsretten at loven er blitt praktisert forskjellig når det gjelder om slutningen i fengslingsavgjørelsene skal omfatte barna. Heller ikke denne uklarheten kan ses å hindre oppfyllelsen av lovkravet. Så langt denne lagmannsrett kjenner til, har alle tingretter og lagmannsretter som har behandlet disse sakene, vurdert fengslingsvilkårene med bakgrunn i at det er en hel familie som er pågrepet, slik at det i avgjørelsesgrunnene uttrykkelig er blitt tatt stilling til om det er grunnlag for å fengsle barna.

Lagmannsretten tilføyer om dette siste lovtolkingsspørsmålet at alle de ankende parter er blitt uttrykkelig benevnt i slutningen i tingrettens kjennelse om fengsling. Etter lagmannsrettens oppfatning tilsier en naturlig forståelse av loven at også barn tas med i slutningen.

Etter lagmannsrettens syn skiller de nevnte ulikhetene i håndhevelsen av bestemmelsene seg fra det som er forholdet i EMDs dom i Nasrulloyev mot Russland.

#### *5.2.6 Lagmannsrettens samlede vurdering av rettskildene når det gjelder klarhetskravet*

Lagmannsretten oppsummerer med dette at den hjemmelen for fengsling av utenlandske barn under 15 år som foran er utledet av utlendingsloven § 106, og den rettspraksisen som er knyttet til bestemmelsen, oppfyller de kvalitative krav til lovhjemmel som kan utledes av Grunnloven § 94 første ledd første punktum og EMK artikkel 5 nr. 1. Ved denne vurderingen er det lagt avgjørende vekt på at loven er tilstrekkelig klar til å sikre forutsigbarhet og forebygge slik forutinntatthet og vilkårlighet som EMD gjennom sin

praksis har rammet. Lagmannsretten viser for så vidt til gjengivelsen av statens anførsler foran og til redegjørelsen for EMDs praksis i Kjølbros: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. utgave 2017 side 380–387.

Lagmannsrettens standpunkt om at fengslingshjemmelen i utlendingsloven § 106 også omfatter barn under 15 år, kan heller ikke ses å stride mot det krav til klarhet ved lovgivningen som følger av barnekonvensjonen artikkel 3 og artikkel 37 b). Det er lagt vekt på de samme momenter som ved vurderingen av lovkravet i Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5. I tillegg er det tatt i betraktning at hensynet til barnets beste og barnekonvensjonens krav er framhevd i lovforarbeidene.

Lagmannsretten tilføyer at de ankende parter anfører om at lovkravet ikke er oppfylt, kan oppfattes å bestå av to elementer. Dels kan det være tale om at uklarhetene ved lovtolkningen som oppstår ved den uheldige henvisningsteknikken og den derav følgende sprikende rettspraksis, leder til at loven må tolkes slik at den ikke gir hjemmel for fengsling av barn under 15 år. Dels kan anførselen gå ut på at dersom loven må fortolkes slik at den åpner for fengsling av barn under 15 år, må den settes til side som grunnlovsstridig så langt den gjelder slike barn, fordi lovbestemmelsen er så uklar. Uansett hvordan det er riktig å forstå anførselen, leder lagmannsrettens drøftelse foran til den konklusjon at verken lovkravet i Grunnloven, i EMK eller i barnekonvensjonen er til hinder for at utlendingsloven § 106 hjemler fengsling av utenlandske barn under 15 år.

Om lovens øvrige vilkår for fengsling av de ankende parter var oppfylt, vil bli videre omtalt nedenfor i punkt 5.3 og vil bli sett i sammenheng med hvilke krav som følger av de inkorporerte konvensjoner som er påberopt av de ankende parter. Det bemerkes i den forbindelse at i EMDs foran nevnte dom 12. juli 2016 i A.B. og andre mot Frankrike avsnitt 124 er konkludert med at det var skjedd brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f fordi domstolen ikke var overbevist om at "myndighetene effektivt har undersøkt om administrativ forvaring av familien var siste utvei, og at det ikke fantes noen alternativer". Den konklusjonen tilsier imidlertid ikke at kravet om klar lovhjemmel for fengsling av utenlandske barn under 15 år kan anses tilsidesatt overfor de ankende parter. Vilkårene om siste utvei og fravær av alternativer er tilsvarende dem som også følger av norsk rett. Det vises for så vidt til lovforarbeidenes understreking av de samme vilkår og lovens henvisning til vilkåret om "tvingende nødvendig".

### *5.3 Var vilkårene for å fengsle de ankende parter oppfylt etter norsk rett?*

#### *5.3.1 Var lovens vilkår om tvingende nødvendig og forholdsmessighet oppfylt?*

Framstillingen foran tilsier at det etter utlendingsloven er et grunnvilkår for fengsling av barna at det var tvingende nødvendig å fengsle dem, og at dette vilkåret også kan tenkes å gjelde for foreldre som begjæres fengslet sammen med sine barn. Framstillingen tilsier

videre at det uansett må kreves at kravet om tvingende nødvendighet for fengsling av barn skal tillegges vekt ved forholdsmessighetsvurderingen for foreldrene deres.

Det er flere omstendigheter som tilsier at fengslingen ikke var tvingende nødvendig.

Det er tale om en familie med to voksne og fem barn som gjennom ca. et år har bodd på nevnte asylmottak i Lillesand. Alle barna hadde i det året gått på skole der og fått flere venner der. Det legges til grunn at pågripelsen kom overraskende på familien, og at det eldste barnet bare hadde vært borte noen dager da pågripelsen fant sted. Det er ikke framkommet noe som tilsier at han var dradd fra familien for å gjøre en pågripelse av hele familien vanskeligere, hvilket heller ikke er anført fra statens side.

Verken i politiets påtegninger til tingrett og lagmannsrett i anledning fengslingsavgjørelsene eller i fengslingskjennelsene er det framkommet noe som tilsier at det ble vurdert hvordan familien ville ha forholdt seg om den var brakt eller hadde fått dra tilbake til Lillesand da det viste seg at det ikke lenger var aktuelt å sende dem med fly til Kabul dagen etter pågripelsen.

Da lagmannsretten avgjorde anken over fengslingen av mor og de fire barna, ble det i kjennelsen bare vist til "den sterke unndragelsesfaren som foreligger for moren" som begrunnelse for at det "er 'tvingende nødvendig' at også de fire barna holdes fengslet". I denne kjennelsen fra lagmannsretten er det ellers vist til tingrettens kjennelse på en måte som tyder på tilslutning til tingrettens merknader når det gjelder både vilkåret om tvingende nødvendig og unndragelsesfare. Om nødvendigheten uttalte tingretten i sin kjennelse:

"Av straffeprosessloven § 184 annet ledd kan barn under 18 år ikke fengsles hvis det ikke er "tvingende nødvendig". Vilkåret må vurderes med utgangspunkt i den sterke unndragelsesfaren som foreligger for mor, der fengslingsсурогater ikke er anvendelige, jf. § 106 annet ledd. Retten mener derfor at det er "tvingende nødvendig" at også barna holdes fengslet."

Om faren for at mor skulle unndra seg iverksettelsen av vedtaket om å forlate riket, uttalte tingretten:

"Retten finner at det foreligger konkrete holdepunkter for at Zakera Huseini vil unndra seg dette vedtaket. Retten viser til at hun og familien har oversett utreisefristen i over ett år, og har i samme periode oppholdt seg ulovlig i riket. Dernest motsatte hun og ektefellen seg uttransporteringen da den ble forsøkt gjennomført den 11. august. Hun har videre ikke vist vilje til å samarbeide med politiet om å finne den eldste sønnen, Omidullah. At sønnen Hamidullah på eget initiativ skal ha sendt Omidullah en melding om at han skal holde seg skjult, virker lite sannsynlig. Hennes forklaring i retten underbygger at hun ønsker å forbli i Lillesand, der barna trives. Når hun vet at en uttransportering er nært forestående forsterkes unndragelsesfaren ytterligere."

Om faren for at faren skulle unndra seg, var begrunnelsen den samme som i de tre første setningene i sitatet foran. Dernest het det i tingrettens kjennelse:

"Han har videre ikke vist vilje til å samarbeide med politiet om å finne den eldste sønnen, Omidullah. Hans forklaring i retten om at han frykter for barnas liv i Afghanistan underbygger at han ikke ønsker å forlate Norge frivillig. Når han vet at en uttransportering er nært forestående forsterkes unndragelsesfaren ytterligere."

Tingretten og lagmannsretten bygde sine avgjørelser på de faktiske forhold som framkom av sakens dokumenter, og som denne lagmannsrett oppfattes å ha fått fullt innsyn i, iallfall i det vesentlige.

I lys av det rettssyn PU la til grunn i fengslingsbegjæringen, framstår det ikke som påfallende at politiet ikke gjorde antakelser eller undesøkelser om hvordan familien ville ha forholdt seg om den fikk komme tilbake til Lillesand. I påtegning 12. august 2014 til Oslo tingrett i saken om fengsling av mor og de fire barna har politiet i det første avsnittet under overskriften "Tvingende nødvendig med fengsling av mindreårig utlending" uttalt seg om endringen av straffeprosessloven ved lov 20. januar 2012. Det er vist til at innføring av kriteriet tvingende nødvendig for personer under 18 år skulle styrke rettssikkerheten i straffesaker, og at frihetsberøvelse for å sikre uttransportering ikke kan ses berørt i det hele tatt i forarbeidene til endringen i straffeprosessloven. Politiet har i de to neste avsnitt inntatt følgende standpunkt:

"PU anfører at reservasjonen i spesiallovgivningen i ul. § 106 tredje ledd, fjerde punktum, kommer til anvendelse i disse sakene og at særreglene for fengsling av mindreårige etter straffeprosessloven dermed må vike. Formålet med lovendringen i straffeprosessloven slår ikke til i utlendingssakene. I de tilfellene hvor fengslingsсурогатер eller andre mildere midler ikke avhjelper unndragelsesfaren, vil det så å si alltid være tvingende nødvendig å fengsle barna sammen med sine foreldre. Dette fordi utlendingsmyndighetenes avgjørelser ofte forutsetter at familien returneres samlet til hjemlandet. Det er dermed nok at ett familiemedlem forsvinner for å hindre gjennomføringen av vedtaket. I tillegg er vår erfaring at barnevernet sjeldent, eller aldri, er kjent med familien/barnet, og har heller ingen oppfølgingstiltak å sette i gang. Nettopp fordi barnet forventes uttransportert innen relativt kort tid, vil det heller ikke være hensiktsmessig å igangsette noen tiltak. Tilbakemeldinger fra barnevernet er som regel at det å skille barn fra sine foreldre under disse omstendighetene er utilrådelig og fremstår som langt mer belastende enn et opphold på internatet. Det vises for øvrig til Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25.03.14 der dette ble drøftet, [...]. Kjennelsen ble anket, men anken ble forkastet [...].

PU har for øvrig hatt flere møter med Ullensaker barneverntjeneste og de har vært på befarings på utlendingsinternatets familieavdeling. En ny avdeling særlig tilrettelagt for barnefamilier åpnet 23.05.13. PU har etablert et tett og godt samarbeid med den kommunale barneverntjenesten."

For helhetens skyld er det sitert mer fra påtegningen enn det som gjelder vilkåret tvingende nødvendig. Slutten av første avsnitt og andre avsnitt oppfattes heller å knytte seg til uforholdsmessighetsvurderingen enn til argumentasjonen for at kravet om tvingende nødvendig ikke gjelder når det fengsles for å oppnå uttransportering.

Det bemerkes at det foran under gjennomgåelsen av rettspraksis er sitert fra den lagmannsrettskjennelsen som er omtalt i slutten av første avsnitt av sitatet fra politiets påtegnings. Når politiet i denne påtegningen har trukket inn lagmannsrettens kjennelse 25. mars 2014, oppfattes det bare å være gjort for å vise til lagmannsrettens daværende drøftelse av forholdene på Trandum og for å belyse forholdsmessighetsvurderingen. For øvrig peker gjengivelsen foran fra lagmannsrettens kjennelse 25. mars 2014 i retning av at politiet den gang inntok det standpunkt at vilkåret om tvingende nødvendig måtte være oppfylt, jf. kjennelsens gjengivelse av anførselen om at "det er tvingende nødvendig med fengsling av barnet".

Heller ikke under ankeforhandlingen ble det gitt noen utførlig redegjørelse for hvilke erfaringer politiet hadde gjort seg med denne type familier som gjennom lengre tid hadde latt seg integrere i et mindre lokalsamfunn. Politioverbetjent Nygård i PU gav forklaring. Hun er leder for et team som blant annet har ansvaret for uttransport av utlendinger som skal tilbake til Afghanistan. Hun gav generelt uttrykk for at det de siste årene blant afghanere har vært en stor unndragelsesfare. I 2014, da de ankende parter ble pågrepet i august, var det i alt 182 – av mange tusen – som forsvant fra mottak. Av disse 182 var 10 barn som var medfølgende sine foreldre.

Saken gjelder en så vidt stor familie som to voksne og fem barn i alderen 8–15 år. At det også for en slik familie vil være mulig å stikke seg vekk for politiet, for eksempel ved å ta tilhold på et hemmelig sted eller dra utenlands, er ikke tilstrekkelig for å fastslå at vilkåret om tvingende nødvendig er oppfylt. De tre myndighetene som har hatt saken til behandling, har heller ikke begrunnet fengslingen med en slik generell fare. I stedet har de nøydt seg med å vurdere om det foreligger unndragelsesfare, jf. utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b jf. § 106 a. Lagmannsretten oppfatter at politi og domstoler da vurderte faren for at familien ikke frivillig ville forlate riket, slik at det ville bli nødvendig med en tvangsmessig uttransport.

Med bakgrunn i det som er framkommet gjennom politirapport og anmeldelser datert 11. august 2014 og påtegnings til tingretten 12. august 2014, mors rettslige forklaring og de vurderinger som er gjort av tingrett og lagmannsrett i fengslingskjennelsene, har ikke lagmannsretten funnet det tvilsomt at det var tvingende nødvendig å pågripe dem for å få gjennomført vedtaket om at familien skulle forlate riket. Lagmannsretten ser heller ikke bort fra at det må anses som tvingende nødvendig at de ble pågrepet så lenge før planlagt flyavgang fra Gardermoen at de måtte oppholde seg en kortere stund på Trandum. Avhengig av tidspunktene for flyavganger er det også tenkelig at det var tvingende

nødvendig å la et slikt kort opphold på Trandum omfatte en overnatting, slik det ble lagt opp til. Lagmannsretten har etter dette ikke funnet grunnlag for å fastslå at fengslingen var rettsstridig fram til det var klart at den planlagte uttransporten 11. august 2014 ikke kunne gjennomføres.

Da det fra 11. august 2014 viste seg nødvendig med en ledsaget transport, ble det samme dag eller dagen etterpå ikke lenger lagt opp til en kortvarig fengsling. Ved sin fengslingsbegjæring 12. august 2014 la politiet i stedet opp til videre fengsling i 18 dager, slik at samlet fengslingsperiode fra ankomst Trandum ville utgjøre til sammen 20 dager.

Ved vurderingen av hva som var nødvendig for å få gjennomført en tvungen ledsaget uttransport, ville det ha vært naturlig å bringe inn som et sentralt moment at familien syntes å ha fått en slik sterk tilknytning til Lillesand som framkommer av den foran siterte forklaring som mor gav for tingretten. Det gjelder særlig når en tar i betraktning at det ikke ville være nødvendig å varsle familien om når den tvangsmessige returen ville komme til å finne sted. Det bemerkes i den forbindelse at politioverbetjent Nygård forklarte at det i dag er rutine overfor afghanere at de uttransporteres ledsaget av politi. Samtidig ble det ikke gitt noen opplysninger om at slike ledsagede transporter særlig ofte mislykkes fordi familiene er forsvunnet fra mottaket i den siste tiden før uttransporten er planlagt.

Nødvendigheten av fengsling kan naturligvis forholde seg annerledes når familien allerede har fått kjennskap til at slik uttransport er planlagt. Sannsynligheten for at familien vil forsvinne fra mottaket som følge av en slik kunnskap, kan ikke ses å være vurdert av verken politi eller domstoler. Det vises ellers til det som foran i punkt 5.2.3 er sitert fra forarbeidene til lov 6. januar 2012 om endring av utlendingsloven, henholdsvis i Prop. 138 L (2010–2011) og Innst. 78 L (2011–2012), og lagmannsrettens merknader til disse sitatene. I førstnevnte dokument er det opplyst at "familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller hvor det ligger til rette for rask uttransportering", og at familien "nesten alltid" blir sluppet fra Trandum dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågripelsen. Det samme er påpekt i sistnevnte dokument av komiteflertallet.

Det bemerkes for øvrig at familien ble uttransportert uten den eldste sønnen. Anførselen i politiets påtegning 12. august 2014 om at det er nok med forsvinning av ett familiemedlem for å hindre gjennomføring av vedtaket, ser derfor ikke ut til å ha hatt gyldighet for denne familien.

Det må etter dette konkluderes med at det ut fra en vanlig språklig forståelse av vilkåret "tvingende nødvendig" er vanskelig å fastslå at de faktiske forhold tilsa at vilkåret var oppfylt. Lovligheten av fengslingen kan uansett ikke bare avgjøres ut fra en vanlig språklig forståelse av tvingende nødvendig. Lovligheten er også avhengig av at det ikke var grunnlag for fengslingssurrogater. Ved vurderingen av lovligheten må videre tas i betraktning at EMK og FNs barnekonvensjon gjelder som norsk lov, jf.



menneskerettsloven § 1 nr. 1 og nr. 4. De fengslingsvilkår som kan utledes av disse konvensjonene, utgjør derfor også fengslingsvilkår etter norsk rett. Særskilt nevnes at etter barnekonvensjonen artikkel 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Det gjelder også ved fengsling av barns omsorgspersoner.

Både EMK og FNs barnekonvensjon er påberopt av de ankende parter og vurderes av lagmannsretten nedenfor i 5.4 og 5.5. Der er trukket den konklusjon at begge konvensjonene er krenket ved fengslingen, og at alle de ankende parter er blitt utsatt for en eller flere konvensjonskrenkelser. Disse konklusjonene er nært knyttet til vurderingen av spørsmålet om fengslingen utgjorde siste utvei for å få gjennomført uttransporten. Dette er et nokså tilsvarende vilkår som straffeprosesslovens vilkår om tvingende nødvendig. Ut fra lagmannsrettens syn må disse vurderingene om siste utvei og konvensjonskrenkelse tillegges avgjørende betydning ved vurderingen av om straffeprosesslovens vilkår om tvingende nødvendig her er oppfylt.

Lagmannsrettens konklusjon blir etter dette at lovens vilkår om tvingende nødvendig ikke var oppfylt for barna, og at heller ikke vilkåret om forholdsmessighet var oppfylt.

Vilkåret om forholdsmessighet er heller ikke oppfylt for foreldrene. Det vises til drøftelsen foran av vilkåret om tvingende nødvendig og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

Lagmannsretten har også tatt i betraktning at det nedenfor i punkt 5.4.7 er konkludert med at deres rettigheter etter EMK artikkel 8 er blitt krenket.

### *5.3.2 Var fengslingen for øvrig i samsvar med loven?*

Det er foran i punkt 5.3.1 konkludert med at lovens fengslingsvilkår ikke var oppfylt for noen av de ankende parter, dels fordi fengslingen var uforholdsmessig, dels fordi vilkåret om "tvingende nødvendig" ikke var oppfylt for barna. Lagmannsretten ser etter dette ikke grunn til å gå videre inn på fengslingsvilkårene om unndragelsesfare og om fengsling var tilstrekkelig begrunnet. Slik som de ankende parter la opp sin argumentasjon under ankeforhandlingen, var det dessuten rettet liten oppmerksomhet mot disse vilkårene.

Lagmannsretten finner likevel grunn til å knytte noen merknader til statens anførsel om at flere av saksbehandlingsreglene i straffeprosessloven som det er vist til i utlendingsloven § 106, bare kommer til anvendelse når barn fengsles alene, og ikke når de fengsles sammen med familien/omsorgspersoner. Dette er anført å gjelde blant annet regelen i straffeprosessloven § 183 tredje ledd andre punktum om at barneverntjenesten skal møte i første fengslingsmøte, og regelen i straffeprosessloven § 185 andre ledd første punktum om maksimal fengslingsfrist på to uker. Lagmannsretten bemerker at den har vanskelig for å se det er tilstrekkelig grunnlag for en slik innskrenkende fortolking ut fra begrensningen i henvisningen i utlendingsloven § 106 om "så langt det passer". Lagmannsretten viser blant annet til det som foran i punkt 5.2.3 er sitert fra forarbeidene til lov 17. desember 2010 nr.

88 og lov 6. januar 2012 nr. 2 (endringslover). I disse forarbeidene er utlendingslovens henvisning til straffeprosessloven understreket når det gjelder noen av reglene i sistnevnte lov. Det er ikke noe i disse merknadene som tilsier at henvisningen generelt sett må antas å være begrenset til enslige barn. At henvisningsbestemmelsen neppe skal forstås slik, framkommer med særlig tyngde i sitatet fra forarbeidene til 2012-loven. Der er barn først omtalt generelt, hvoretter det kommer et avsnitt som bare gjelder familier med barn.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det var i strid med loven å sette fengslingsfristen for barna lenger fram i tid enn to uker. Lagmannsretten mener videre det var en saksbehandlingsfeil at barnevernet ikke møtte i fengslingsmøtet.

#### *5.4 Var fengslingen av familien i strid med EMK?*

##### *5.4.1 Innledning*

Vilkårene for at barn fengsles sammen med foreldrene sine, var oppe til vurdering av EMD i fem dommer 12. juli 2016; alle i saker reist mot Frankrike. Både artikkel 3, artikkel 5 nr. 1 og artikkel 8 i EMK ble vurdert. Alle dommene gjelder familier med barn, herunder enslige forsørgere med barn, som var pålagt å forlate Frankrike, og som var plassert i sentre for administrativ frihetsberøvelse. Fire familier var plassert i senteret Toulouse-Cornebarrieu, like ved en flyplass, mens den siste familien var plassert i senteret Metz-Queuleu. Lagmannsretten mener de fem dommene gir en god veiledning om de sentrale momenter som skal vektlegges ved avgjørelsen av om fengsling av familier krenker deres rettigheter etter EMK. Overfor barna ble det i alle sakene konkludert med krenkelse av artikkel 3, mens det i tre av sakene ble konkludert med krenkelse av artikkel 5 nr. 1. Krenkelse av foreldrenes rettigheter ble fastslått i to av sakene, og da for brudd på artikkel 8.

Disse fem dommene er avsagt på fransk. I det juridiske utdraget for lagmannsretten er det tatt inn oversettelser av dommene til norsk, og disse ble brukt under ankeforhandlingen. Det ble da ikke fra noen av partene reist innvendinger mot at lagmannsretten anvender disse. Etter ankeforhandlingens avslutning har lagmannsretten forespurt statens prosessfullmektig om disse oversettelsene ligger på noen nettsider. Det ble da opplyst at det ikke foreligger noen offisiell oversettelse av dommene til andre språk, og at det er ankemotparten som har engasjert noen til å foreta de oversettelsene som er tatt inn i juridisk utdrag. Lagmannsretten har likevel funnet det forsvarlig å sitere fra oversettelsene i denne dommen.

##### *5.4.2 Dommer i EMD om EMK artikkel 3*

Artikkel 3 om forbud mot tortur lyder slik:

"Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff."

Lagmannsretten omtaler først drøftelsen i *EMDs dom 12. juli 2016 i A.B. og andre mot Frankrike (11593/12)*.

En forelder ble pågrepet for tyveri, og den andre forelderen og deres barn på drøyt fire år ble pågrepet dagen etter på asylmottaket hvor familien bodde. Hele familien ble samme dag brakt til senteret for administrativ frihetsberøvelse i Toulouse-Cornebarrieu. Det var drøyt ni måneder tidligere fattet vedtak om avslag på søknad om oppholdstillatelse og om plikt til å forlate territoriet. I vedtaket om frihetsberøvelse ble det vist til at familien ikke hadde framlagt tilstrekkelig garantier for frammøte

"ettersom de ikke har fremlagt gyldig pass, at [de] verken disponerer et stabilt bosted eller tilstrekkelig ressurser, at de ikke har gjennomført der forrige vedtaket som innebar at de måtte forlate rike, og at [de] i avhørsrapporten [sin] formelt motsetter seg tilbakesendelse til opprinnelsesstaten [sin]."

Foreldrene foranlediget rettslig prøving av interneringen og anførte at de hadde fast bosted på asylmottaket, at en slektning var klar til å ta imot dem, og at barnet deres ble nødt til å ferdes blant væpnet politi i uniform. Foreldrenes innsigelser førte ikke fram i forvaltningsdomstolen. Det ble vist til at de fortsatt verken kunne presentere identitetsdokumenter eller gyldige reisedokumenter, at asylmottaket hadde bedt dem forlate stedet der de urettmessig hadde oppholdt seg, at de ikke hadde ytterligere lovlige midler, og at de hadde unndradd seg vedtaket om å forlate riket. Appelldomstolen kom til samme resultat og viste til at senteret er "godkjent for å motta familier og har alle fasiliteter som er nødvendig for å ivareta en familie med barn".

Ved EMDs vurdering av om artikkel 3 er krenket, har domstolen innledningsvis fastslått at slikt brudd er fastslått i tidligere saker, og at bruddet da er konkludert på grunnlag av en kombinasjon av tre faktorer: barnas lave alder, varigheten av forvaringen og de gjeldende lokalenes uegnethet for barn.

Ved den konkrete vurdering er det i avsnitt 110 innledet med å vise til at myndighetenes forpliktelse til å beskytte barnet gjelder selv om de er sammen med foreldrene sine, og videre vises det til:

"[D]en svært sårbare situasjonen til barnet er avgjørende og veier tyngre enn egenskapen av å være utlending med ulovlig opphold [...] Barn har spesifikke behov på grunn av deres alder og uselvstendighet."

Barnet satt i forvaring sammen med foreldrene sine i 18 dager. Nedenfor siteres den videre begrunnelsen for brudd på artikkel 3 (avsnitt 112 til 115):

"112. Når det gjelder de materielle fengslingsforholdene, konstaterer domstolen at senteret i Toulouse-Cornebarrieu er blant dem som er «godkjent» for å motta familier i henhold til dekretet av 30. mai 2005 (se nr. 26. over). Det fremgår av besøksrapportene fra dette senteret (se nr. 31 og 40 over) at myndighetene har sørget for å atskille familier fra andre innsatte, gi dem rom med spesielt utstyr og at utstyr for barnepleie finnes til deres disposisjon. Domstolen peker dessuten på at de ikke-statlige organisasjonene har erkjent at, til forskjell fra det som var tilfelle i den tidligere nevnte *Popov*-saken, de materielle forholdene i dette senteret ikke var noe problem.

113. Domstolen konstaterer imidlertid at senteret i Toulouse-Cornebarrieu, som er oppført i umiddelbar nærhet til rullebanene på Toulouse-Blagnac-flyplassen, er eksponert for særlig høy støy, noe som har ført til at området er klassifisert som «ikke bebyggelig» (se nummer 33, 37 og 40). Domstolen bemerker at barna, som har behov for perioder med avkobling utendørs, i særlig grad blir utsatt for denne støyen av et for høyt nivå. Domstolen vurderer, blant annet og uten at det er nødvendig å referere til den medisinske erklæringen fremskaffet av klagerne, at tvangsfaktorene som er iboende for et sted for frihetsberøvelse, som er spesielt tyngende for et barn, samt senterets organisatoriske forhold nødvendigvis har hatt en angstkapende effekt på barnet til klagerne. Barnet, som ikke kunne overlates til seg selv, måtte være med foreldrene sine på alle avtaler situasjonen deres påkrevde, i tillegg til forskjellige rettsmøter og administrative møter. Ved forflytninger har han måtte være side om side med væpnet politi i uniform. I tillegg har han ustanselig vært utsatt for kunngjøringene fra høyttalerne på senteret. Har har opplevd at foreldrene har lidd psykisk på et sted for fengsling, noe som ikke har gitt ham mulighet til å få nødvendig avstand.

114. Domstolen vurderer at slike forhold, selv om de nødvendigvis er alvorlige kilder til stress og angst for et lite barn, ikke er tilstrekkelig, i et tilfelle med fengsling for en kort periode og under fengslingsforholdene i denne saken, til å oppfylle minstekravet til alvorlighetsgrad som er nødvendig for å omfattes av artikkel 3. Domstolen er derimot overbevist om at utover en kort periode vil gjentagelsen og opphopningen av psykisk og følelsesmessige belastninger nødvendigvis føre til skadelige virkninger for et lite barn som overskrider det nevnte minstekravet til alvorlighetsgrad. Varigheten er i denne sammenhengen av avgjørende betydning når det gjelder anvendelsen av denne teksten. Domstolen vurderer at denne korte perioden er overskredet i det foreliggende tilfelle, ettersom det dreier som frihetsberøvelse av et barn på fire år i atten dager under de forholdene som er beskrevet over.

115. Tatt i betraktning alderen til klagerens barn, varigheten og forvaringsforholdene i på senteret for frihetsberøvelse i Toulouse-Cornebarrieu, anser domstolen at myndighetene har utsatt dette barnet for en behandling som overgår minstekravet til alvorlighetsgrad for å falle inn under artikkel 3 i EMK. Følgelig foreligger det brudd på denne artikkelen når det gjelder barnet til klagerne."

*EMDs dom 12. juli 2016 i R.K. og andre mot Frankrike (68264/14) gjaldt to foreldre og deres 15 måneder gamle barn. Foreldrene hadde vært i Frankrike i fire år og blitt meddelt forpliktelse til å forlate riket fem måneder før familien ble pågrepet med sikte på uttransport samme dag. Da de nektet å gå om bord, ble de fengslet. De ble plassert på senteret i Toulouse-Cornebarrieu. Etter opphold der i ni dager ble oppholdet avbrutt, og familien ble pålagt bestemt oppholdssted i et hotell for en varighet på seks måneder. EMDs*

begrunnelse er nokså tilsvarende som i A.B. og andre mot Frankrike. Men noen av momentene der er ikke nevnt, mens andre momenter er særskilte for R.K. og andre. I sistnevnte sak er det ikke nevnt noe om nærvær av væpnet politi ved forflytninger, eller noe om opplevelse av at foreldrene har lidd psykisk. Derimot er det trukket fram at EMD fire dager før løslatelsen hadde påpekt overfor staten at uttransportering ikke var mulig fordi det ikke var ønskelig at klagerne ble sendt tilbake til Russland mens rettssaken for EMD pågikk. Det avsluttende avsnittet som er sitert fra A.B. og andre mot Frankrike, er likelydende for R.K. og andre.

*EMDs dom 12. juli 2016 i R.M. og M.M. mot Frankrike (33201/11)* har en nokså tilsvarende begrunnelse som sitert fra dommen om A.B. og andre avsnitt 112–115 for å fastslå brudd på EMK artikkel 3 når det gjelder familiens barn. Familien hadde vært plassert på senteret i Toulouse-Cornebarrieu. Forskjellen er at det her var tale om et barn som var sju måneder gammelt, og at oppholdet ikke varte i lenger tid enn ca. sju dager. Også et så vidt kortvarig opphold utgjorde et brudd. Det ble ikke ansett å være et så kortvarig opphold som ikke omfattes av artikkel 3, jf. det foran siterte avsnitt 114 i dommen om A.B. og andre. I begrunnelsen er momentene om væpnet politi, ustanselige kunngjøringer fra høyttalerne og opplevelse av at foreldrene led psykisk, ikke trukket fram. Familien hadde vært lenger tid i landet og oversittet utreisefristen med bare tre måneder. Det er ikke noe i begrunnelsen om R.M. og M.M. som tyder på at de forholdene ble tillagt vekt.

*EMDs dom 12. juli 2016 i R.C. og V.C. mot Frankrike (76491/14)* omhandler pågrepelse av utlending og hennes barn på to år. Også denne familien hadde vært plassert på senteret i Toulouse-Cornebarrieu. Denne mora var to uker tidligere dømt til utvisning og innreiseforbud i straffesak, der hun også ble idømt fengselsstraff. Hun hadde da bodd ca. to og et halvt år i Frankrike, hvorav en del av perioden i varetekt. Etter ti dager i senteret ble hun pålagt bestemt oppholdssted i et hotell for en varighet på maksimalt 45 dager. Åtte dager etter at hun og barnet forlot senteret, ble hun uttransportert. Det avsluttende avsnittet ved vurderingen av om EMK artikkel 3 er brutt, er helt likelydende med det foran siterte avsnittet 115 i saken om A.B. og andre. Også de øvrige avsnitt som foran er sitert fra sistnevnte sak, er temmelig likt utformet, likevel slik at det heller ikke i denne saken er gjentatt de momentene som framgår av siste del av avsnitt 113, om blant annet væpnet politi og ustanselige kunngjøringer fra høyttalerne.

*EMDs dom 12. juli 2016 i A. M. og andre mot Frankrike (24587/12)* omhandler en kvinne med to barn som ble pågrepet og plassert i senteret for administrativ frihetsberøvelse i Metz-Queuleu. Barna var da henholdsvis ca. to og et halvt år og fire måneder gamle. Kvinnen var et halvt år tidligere kommet til Frankrike og hadde søkt om asyl, men kom da fra Polen, hvor hennes søknad om asyl ikke var avgjort. Ca. tre måneder før pågripelsen var hun pålagt å returnere til Polen. Dagen etter pågripelsen nektet hun å gå om bord i et fly til Polen, og oppholdet i senteret fortsatte. Sju dager etter pågripelsen bad EMD de

franske myndigheter om å finne et alternativ til administrativ frihetsberøvelse for familien. Om kvelden dagen etter ble kvinnen meddelt at hun var pålagt bestemt oppholdssted i departementet Moselle, og hun valgte å forlate senteret først dagen etterpå, ni dager etter pågripelsen.

I sin vurdering fastslo EMD at myndighetene i første omgang hadde forsøkt å gjennomføre utsendelsen så raskt som mulig. Men domstolen var overbevist om at opphopningen av psykiske og følelsesmessige belastninger utover en kort periode nødvendigvis fører til skadelige virkninger som overskrider minstekravet for alvorlighetsgrad for å fastslå brudd på EMK artikkel 3. Siste avsnitt i vurderingen er likelydende med det foran siterte avsnitt 115 i saken om A.B. og andre. De materielle forholdene ved senteret var tilsvarende som beskrevet for Toulouse-Cornebarrieu i avsnitt 112 i sitatet fra dommen om A.B. og andre. Innvendingene mot forholdene ved Metz-Queuleu var imidlertid mindre omfattende beskrevet enn for forholdene ved Toulouse-Cornebarrieu i avsnitt 113 i dommen om A.B. og andre. I avsnitt 50 i dommen om A.M. og andre heter det:

"EMD bemerker imidlertid at gårdsrommet til familiesonen bare er atskilt fra sonen 'menn' med et gjerde som gjør det mulig å se alt som foregår der. EMD observerer videre at klagerne har vært utsatt for et lydmiljø som var relativt angstskapende, ved at de var tvunget til å høre på kunngjøringer hele dagen over høyttalerne med et høyt lydnivå."

Når disse dommene leses i sammenheng, framstår setningen i midten av avsnitt 113 i dommen om A.B. og andre som den helt sentrale. Det vises til der at tvangsfaktorene som er iboende for et sted for frihetsberøvelse, er spesielt tyngende for et barn, og at senterets organisatoriske forhold nødvendigvis har hatt en angstskapende effekt. Dette er naturligvis et utsagn som må vurderes med bakgrunn i hvordan forholdene for barn var ved de to sentrene. De mer konkrete forholdene ved det enkelte senter synes likevel å være tillagt mer begrenset vekt, selv om de er nokså utførlig beskrevet i dommene. Lagmannsretten bygger denne antakelsen på det forhold at både konklusjonen og den avsluttende begrunnelsen var lik i både de fire først omtalte sakene og i den siste. Senteret ved Metz-Queuleu oppfattes å ha vært vesentlig mindre uegnet for barn enn senteret ved Toulouse-Cornebarrieu. Ved førstnevnte senter er det ikke omtalt ulemper med særlig høy flystøy eller væpnet politi i uniform ved forflytninger. Lagmannsretten har imidlertid også merket seg ved uttalelsen i avslutningen av avsnitt 112 i dommen om A.B. og andre om at de materielle forholdene ikke var noe problem. Det peker i retning av at det for sakene fra Toulouse-Cornebarrieu ikke bare er lagt vekt på de ulemper der som bidrog til å gjøre stedet uegnet for barn, men at det først og fremst er de mer grunnleggende fengselslignende forhold som har vært avgjørende.

Lagmannsretten har tatt i betraktning at EMD 15. desember 2016 avsa dom i Khlaifia og andre mot Italia (16483/12). Dommen ble avsagt i storkammer etter at dommene mot Frankrike ble avsagt. I dommen er det generelle uttalelser om minstevilkår for brudd på

artikkel 3. Dommen ses likevel ikke å ha særskilt interesse for avgjørelsen om hvordan de ankende parter ble behandlet. Storkammerdommen gjelder en klage om forholdene som tre innvandrere ble undergitt da de kom sjøveien fra Tunisia mot Italia og brakt inn på øya Lampedusa og etterpå videre til Palermo. Det er ikke noe i de faktiske forhold som er beskrevet i dommen avsnitt 10–31 som tilsier at det også oppholdt seg barn på de to interneringsstedene. Klagerne var i alderen 23 til 28 år da de ble plassert der. Forholdet til artikkel 3 er omhandlet i dommen avsnitt 136–211, og det kan ikke ses at det er trukket noen linjer til eller sammenligning med dommene i de fem sakene mot Frankrike. De generelle uttalelsene EMD har gitt innledningsvis om sine vurderinger i avsnitt 159 i dommen om Khlaifia og andre, ses ikke å være egnet til å rokke ved det som det er naturlig å lese ut av de fem dommene. Under henvisning til en lang rekke tidligere avgjørelser er det i avsnitt 159 påpekt viktige momenter som minimumsnivået vil avhenge av. Det er varigheten av interneringen og dens fysiske og mentale virkninger, og i noen tilfeller kjønn, alder og helsa til den internerte. Det er utgangspunkter som ikke kan sies å stride med de utgangspunkter som er tatt i de fem dommene mot Frankrike.

#### *5.4.3 Om det skjeddde brudd på EMK artikkel 3 ved fengslingen av de ankende parter*

Når lagmannsretten etter dette skal foreta en sammenligning av forholdene ved disse to sentrene og forholdene ved Trandum da de ankende parter var plassert der, er det vanskelig å se at forholdene på vesentlige punkter har vært bedre for de ankende parter enn for partene i sakene mot Frankrike.

Lagmannsretten ser ikke bort fra at de fysiske forholdene har vært noe bedre på Trandum enn ved de nevnte sentrene. Soverommet med tilhørende toalett/dusjrom var ikke vesentlig større enn plass til senger og nødvendig rom for bevegelser tilsa. I soverommet var det to senger samt en køyeseng med plass til mer enn to personer. Flateinnholdet på de to rommene er ikke oppgitt, men anslås til å være i størrelsesorden 20 m<sup>2</sup>. I tillegg kom et betydelig større felles oppholdsrom. Der var det sitteplasser, noen leiker, TV og en enkel kjøkkeninnredning. Der var det tilgang til mat som familien kunne benytte utenom vanlige spisetider. De innsatte på familieavdelingen kunne også gis adgang til et uteareal rett utenfor. Der var det noen enkle innredninger beregnet på barn, og arealet var større enn det felles oppholdsrommet inne. Det var avgrenset av høye plankegjerd, slik at sikten var nokså begrenset. Det var likevel mulig å se mot enden av den østre rullebanen på Gardermoen. Den lå svært nær, anslagsvis noen få hundre meter unna. Ved landing på denne enden av rullebanen følte flyene å være tett ned mot hustakene. Det bemerkes i den forbindelse at mottakssenterets hus som følge av nærheten til flyplassen ligger i en forbudssone for ny bebyggelse.

Det framkom av forklaringer fra tidligere og nåværende leder av familieavdelingen at barna deler av døgnet hadde tilgang til gymsal, der det var muligheter for ballspill mv.

Gitt at familier skal være fengslet/internert, var det tilrettelagt for at ulempene ved slik internering skulle begrenses.

I rapport 12. august 2014, to dager etter pågripelsen, fra daværende leder av familieavdelingen ved Trandum, Kjersti Lindseth, heter det om tiltakene vedrørende de ankende parter:

"Trandum har tidligere erfaring med familier som bor lenge, men da bare med ett barn. Vi kan legge til rette for familien ved å være fleksible med tidslinjen – herunder ekstra lufting og trening i aktivitetshall med aktivitetsleder, ikke låse inn familien mellom 08:00 og 21:00, ha faste ansatte som jobber metodisk opp mot familien på avdelingen, skjerme familien fra andre innsatte dersom de ønsker det, i samarbeid barneverntjenesten legge til rette for ukentlige turer ut av internatet med barna – da etter en konkret risikovurdering særlig i forhold til rømningsfare. I tillegg har Trandum en svært god helsetjeneste som vil kunne ha kontakt med familien på ukedager, men også helger ved akutt behov."

I rapport samme dag fra Ullensaker kommune, barneverntjenesten heter det blant annet:

"Barneverntjenesten vurderer at dersom foreldrene evner å ivareta barnas omsorg på en god måte, er det bedre for barna å være sammen med foreldrene på Trandum fremfor å bli påført en stressbelastning ved å bli plassert hos fremmede.

Barneverntjenesten har ikke truffet familien og uttaler seg derfor på generell basis [...]

Barneverntjenesten vil foreta første tilsynsbesøk hos familien etter nærmere avtale med Trandum og senest innen torsdag 14.08.2014. [...] Barneverntjenesten har anledning til å føre flere tilsyn og oppfølgingsbesøk hver uke, og har mulighet til å gjennomføre andre tiltak i samråd med familien og Trandum, for eksempel det å ta barna med ut i lokalsamfunnet, samtaler med barna og eventuelt økonomi/klær til barna."

Av rapport 10. februar 2015 fra samme barneverntjeneste framgår at familien ble besøkt av tjenesten 13. og 18. august 2014, og at tjenesten tok med barna ut tre ganger, den 21., 26. og 28. august 2014. Da var også representanter fra Trandum med ut. Aktiviteter var blant annet tur og spise is ved Nordbytjernet på Jessheim, bowling, spise pizza og lek ute. Tidligere leder Lindseth har forklart at de ansatte på Trandum da normalt gikk i sivil, men de hadde med håndjern som de ikke bar synlige.

Det er også framlagt utskrift av journaler fra Trandum under fengslingsperioden for de to foreldrene. Også barna er omtalt i disse. Journalene inneholder ikke beretninger om spesielle dramatiske situasjoner under oppholdet. Fra disse journalene refereres ellers at familien den fjerde dagen sa de ønsket å bli låst inne noe seinere på grunn av dårlig luft, og fordi det er tidlig å avslutte aktiviteter de ellers ville ha muligheter for. Dette ble avslått, likevel slik at en liten luke i døra ble holdt åpen for å bedre lufta. Dette innebar at selve



døra inn til familiens soverom var låst fra kl. 21:00 til kl. 08:00, jf. Lindseths forklaring under ankeforhandlingen. Den femte kvelden er det i journalen notert god stemning og godt humør på hele familien. To dager er det meldt om at familien har vært på aktivitetssenter. Etter nitten dager er det notert at barna fikk tilgang til Instagram, men at dette ikke ble gjennomført fordi alle passordene var gått i glemmeboka. Dette ble av vitnet Lindseth opplevd som tragisk fordi den yngste jenta var veldig opptatt av klassekameratene.

Under ankeforhandlingen ble nåværende og daværende leder av familieavdelingen avhørt, samt familiefaren og eldste datter. Det framkom ikke noe som i vesentlig grad rokket ved de skriftlige redegjørelser, framstillinger og journaler som er referert foran, likevel slik at det i stor grad synes å ha forekommet mange avvik fra situasjonen beskrevet i journalmerknaden for den ene kvelden om at hele familien var i godt humør, se nedenfor.

Så langt de forannevnte tiltak var skadebegrensende, må lagmannsretten til tross for disse tiltakene konkludere med at de ankende parter opphold på Trandum i de viktigste hovedtrekk var tilsvarende de beskrevne forholdene ved sentrene i Frankrike. Det sentrale framstår å være at forholdene på Trandum på samme måte som forholdene i Frankrike var egnet til å underbygge en angstskapende effekt på barn.

For det første var innelukkingsaspektet i stor grad framtrødende. På nattestid gjennom ca. elleve timer var de henvist til soverommet med tilhørende nevnte våtrom, og døra inn dit ble låst. Gjennom døra fra oppholdsrommet var det innsyn til soverommet gjennom ei luke som var høyt plassert. Den var utformet slik som de fleste vil ha forestillinger om at dører inn til fengselsceller er, herunder at den bare kunne lukkes og åpnes fra utsiden. Det var ikke nødvendigvis noen sammenhengende innesperring gjennom hele natta det var tale om. Dersom familien mente det var behov for en eller annen bistand fra ansatte på senteret, kunne familien påkalle disse, og de kom da stort sett etter nokså kort tid.

Den eldste datteren Zahra har beskrevet denne innelåsingen som det verste ved oppholdet. Da tenkte hun at hun kanskje hadde gjort noe kriminelt. I sin forklaring framhevd hun også at de var omgitt av politifolk hele tiden. Forklaringene som ble gitt av hennes far og av tidligere leder, vitnet Lindseth, gir støtte til forklaringen om at innelåsingen ble opplevd svært negativt.

Videre påpeker lagmannsretten at de ansatte som familien kom i kontakt med, bar uniformer som ikke var ulike dem ansatte i Kriminalomsorgen eller politiet bærer. Ingen av de ansatte var bevæpnet, men alle bar store nøkkelknipper som var egnet til å minne om innesperring. Når barna skulle til og fra gymsalen, måtte de følges gjennom lange institusjonsaktige ganger til gymsalen, og på begge veier måtte de gå gjennom flere dører som de ansatte låste opp og igjen. Ytterligere har lagmannsretten lagt vekt på at fengselspreget ble framhevd ved hvordan utsynet fra oppholdsrommet var. I

utgangspunktet var det lagt opp til at gardinene, til tross for at det var midt på sommeren, skulle være fortrukne hele tiden. Familien oppfattes imidlertid å ha stått fritt til å trekke gardinene fra. Men da så de ut på to store gårds plasser rett på utsiden, og som begge var avsperrert av flere meter høye nettinggjerdar. Den ene av disse to gårds plassene var lufte plass for voksne innsatte.

Det fengselslignende ble ytterligere framhevd ved at inngang til Trandum var forbundet med kroppskontroll. For barna var det ikke tale om å kle seg naken. Men de ble tatt og befølt på utsiden av klærne og fikk disse skannet med metalldetektor samt undersøkt lommer.

Videre er det grunn til å nevne at det framkom av Lindseths forklaring at mor gråt mye og var lei seg, og at barna støttet henne veldig, slik som å holde henne i hånda. Ifølge Lindseths forklaring viste den eldste datteren seg sint, og de tre andre framstod som nedstemte. Denne omstendigheten berører også det forhold at den forutgående pågripelsen bar bud om at et opphold i Norge gikk mot slutten, og at et brudd med tilvendt miljø var ventelig. Det var trolig et forhold som i stor grad bidrog til slik nedstemthet. Etter lagmannsrettens syn innebærer dette forhold også at barna da var i en særlig sårbar situasjon, og at det styrket behovet for å håndheve prinsippet om at fengsling utgjør siste utvei for å få gjennomført uttransport av barn/barnefamilier.

Alle de nevnte sakene mot Frankrike gjaldt barn som var yngre enn fem år. Denne saken gjelder fire barn i alderen fra fjorten år og ned til sju og et halvt år. I flere av dommene mot Frankrike er barnas alder tillagt vekt. Det kan i utgangspunktet peke i retning av at det skal mer til for å fastslå krenkelse av artikkel 3 når det er tale om eldre barn.

Etter lagmannsrettens syn er ikke uttalelsene i de nevnte dommer fra EMD om at barnets lave alder er tillagt vekt, til hinder for at EMK kan være brutt i denne saken. Det er foran beskrevet forhold som antas å ha vært særlig egnet til å skape angst hos barn i den aldersgruppen som barna blant de ankende parter utgjør. Barn i denne alderen har bedre forutsetninger for å oppfatte det fengselslignende ved situasjonen enn slike små barn som var omhandlet i sakene mot Frankrike. Det er ikke i noen av dommene fra EMD uttrykkelig uttalt at det skal mer til for å fastslå brudd i saker som gjelder større barn. Lagmannsretten har i denne forbindelse merket seg at momentene vedrørende bevæpnet politi og ustanselige kunngjøringer gjennom høytalene ikke er nevnt i sakene som gjaldt de minste barna på Toulouse-Cornebarrieu. Det kan peke i retning av at EMD ikke har ansett de angstskapende effektene ved innesperring å være større jo mindre barna er.

Den beskrivelse som er gitt foran, viser etter lagmannsrettens syn at forholdene også var egnet til at barna fikk en form for skyldfølelse for det som var skjedd. Lagmannsretten påpeker også at oppholdet på Trandum må ha vært preget av tilsvarende flystøy som ved

Toulouse-Cornebarrieu. Det nevnes også at barna ikke fikk noe tilbud om skolegang ved skoleårets begynnelse.

Ved sin vurdering har lagmannsretten også tatt i betraktning at Sivilombudsmannen har utarbeidet en rapport etter å ha besøkt politiets utlendingsinternat på Trandum 19.–21. mai 2015. Rapporten ble oversendt politiets utlendingsenhet 8. desember 2015. Under henvisning til at miljøet på internatet framstår som preget av stress og uro blant mange av de voksne internerte, samt hendelser og opptøyer dette har medført, er det konkludert med at bomiljøet ikke framstår som et tilfredsstillende psykososialt miljø for barn, jf. rapporten side 29.

Når en på denne bakgrunn tar i betraktning at de ankende parter var innesperret i så lang tid som 20 dager, er lagmannsretten kommet til at EMK artikkel 3 er brutt når det gjelder barna. Slik begrunnelsen er utformet i de foran refererte dommene fra EMD, ses det ikke grunnlag for å fastslå at foreldrenes rettigheter etter artikkel 3 er krenket.

#### *5.4.4 Dommer i EMD om artikkel 5 nr. 1*

Innledningsvis bemerkes at EMK artikkel 5 gjelder retten til frihet og sikkerhet. Bestemmelsens nr. 1 bokstav f lyder slik:

"1. Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov:

[...]

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

Som nevnt foran er også dette spørsmålet vurdert i alle de fem sakene mot Frankrike. Saksforholdet i disse sakene er oppsummert foran i punkt 5.4.2. Også her er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i dommen om A.B. og andre. Ved vurderingen av om artikkel 5 nr. 1 er brutt (dommen avsnitt 119–125), er det først vist til at det etter artikkel 5 nr. 1 bokstav f i utgangspunktet er tilstrekkelig at det treffes tiltak med sikte på utsendelse eller utlevering. Når avgjørelsen gjelder barn, må imidlertid frihetsberøvelsen være nødvendig for å oppnå formålet, nemlig utsendelse av familien, for å være i samsvar med EMK. Videre er det påpekt at det ikke er noen fransk lovgivning som fastsetter vilkårene for "når barns tilstedeværelse ved frihetsberøvelse er mulig", at barnas situasjon er uløselig knyttet til foreldrene deres, og at når foreldrene settes i forvaring, er barna selv de facto frihetsberøvet. Selv om foreldrenes beslutning om ikke å la barna komme i andres forvaring, ikke er i strid med fransk lov, understreket EMD at barnas omgivelser under frihetsberøvelsen er "en kilde til angst og spenning, som kan være svært skadelig for dem". Deretter oppsummerte domstolen i avsnitt 123:

"Under slike forhold anser domstolen at et tilstedeværelse av et barn som følger med foreldrene sine, i et senter for frihetsberøvelse bare er i overensstemmelse med artikkel 5, nr. 1 f) hvis de interne myndighetene påviser at de har brukt dette tiltaket som siste utvei, bare etter at de faktisk har kontrollert at ingen andre tiltak som er mindre inngripende for friheten, kan iverksettes."

Det foran refererte fra dommen om A.B. og andre var utformet likt i dommene i de fire andre sakene mot Frankrike. Den konkrete vurderingen i saken om A.B. og andre ble avsluttet slik i avsnitt 124:

"Domstolen anser derfor, samtidig som domstolen tar i betraktning begrunnelsen som fremkommer i prefektens vedtak om frihetsberøvelse, at det ikke finnes tilstrekkelige faktorer som overbeviser om at de interne myndighetene effektivt har undersøkt om administrativ forvaring av familien var siste utvei, og at det ikke fantes noen alternativer."

I avsnitt 125 har domstolen fastslått brudd på EMK artikkel 5 nr. 1, men har begrenset seg til å fastslå dette for barna.

I saken om R.M. og M.M. er også konstatert brudd når det gjelder barnet. Den konkrete vurderingen er oppsummert slik i avsnitt 87:

"EMD påpeker videre at det ikke fremgår av noen av sakens dokumenter at staten har undersøkt alternative tiltak til frihetsberøvelse av familien."

I saken om R.K. er det også fastslått brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 når det gjelder barnet. Innledningsvis i den konkrete vurderingen i avsnitt 86 ble det bemerket at domstolen ikke er overbevist om at det å nekte å gå om bord i flyet var tilstrekkelig til å fastslå den nødvendige unndragelsesfare for å kunne benytte frihetsberøvelse. Deretter fortsatte domstolen:

"EMD forstår særlig ikke hvorfor det ikke var mulig opprettholde pålegget om bestemt oppholdssted som klagerne var underlagt før de motsatte seg å gå ombord i flyet, og som de frem til da samvittighetsfullt hadde overholdt. I lys av elementene EMD har til disposisjon, vurderer EMD at de nasjonale myndighetene ikke har undersøkt på en effektiv måte om administrativ frihetsberøvelse av familien var siste utvei, og at ingen andre mindre inngripende tiltak kunne brukes i stedet for."

I de to øvrige sakene ble det ikke fastslått brudd på EMK artikkel 5 nr. 1. I saken om R.C. og V.C. er den konkrete vurderingen utformet slik i avsnitt 56:

"EMD bemerker at prefekten i vedtaket om frihetsberøvelse av klageren avviste muligheten for å bruke et mindre inngripende tiltak på grunn av en kombinasjon av flere faktorer, deriblant at klageren var straffedømt for alvorlige forhold, hennes

uttrykt vilje om ikke å returnere til opprinnelseslandet sitt og mangelen på en kjent adresse."

I saken om A.M. og andre er den konkrete vurderingen utformet slik i avsnitt 68:

"EMD bemerker at prefekten i vedtaket om frihetsberøvelse av klageren avviste muligheten for å bruke et mindre inngripende tiltak på grunn av en kombinasjon av flere faktorer, blant annet at den første klageren avviste å ta kontakt med grensepolititjenesten for å organisere avreisen sin, fravær av identitetsdokumenter og den prekære bosituasjonen."

#### *5.4.5 Om det skjedde brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 ved fengslingen av de ankende parter*

Ved en sammenligning mellom de ankende parters situasjon og situasjonen for dem de fem sakene mot Frankrike gjaldt, synes likheten å være størst med de to første sakene, A.B. og andre og R.M. og M.M. Det er ikke opplyst at de ankende parter var pålagt å bo på mottaket i Lillesand. Familien i saken om R.K. var gitt slikt pålegg før de nektet å gå om bord i flyet. Den foran siterte argumentasjonen i avsnitt 86 i dommen om den familien ville etter lagmannsrettens oppfatning ha stått seg like sterkt overfor de ankende parter, der slikt pålegg ikke var forsøkt på forhånd. Lagmannsretten har ikke funnet grunnlag for å fastslå slik nødvendighet som EMD fastslo i sakene om R.C. og V.C. og om A.M. og andre. I vår sak er det verken framkommet noe om at foreldrene var tidligere straffedømt, eller at de ikke hadde kjent adresse, to av de tre momentene som ble vektlagt i den førstnevnte av de to. Til forskjell fra A.M. er det i vår sak verken tale om manglende identitetspapirer eller prekære boforhold.

Når det som ellers er framhevd av lagmannsretten foran i 5.3.1 om at politiet hadde dårlig grunnlag for å anta at fengsling var siste utvei for å sikre en ledsaget uttransportering, er lagmannsretten kommet til at artikkel 5 nr. 1 er brutt når det gjelder barna. Med den begrunnelse som er gitt i de foran refererte dommer fra EMD, kan det ikke ses grunnlag for å fastslå at foreldrenes rettigheter etter EMK artikkel 5 nr. 1 er krenket.

#### *5.4.6 Dommer i EMD om EMK artikkel 8*

EMK artikkel 8 lyder slik:

"1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter."

Det er tatt stilling til anvendelsen av denne bestemmelsen i fire av sakene mot Frankrike. I den ene av de fem, saken om R.M. og M.M. er bestemmelsen ikke vurdert fordi anførselen om brudd på artikkel 8 ikke ble fremmet i tide.

Også når det gjelder artikkel 8 er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i dommen om A.B. og andre. I avsnitt 144–153 er det gitt uttrykk for noen generelle synspunkter som er gjentatt nokså likelydende i de tre andre dommene. EMD fastslo at fengslingen innebar inngrep i retten til familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1, men at inngrepet hadde et legitimt formål etter nr. 2. Spørsmålene var for det første om frihetsberøvelse av den aktuelle varigheten var nødvendig, det vil si begrunnet ut fra tvingende samfunnsmessige behov. Det var videre spørsmål om slik frihetsberøvelse var proporsjonal med formålet.

Når det gjelder familier, viste EMD til sin praksis om at myndighetene skal ta hensyn til barnets beste ved forholdsmessighetsvurderingen, og at det i internasjonal rett er bred enighet om prinsippet om at barnets beste skal ha forrang i alle beslutninger som gjelder barn. Videre har domstolen vist til at barnekonvensjonen artikkel 3 fastsetter at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som gjelder dem. I avsnitt 152 i dommen om A.B. og andre heter det videre:

"Det fremgår dessuten av internasjonale rapporter [...] at beskyttelsen av barnets beste på den ene siden medfører å holde familien samlet og på den andre siden å undersøke alternativer, slik at forvaring av mindreårige bare brukes som en siste utvei. Både den internasjonale konvensjonen om barnets rettigheter og EU-direktivene samt Den parlamentariske forsamlingen i Europarådet fastsetter slik at barn bare kan underlegges frihetsberøvelse som den siste utvei etter at alle alternativer er vurdert."

I sin konkrete vurdering, der det ble fastslått krenkelse av artikkel 8, ble det i avsnitt 154 bemerket at det var omtvistet om det forelå en særlig unndragelsesfare, og om en alternativ løsning var undersøkt, hvoretter domstolen konkluderte med at frihetsberøvelsen ikke var begrunnet ut fra tvingende samfunnsmessige behov:

"For å fastslå en unndragelsesfare og den manglende muligheten til å bruke et alternativ til frihetsberøvelse, støtter staten seg på faktorene som prefekten tok i betraktning: manglende identitetspapirer eller gyldig reisedokument, manglende stabilt bosted og mangel på tilstrekkelige ressurser og at de nektet å etterleve plikten til å forlate territoriet. Ettersom Prefekten ikke hadde vurdert det som nødvendig å uttale seg om muligheten for klagerne å benytte seg av innkvartering på asylmottaket der de bodde før de ble frihetsberøvet, eller hos en slektning, er ikke domstolen overbevist om at disse faktorene alene er tilstrekkelig for å fastslå reell unndragelsesfare og at det ikke var mulig å finne et alternativ til frihetsberøvelse. Domstolen merker seg i denne forbindelse at forvaltningsdomstolen i 2. instans vurderte at det ikke fremgikk i det påklagde vedtaket at prefekten hadde undersøkt, men hensyn til barnets tilstedeværelse, om et mindre inngripende tvangstiltak enn frihetsberøvelse var mulig i den nødvendigvis korte perioden før uttransportering". Fengsling i et senter synes følgelig ikke begrunnet ut fra et tvingende

samfunnsmessig behov. I denne forbindelse minner domstolen om at familien i flere år hadde bodd på et asylmottak. Domstolen vurderer at årsakene som forhindret å vurdere pålegg om bestemt oppholdssted i hotell er fastsatt."

I avsnitt 156 ble domstolens vurdering avsluttet med denne forholdsmessighetsvurderingen:

"Uten en særlig unndragelsesfare fremstår frihetsberøvelse med en varighet på atten dager ikke å være proporsjonalt med formålet. Følgelig anser domstolen at klagerne har vært utsatt for et uforholdsmessig inngrep i retten til respekt for familielivet deres, og at det foreligger en krenkelse av artikkel 8 i EMK."

Ut fra begrunnelsen som er gitt i dommen, finner lagmannsretten det mest naturlig å forstå konklusjonen slik at den gjelder hele familien.

I saken om R.K. ble det fastslått krenkelse av artikkel 8. Også her forstås dommen slik at den gjelder hele familien. Fra den konkrete begrunnelsen siteres dette fra avsnitt 115:

"EMD påpeker at i det foreliggende tilfellet støtter staten seg hovedsakelig på det faktum at klagerne motsatte seg ombordstigning i flyet som skulle frakte dem til Russland, for å fastsette unndragelsesfare og at det ikke var mulig å benytte et alternativt tiltak til frihetsberøvelse. EMD er ikke overbevist om at dette elementet er tilstrekkelig for å fastsette unndragelsesfare, eller at det var umulig å finne andre løsninger enn frihetsberøvelse. Selv om staten, åpenbart, viser at klagerne ikke ønsket å sendes ut fra det franske territoriet, har den ikke fastsatt deres vilje til å unndra seg myndighetene. Fengsling i et senter synes følgelig ikke begrunnet ut fra et tvingende samfunnsmessig behov. EMD bemerker, i lys av informasjonen EMD har tilgjengelig, at andre løsninger, for eksempel pålegg om fast oppholdssted i et hotell sammen med regelmessig meldeplikt hos politiet, slik klagerne foreslår, ikke ble undersøkt."

I sakene om R.C. og V.C. og om A.M. og andre ble det konkludert med at EMK artikkel 8 ikke var krenket. Fra dommen i den førstnevnte saken siteres fra avsnitt 81 den sentrale delen av begrunnelsen:

"For å fastslå unndragelsesfare og manglende mulighet til å bruke en alternativ løsning, støtter staten seg på følgende elementer som de interne domsmyndighetene pekte på: innreiseforbudet for fransk territorium som klageren var gjenstand for, det forhold at barnet til klageren hadde vært sammen med henne i fengsel fra det var født, intensjonen om å forbli i Frankrike som klageren hadde oppgitt til fengslingsdommeren, de alvorlige handlingene hun hadde begått, som gjorde det nødvendig å opprettholde offentlig orden, det faktum at klageren hadde reist og bodd i Frankrike etter at å ha overgitt ansvaret for å forsørge og oppdra barna til tredjeparter. EMD bemerker at de interne myndighetene og særlig appelldomstolen i Toulouse (se nr. 14) på grunnlag av disse elementene vurderte at verken pålegg om bestemt oppholdssted eller bruk av elektronisk overvåking kunne forhindre unndragelsesfaren."

I dommen i saken om A.M. og andre framgår den konkrete begrunnelsen av avsnittene 95–97:

"95. EMD bemerker at for å fastslå unndragelsesfare og den manglende muligheten til å bruke et alternativ til frihetsberøvelse i den foreliggende saken støtter Staten seg på faktorene som prefekten tok i betraktning: at klageren nektet å møte frem hos departementsdirektoratet for grensepolitiet for å organisere utreisen hennes, manglende identitetspapirer og den prekære bosituasjonen til klageren. I lys av sakens dokumenter anser EMD at det ikke foreligger elementer av en slik art at det gir grunn til å reise tvil om de nasjonale myndighetenes vurdering av disse punktene.

96. EMD bemerker videre at de interne myndighetene, tatt i betraktning klagerens atferd, har truffet alle nødvendige tiltak for så raskt som mulig å gjennomføre utsendelsen og begrense fengslingsperioden. De hadde organisert retur med fly til Polen dagen etter frihetsberøvelsen, og det er bare etter at klageren nektet å stige om bord i flyet at gjennomføringen av utsendelsen ble forsinket og fengslingsperioden forlenget. EMD slutter fra dette at forsinkelsen i gjennomføringen av utsendelsen ikke kan tilskrives de franske myndighetene.

97. Frihetsberøvelsen med en varighet på til sammen åtte dager fremstår heller ikke som uforholdsmessig i forhold til formålet. Følgelig anser EMD at klagerne ikke vært utsatt for et uforholdsmessig inngrep i retten til respekt for familielivet deres, og at det ikke foreligger en krenkelse av artikkel 8 i EMK."

#### *5.4.7 Om det skjeddde brudd på EMK artikkel 8 ved fengslingen av de ankende parter*

Lagmannsretten konstaterer innledningsvis at fengslingen innebar et inngrep i retten til privat- og familieliv etter artikkel 8 nr. 1, men at inngrepet hadde et legitimt formål etter nr. 2. Spørsmålet er, som i de nevnte sakene fra EMD, om frihetsberøvelsen var begrunnet ut fra tvingende samfunnsmessige behov, og om den var proporsjonal.

Ved en sammenligning mellom de ankende parter situasjon ved avgjørelsene om fengsling og den som forelå for familien A.B. og andre, har lagmannsretten merket seg at flere av de momentene som de franske myndigheter brukte til støtte for fengsling, må oppfattes å ha vært fraværende for de ankende parter. For det første er det i vår sak ikke opplyst at de ankende parter manglet identitetspapirer eller gyldig reisedokument. For det andre hadde de ankende parter hatt opphold på asylmottak i Lillesand gjennom ca. et år helt fram til pågripelsen. Da kan det ikke brukes som argument for unndragelse og fengsling at de hadde manglende stabilt bosted, noe de franske myndigheter argumenterte med i saken om A.B. og flere. Lagmannsretten påpeker dessuten at den ene pågripelsen i saken om A.B. og flere skjeddde fordi den ene forelderen var mistenkt/siktet for tyveri. Bortsett fra at de ankende parter gjennom lang tid hadde unnlatt å oppfylle sin plikt til å forlate riket, er det overfor dem bare vist til forhold som oppstod etter at de var pågrepet.



For de ankende parter er det imidlertid særskilt at de har oppfordret den ikke pågrepne sønnen om å holde seg i skjul. For øvrig kan ikke de ankende parters situasjon på vesentlige punkter ses å ha vært annerledes enn den familien A.B. og andre var i.

Situasjonene for de to familiene hvor EMD ikke fastslo brudd på EMK artikkel 8, oppfatter lagmannsretten å ha vært vesentlig annerledes enn situasjonen de ankende parter var i. Etter lagmannsrettens syn forelå det for begge de to familiene flere momenter som tilsa at det var grunnlag for å fastslå manglende alternativer til frihetsberøvelse, enn det gjorde for de ankende parter.

I dommen om R.C. og V.C. er det lagt vekt på at forelderen hadde begått alvorlig kriminalitet, noe som hadde medført at hun ble fengslet, og at det to år gamle barnet hennes hadde vært sammen med henne i fengsel siden det ble født. For det andre ble det lagt vekt på at forelderen hadde reist og bodd i Frankrike etter å ha overgitt omsorgen for barnet til andre.

I dommen om A.M. og andre forelå flere likhetstrekk med situasjonen som forelå for de ankende parter. Det framstår likevel som en vesentlig forskjell at familiemedlemmene hadde "manglende identitetspapirer", og at det forelå en prekær bosituasjon. I den saken ble det også lagt vekt på at en frihetsberøvelse på åtte dager ikke framstod som uforholdsmessig, en varighet som utgjør mindre enn halvdelen av fengslingsperioden for de ankende parter.

Ved vurderingen av om de ankende parters rettigheter etter EMK artikkel 8 er krenket, er lagmannsretten etter dette kommet til at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at det foreligger en slik "særlig unndragelsesfare" som er drøftet i avsnitt 154 i dommen om A.B. og andre. Lagmannsretten viser til at det ikke ble undersøkt og vurdert om det kunne brukes mindre inngripende tiltak overfor de ankende parter. En sammenhengende fengsling i 20 dager kan da ikke anses å ha vært nødvendig ut fra tvingende samfunnsmessige behov. Fordi det heller ikke forelå en "særlig unndragelsesfare", var det heller ikke proporsjonalt med formålet å fengsle de ankende parter for en så lang periode.

Lagmannsretten har ved sin vurdering tatt i betraktning de momenter som foran er trukket fram i 5.3.1 om fengslingen var tvingende nødvendig. Konklusjonen blir etter dette at fengslingen for alle de ankende partene innebar et brudd på EMK artikkel 8.

#### *5.4.8 EMK artikkel 14*

Ved vurderingen av om artiklene 3, 5 og 8 er krenket, har lagmannsretten ikke lagt vekt på artikkel 14. EMD har i flere avgjørelser vurdert lovligheten av fengsling av små barn forut for utsendelse. Men det er ikke kjent for lagmannsretten at det i disse er fastslått brudd på EMK artikkel 14, eller at den artikkelen er vektlagt ved avgjørelsen av om andre

bestemmelser i EMK er brutt. Lagmannsretten tilføyer at fengslinger etter utlendingsloven § 106 ikke vil kunne skje overfor norske barn, og at slik fengsling av norske familier i dag framstår som uaktuelt når det ses bort fra innsatte som føder mens de er i varetekt eller under soning. Det ses ikke grunn til å legge vekt på denne forskjellen mellom norske barn og andre barn, idet de faktiske forhold som er påberopt til støtte for fengsling, bare vil kunne være aktuelt å påberope overfor utlendinger. Det var her tale om fengsling for å gjennomføre en utsending. Det er en situasjon som ikke vil kunne oppstå for norske borgere.

### *5.5 Om det er skjedd krenkelse av barnekonvensjonen*

Barnekonvensjonen artikkel 3 lyder slik:

"1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.

3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn."

I Rt-2012-1985 er forholdet mellom utlendingsloven § 38, som ikke er til behandling i denne saken, og barnekonvensjonen artikkel 3 behandlet av Høyesterett i plenum.

Lagmannsretten har tatt i betraktning det som er uttalt på vegne av flertallet i avsnitt 135–137. Fra avsnitt 135 siteres dette:

"Ordlyden i artikkel 3 nr. 1 viser at hensynet til barnet skal være et grunnleggende hensyn, men det er ikke det eneste og heller ikke alltid det avgjørende hensynet, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 31 og Rt-2010-1313 avsnitt 13. Som det fremgår av redegjørelsen i Rt-2009-1261 avsnitt 32, ble formuleringen valgt nettopp fordi det også skulle være rom for andre tungtveiende interesser."

Lagmannsretten legger denne forståelsen av konvensjonen artikkel 3 til grunn.

I lagmannsrettens fengslingskjennelse 18. august 2014 vedrørende familiens mor og de fire barna er barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 ikke trukket inn i begrunnelsen, og det er ikke gitt noen generell tilslutning til tingrettens begrunnelse. Tingretten la i sin kjennelse til grunn at artikkel 3 nr. 1 ikke ville bli krenket. Lagmannsretten har i nevnte kjennelse likevel hatt barnas beste for øye, idet den i sin begrunnelse har bemerket at den er "enig med tingretten i at det ikke vil være til barnas beste at de plasseres utenfor Trandum, atskilt

fra sine foreldre". Men det framgår av både tingrettens og lagmannsrettens begrunnelser at fengslingen av foreldrene er tatt som en gitt forutsetning ved vurderingen av barnas beste. Deres begrunnelser er i hovedtrekk i samsvar med det synspunkt som i korthet framkommer i følgende passus i politiets påtegning 12. august 2014 i begjæringen til tingretten om fengsling av mor og barna:

"Nettopp fordi barnet forventes uttransportert innen relativt kort tid, vil det heller ikke være hensiktsmessig å igangsette noen tiltak. Tilbakemeldinger fra barnevernet er som regel at det å skille barn fra sine foreldre under disse omstendighetene er utilrådelig og fremstår som langt mer belastende enn et opphold på internatet."

I tråd med de synspunkter lagmannsretten har gitt uttrykk for i drøftelsen foran under punkt 5.2.5, antar lagmannsretten at disse vurderingene av barnas beste tar utgangspunkt i en problemstilling som er for snever. Barnekonvensjonen artikkel 3 omhandler "alle handlinger som berører barn". Lagmannsretten legger til grunn at den eller de handlinger som skal vurderes opp mot avveiningsregelen i artikkel 3, enten er den handling som består i den samlede avgjørelsen om å fengsle hele familien, eller er hver enkelt av de handlinger som går ut på å fengsle hvert av familiemedlemmene. Ved den første betraktningmåten blir det åpenbart feil å ta fengslingen av foreldrene som en gitt forutsetning. Fengslingen av dem vil være en del av den ene avgjørelsen som skal treffes. Men lagmannsretten legger også til grunn at det blir feil å ta fengslingen av foreldrene som en gitt forutsetning dersom den andre betraktningmåten anvendes. Særlig når det er en så nær sammenheng mellom fengslingsgrunnlaget for foreldre og barn som i situasjonene med ledsaget uttransportering, må det være riktig å si at begge avgjørelsene om fengsling av hver av foreldrene er handlinger som berører barna, og som derved må undergis den avveiningsnorm, med barnas interesser som det grunnleggende, som artikkel 3 nr. 1 gir anvisning på.

Lagmannsretten må etter dette legge til grunn at verken politi, tingrett eller lagmannsrett har foretatt en slik avveining som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 gir anvisning på, og at barnas rettigheter etter denne bestemmelsen er blitt krenket.

Barnekonvensjonen artikkel 37 lyder slik:

"Partene skal sikre at:

- a) intet barn utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Verken dødsstraff eller livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse skal idømmes for lovovertrædelser begått av personer under 18 år,
- b) intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom,
- c) ethvert barn som er berøvet friheten, skal behandles med menneskelighet og 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, og det skal ha rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie gjennom brevveksling og besøk, unntatt under særlige omstendigheter,
- d) ethvert barn som er berøvet sin frihet, skal ha rett til omgående juridisk og annen egnet bistand, samt rett til å prøve lovligheten av frihetsberøvelsen for en domstol eller annen kompetent, uavhengig og upartisk myndighet og til å få en rask avgjørelse på en slik sak."

Lagmannsretten har forstått de ankende parter slik at det er bokstav a og b som er påberopt.

Lagmannsretten legger til grunn at *bokstav a* tilsvarer EMK artikkel 3. Lagmannsretten er kommet til at bokstav a er brutt. Det er lagt vekt på de samme momentene som konklusjonen om EMK artikkel 3 bygger på, jf. punkt 5.4.3 foran.

Lagmannsretten har foran under punkt 5.3.1 vurdert om den norske lovens vilkår om "tvingende nødvendig" var oppfylt. De samme momenter som der er trukket fram til støtte for at lovens ordlyd tilsier at vilkåret ikke er oppfylt, tilsier at konvensjonens vilkår i artikkel 37 *bokstav b* om at frihetsberøvelse "bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom", ikke er oppfylt. Lagmannsretten er ikke kjent med rettskilder som tilsier at konvensjonen på dette punktet skal tolkes innskrenkende. Det er heller ikke framkommet noe som tilsier at denne formuleringen ikke skal omfatte mindreårige som frihetsberøves sammen med foreldrene sine.

Lagmannsretten tilføyer at det uavhengig av hverandre er avgitt flere uttalelser som ikke er bindende, og som peker i motsatt retning. De ankende parter har blant annet vist til en uttalelse fra den ene partshjelperen, FNs spesialrapportør Juan E. Méndez, i rapport til FNs menneskerettsråd 5. mars 2015 (A/HRC/28/68). avsnitt 80 siste setning:

"The Special Rapporteur shares the view of the Inter-American Court of Human Rights that, when the child's best interests require keeping the family together, the imperative requirement not to deprive the child of liberty extends to the child's parents, and requires the authorities to choose alternative measures to detention for the entire family."

Etter en samlet vurdering konkluderer lagmannsretten etter dette med at barna også har fått sine rettigheter etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b krenket.

#### *5.6 Anførsle om brudd på Grunnloven*

Det framgår av Stortingets menneskerettighetsutvalgs utredning punkt 20.6 at det legges til grunn at Grunnlovens bestemmelse om tortur mv. fullt ut dekkes av EMK artikkel 3. Lagmannsretten legger da til grunn at i den grad det foran er fastslått at de ankende parter har fått sine rettigheter etter EMK artikkel 3 krenket, har de også fått sine rettigheter etter Grunnloven § 93 andre ledd krenket. En slik formodning synes også forutsatt i punkt 22.6 i samme utredning.

Lagmannsretten er ikke kjent med rettskilder som tilsier at nødvendighets- og uforholdsmessighetskriteriet i Grunnloven § 94 første ledd andre punktum bør anvendes annerledes for fengslinger enn EMK artikkel 5 nr. 1 tilsier. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at også Grunnloven § 94 første ledd andre punktum er krenket i den grad det foran er lagt til grunn at EMK artikkel 5 nr. 1 er krenket.

### *5.7 Oppreisningskravet*

Alle de ankende parter er blitt utsatt for brudd på rettigheter nedfelt i menneskerettskonvensjoner og/eller Grunnloven. For barna er det tale om brudd på flere slike bestemmelser. Ut fra bevisførselen må det legges til grunn at særlig barna er blitt utsatt for hendelser som kan ha påført dem belastninger med virkning for deres psykiske helse. Noen konkret belysning av om slike belastninger er påført, er ikke blitt gitt. For lagmannsretten framstår derfor selve lovbruddet og konvensjonskrenkelsene som de sentrale momenter for erstatningsutmålingen. En slik utmåling må nødvendigvis bli skjønnsmessig. Men lagmannsretten har lagt vekt på det erstatningsnivået som er kommet til uttrykk i de fem foran nevnte dommene som EMD har avsagt mot Frankrike, og en viss vekt på det nivået som framkommer av forskriften om standardsatser for oppreisning for uberettiget forfølgning. Erstatningen for hvert av barna settes etter dette til kr 40 000 og til hver av foreldrene til kr 25 000. Statens anførsel om at eventuell oppreisningserstatning må reduseres på grunn av skadelidtes medvirkning kan ikke føre fram.

### *5.8 Krav om fastsettelsesdom (håndhevelsessøksmålet)*

I tillegg til at de ankende parter har krevd erstatning for menneskerettskrenkelser, har de også fremmet krav om fastsettelsesdom for at deres rettigheter etter Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen er krenket. Det er krevd dom om krenkelse av de samme bestemmelsene som er påberopt som grunnlag for kravet om erstatning, slik at det er krevd fastsettelsesdom for prejudisielle rettsforhold for erstatningskravet. Disse prejudisielle rettsforholdene har lagmannsretten tatt stilling til foran i punkt 5.2–5.5.

Etter tvisteloven § 1-3 kan det reises sak for domstolene om "rettskrav". Bestemmelsen omfatter tvist om noe er "ulovlig" eller "rettsstridig", jf. Skoghøy: Tvisteløsning 3. utgave (2017) side 403 flg. I Schei mfl.: Tvisteloven Kommentartutgave 2. utgave 2013 note 2.7 til § 1-3 framgår at domstolene bare kan behandle rettskrav som kan avgjøres ut fra rettslige regler, at det kan være nødvendig å ta stilling til kompliserte rettsspørsmål for å avgjøre et rettskrav, men at et slikt rettsspørsmål ikke kan løsrives og selv gjøres til tvistegenstand. Videre er det påpekt at det ikke kan gis dom for underliggende rettsspørsmål utover den ramme som er gitt i tvisteloven § 16-1, og at rettens stilling til rettsspørsmål ellers bare framkommer gjennom begrunnelsen for avgjørelsen av rettskravet.

Lagmannsretten tar først stilling til kravene om dom for *krenkelser av bestemmelser i EMK*. Det er gjennom flere rettsavgjørelser fastslått at det kan kreves dom for krenkelser av EMK. I Schei mfl.: Tvisteloven Kommentartutgave 2. utgave 2013 note 2.8 til § 1-3 er det innledningsvis bemerket:

"Et krav om dom for at bestemte handlinger er i strid med angitte bestemmelser i EMK eller SP er – eller iallfall kan være – et rettskrav etter § 1-3, jf. som eksempel Rt. 2009 side 477. Dersom de øvrige vilkår om partstilknytning og søksmålssituasjon er oppfylt, skal et slikt søksmål fremmes, jf. Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32 og 33."

I Rt-2015-93 var det krevd fastsettelsesdom for en krenkelse av EMK. Staten anførte der forgjeves at det var tilstrekkelig at spørsmålet om krenkelse ble avklart prejudisielt i gyldighetssøksmålet. I avsnitt 42 ble det uttalt:

"Jeg er ikke enig med staten. I Rt-2011-1666 avsnitt 32 er det fremholdt som sikker rett at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK - at dette utgjør et «rettskrav» i prosessuell forstand. Det samme er fremhevet i plenumsdommen i Rt-2012-2039 avsnitt 94-99. Spørsmålet om konvensjonsbrudd har åpenbart også aktuell interesse for B, ettersom en dom i hennes favør innebærer at det ville være rettstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92. Håndhevelsessøksmålet kan da ikke avvises etter tvisteloven § 1-3. At et eventuelt konvensjonsbrudd - etter omstendighetene - også vil kunne komme til å utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål, reduserer ikke den rettslige interessen som hun i utgangspunktet har i håndhevelsessøksmålet. [...]"

Denne uttalelsen ble fulgt opp og videreført i HR-2016-2178-U. Lagmannsretten siterer avsnittene 16 og 17 fra den kjennelsen:

"A har på grunnlag av det påståtte menneskerettsbruddet krevd erstatning av staten. Spørsmålet om A ble utsatt for en menneskerettskrenkelse i mai 2010, har således aktuell rettslig betydning for ham. Ved avgjørelsen av om han har behov for å få dom overfor staten for EMK-brudd, må det også legges vekt på den betydning det har for ham å få dette fastslått i doms form. Dette bidrar til å reparere menneskerettskrenkelsen, jf. EMK artikkel 13 og Grunnloven § 92.

Når tingretten og lagmannsretten har avvist påstanden om menneskerettskrenkelse, er det fordi det etter deres oppfatning er tilstrekkelig å få menneskerettskrenkelsen konstatert i domspremissene for erstatningskravet. Etter ankeutvalgets oppfatning beror dette på en uriktig forståelse av tvisteloven § 1-3 andre ledd. Den omstendighet at et menneskerettsbrudd utgjør et prejudisielt rettsforhold for et erstatningskrav, kan klart ikke medføre at den rettslige interessen i å få fastsettelsesdom for menneskerettsbruddet faller bort eller blir redusert dersom det også blir krevd erstatning, jf. Rt-2015-93 avsnitt 42 om tilfeller hvor EMK-brudd utgjør et prejudisielt spørsmål i en sak om gyldigheten av et forvaltningsvedtak."

Det er argumentert videre for dette synet i avsnitt 18 og 19. Synspunktet er deretter ytterligere utdypet i avsnitt 20:

"Lagmannsretten har til støtte for sitt resultat blant annet vist til Rt-2015-921. Her ble et krav om særskilt fastsettelsesdom for EMK-brudd i sak om gyldigheten av et vedtak om overføring av en innsatt fra et åpent til et lukket fengsel avvist med den begrunnelse at saksøkeren ikke hadde påvist noe reelt behov for fastsettelsesdom for EMK-bruddet (avsnitt 82). Begrunnelsen er kortfattet, men utvalget forstår det slik at Høyesterett der vurderte hvorvidt det var behov for særskilt fastsettelsesdom og kom til at slikt behov ikke var påvist. Denne tilnærmingen er etter ankeutvalgets oppfatning prinsipielt riktig. Den omstendighet at et rettskrav utgjør et prejudisielt forhold for et annet krav i saken, er ikke tilstrekkelig for å tillate fastsettelsessøksmål om det prejudisielle forholdet, jf. Skoghøy, op.cit. side 415 med videre henvisninger til rettspraksis. Hvorvidt kravene til søksmålssituasjonen er oppfylt for det prejudisielle rettsspørsmålet, må avgjøres selvstendig ut fra de alminnelige vilkårene i tvisteloven § 1-3 andre ledd. Når et krav danner rettsgrunnlag for et annet krav, vil imidlertid kravet til rettslig interesse normalt være oppfylt."

I saken denne lagmannsretten har til behandling, har staten anført at det ut fra søksmålssituasjonen ikke foreligger noen aktuell interesse i å oppnå en fastsettelsesdom. Det er blant annet vist til Rt-2015-921 og HR-2016-2276-U.

Det er ikke helt enkelt å se hva som utgjør forskjellen i de utslagsgivende momentene for de ulike konklusjonene som er trukket i disse to avgjørelsene som er påberopt av staten, og dem som er trukket i de to avgjørelsene som det er sitert fra foran.

I Rt-2015-93 forelå riktignok konkrete forhold som tilsa aktuell interesse, jf. framhevelsen av at en dom i saksøkers favør, ville innebære at det ville være rettsstridig overfor henne å effektuere vedtakene som gikk ut på å utvise hennes mor. Begrunnelsen i HR-2016-2178 er mer generelt utformet. Der er det tatt utgangspunkt i at spørsmålet om menneskerettskrenkelse hadde rettslig betydning på grunn av erstatningskravet. Deretter er det vektlagt at det bidrar til å reparere menneskerettskrenkelsen at den blir fastslått i doms form. Samtidig viser begrunnelsen at avgjørelsen i Rt-2015-921 er tatt i betraktning.

Avgjørelsen i HR-2016-2276-U, som konkluderer med at det ikke foreligger noe reelt behov for fastsettelsesdom, er avsagt etterpå. Men i den avgjørelsen var ankeutvalgets begrunnelse helt summarisk. Lagmannsrettens kjennelse som det forges ble anket over, hadde imidlertid en utførlig begrunnelse, se LB-2015-145784. I kjennelsen er det lagt vesentlig vekt på momenter som ikke gjør seg gjeldende på samme måte i denne saken. Det er i kjennelsen lagt vekt på arten og alvorret av de påberopte krenkelsene, og at det ikke for noen av saksøkerne ble påvist alvorlige konsekvenser. Slike konsekvenser har lagmannsretten foran lagt til grunn er påført de ankende parter. I kjennelsen er det også lagt vekt på hensynene bak den nasjonale retts rettskraftregler. Etter lagmannsrettens syn gjør dette hensynet seg mindre gjeldende i denne saken. Krenkelsen er nemlig ikke bare skjedd som følge av en rettskraftig kjennelse. Lagmannsrettens fengslingskjennelse innebar bare en fullmakt for politiet til å holde familien fengslet innenfor den fastsatte fristen, slik at

krenkelsen like mye kan sies å være skjedd som følge av politiets fortløpende vurderinger og avgjørelser om å holde dem fengslet.

Om avgjørelsen i HR-2016-2276-U tilføyes ellers at det der bare ble tatt stilling til om det var påvist et reelt behov. Det ble innledningsvis presisert at utvalget ikke fant det nødvendig å ta stilling til "om det overhodet kan fås fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd begått under domstolsbehandlingen av en sak som er rettskraftig avgjort". Når det gjelder betydningen av rettskraftreglene, finner lagmannsretten ellers grunn til å tilføye at de ankende parter i vår sak anvendte rettsmidler mot lagmannsrettens fengslingsavgjørelse, men at anken ikke ble realitetsbehandlet fordi den ble forlagt av politiet.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at de ankende parter har tilstrekkelig aktuell interesse i å få avgjort sine krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Søksmålet ble reist bare drøyt to måneder etter at fengslingen var avsluttet. Videre er det lagt vekt på at lagmannsrettens drøftelse foran viser at de ankende parter har hatt godt grunnlag for å anføre flere krenkelser av EMK, at det overfor alle er tale om en betydelig krenkelse, og at en fastsettelsesdom om konvensjonsbrudd, i tillegg til den oppreisningserstatning som blir tilkjent, er egnet til å bidra til reparasjon av krenkelsen, jf. HR-2016-2178-U avsnitt 16.

Med bakgrunn i de konklusjoner som er trukket foran i punktene 5.4.3, 5.4.5 og 5.4.7, vil det etter dette bli avsagt dom for at fengslingen av Naqibullah Husseini, Zakera Huseini, Hamidullah Husseini, Zahra Huseini, Asma Huseini og Asibullah Huseini i august 2014 krenket deres rettigheter etter EMK artikkel 8, og at denne fengslingen også krenket rettigheter som barna hadde etter EMK artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1. De samme konklusjoner leder til at staten frifinnes for påstanden om at foreldrene har fått sine rettigheter etter EMK artikkel 3 og artikkel 5 krenket.

Under punkt 5.2.6 foran er det konkludert med at klarhetskravet i EMK artikkel 5 nr. 1 ikke er krenket. Det ses likevel ikke aktuelt å innta noe punkt om frifinnelse i slutningen på grunnlag av denne konklusjonen når det gjelder barna. Det er fordi denne bestemmelsen inneholder to elementer, både et krav til klarhet i lovregelen som er påberopt som fengslingsgrunnlag, og at en frihetsberøvelse som gjelder barn, må være siste utvei, herunder at ingen andre mindre inngripende tiltak kunne brukes i stedet. Dette siste kravet er som nevnt ikke oppfylt når det gjelder barna, slik at det blir avsagt dom om at deres rettigheter etter artikkel 5 nr. 1 er krenket, jf. punkt 5.4.5 foran.

Det andre elementet i kravet om fastsettelsesdom består i den del av påstanden som går ut på dom for *krenkelse av Grunnloven*. Det følger av de konklusjoner som er trukket under punktene foran, at fengslingen i august 2014 krenket barnas rettigheter etter Grunnloven §§ 93 andre ledd og 94 første ledd andre punktum. Det må likevel tas stilling til om det kan kreves dom for slike brudd på Grunnloven.



Ved vedtak 6. og 13. mai 2014 ble det tilføyd og endret bestemmelser om menneskerettigheter, og disse ble satt inn i en særskilt del E om menneskerettigheter. Ved vedtak 1. juni 2015 ble det tilføyd en ny bestemmelse i § 89 som kodifiserte domstolenes prøvingsrett. Lagmannsretten siterer her Grunnloven §§ 89, 92 og 95:

"I saker som blir reiste for domstolane, har domstolane rett og plikt til å prøve om lover og andre avgjerder tekne av dei statlege styresmaktene strir mot Grunnlova."

"Dei statlege styresmaktene skal respektere og tryggje menneskerettane slik dei er fastsette i denne grunnlova og i traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg."

"Alle har rett til å få saka si avgjord av ein uavhengig og upartisk domstol innan rimeleg tid. Rettargangen skal vere rettviss og offentleg. Retten kan likevel stengje rettsmøtet dersom omsynet til privatlivet til partane eller tungtvegande allmenne interesser krev det.

Dei statlege styresmaktene skal sikre at domstolane og dommarane er uavhengige og upartiske."

I et av forarbeidene til grunnlovsendringene i 2014 og 2015, Dokument 16 (2011–2012) punkt 14, er håndheving og kontroll av menneskerettigheter behandlet. Dokumentet er avgitt av Stortingets menneskerettighetsutvalg (Lønning-utvalget). Redegjørelsene og vurderingene i nevnte punkt dannet grunnlaget for forslaget om bestemmelsen som i dag er i Grunnloven § 89. I punkt 14.5.1 er det gjort rede for gjeldende rett, slik utvalget da oppfattet rettstilstanden. I dette punktet framgår blant annet:

"Også rene fastsettelsessøksmål kan være aktuelle. Tvistelovens vilkår er at den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte, jf. tvisteloven § 1-3. I tvistelovens forarbeider forutsettes det at fastsettelsessøksmål bare er aktuelle der spørsmålet ikke kan prøves på annen måte, men at det i slike tilfeller ikke skal stilles strenge krav."

Lagmannsretten legger disse synspunktene til grunn. Lagmannsretten tilføyer at det bidrar til best harmoni i reglene om domstolsprøving at det er de samme prinsipper for slik prøving som gjelder for krav på dom for brudd på de sentrale menneskerettskonvensjonene og for krav om dom for brudd på Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter. Nedenfor framgår det at slik domstolsprøving også er lagt til grunn i nyere juridisk teori.

I Skoghøy: Tvisteløsning 3. utgave 2017 side 406 er det påpekt at Høyesterett ennå ikke har tatt stilling om det kan anlegges fastsettelsessøksmål om brudd på Grunnloven. Han uttaler videre at etter vedtakelsen av Grunnloven § 92 i 2014 kan det neppe være tvil om at fastsettelsessøksmål med påstand om brudd på Grunnlovens menneskerettsbestemmelser må aksepteres.

I høyesterettsdommer Baardsens foredrag på Advokatforeningens menneskerettsdag 21. april 2017 om Grunnlovens rammer for overvåking, publisert på Høyesteretts nettsider 2017 nr. 4, er det avslutningsvis gitt omtale av muligheten for etterfølgende domstolskontroll. Fra den korte gjennomgåelsen av dette spørsmålet siteres her det ene avsnittet:

"I en sivil sak vil det være aktuelt å reise sak for å få slått fast at det har funnet sted grunnlovsstridig overvåking, eller krav om dom for at informasjon blir slettet eller at det ytes erstatning, jf. retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95, jf. også §§ 92 og 89."

Det følger av lagmannsrettens merknader foran at heller ikke krav om dom for grunnlovsbrudd kan fremmes uten at det foreligger en aktuell interesse i å få en slik dom. Lagmannsretten er kommet til at det foreligger en slik interesse, og viser til den begrunnelse som er gitt foran når det gjelder krenkelser av EMK. Det blir etter dette avsagt dom for brudd på Grunnloven §§ 93 andre ledd og 94 første ledd andre punktum når det gjelder barna. Lagmannsretten legger til grunn at staten må frifinnes i den grad det foran ikke er fastslått brudd på Grunnloven, slik at det blir avsagt dom for at staten frifinnes for krenkelse av Grunnloven §§ 93 andre ledd og 94 første ledd andre punktum når det gjelder foreldrene, og at staten frifinnes for kravet fra alle de ankende parter så langt gjelder Grunnloven § 94 første ledd første punktum.

Det er også krevd fastsettelsesdom for *krenkelse av barnekonvensjonen*. Det er omstridt om det kan reises et slikt krav for domstolene. Spørsmålet var til avgjørelse i plenumsdom i Høyesterett inntatt i Rt-2012-2039. Under dissens (11–8) kom Høyesterett til at krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 ikke kan reises for domstolene. Avsnitt 101 og 102 i flertallsvotumet lyder slik:

"Gjennomgangen av forarbeidene gir, som jeg allerede har understreket, ikke holdepunkter for at lovgiver har tatt sikte på å åpne for at det kan kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Etter min mening følger dette heller ikke av rettspraksis. Jeg finner det dermed mest lojalt å konkludere med at spørsmål om brudd på barnekonvensjonen må prøves i tråd med det generelle utgangspunktet i norsk rett hvor rettslige spørsmål vurderes i dommens premisser som ledd i prøvingen av tvistegjenstanden i saken. I denne sammenheng har jeg også lagt vekt på at det fremstår som vanskelig å overskue hvilke konsekvenser det vil ha om man åpner for at det - og da med generell rekkevidde - også kan kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3.

Min konklusjon er etter dette at kravet om fastsettelsesdom for at utsendingen av C var i strid med barnekonvensjonen artikkel 3, må avvises."

Det kan stilles spørsmål om Høyesteretts flertall bare har tatt endelig standpunkt til adgangen til fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3, eller om standpunktet gjelder alle bestemmelsene i konvensjonen, herunder artikkel 37.

I saken var det ikke lagt ned påstand om at utsendingen var i strid med andre bestemmelser i barnekonvensjonen enn artikkel 3, og statens prinsipale avvisningspåstand knyttet seg bare til barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Statens begrunnelse for denne påstanden framgår av dommen avsnitt 34:

"Det bestrides at det kan gis fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Denne bestemmelsen angir utelukkende en retningslinje for skjønnsutøvelsen, og den etablerer ikke individuelle rettigheter. Det foreligger derfor ikke noe rettskrav som det etter tvisteloven § 1-3 kan gis dom for. Barnekonvensjonen artikkel 3 er dessuten ikke krenket."

Statens argumenter for avvisning var dermed begrenset til artikkel 3 og bygde på særlige forhold knyttet til denne bestemmelsen, nemlig en anførsel om at den kun er en retningslinje for skjønnsutøvelsen og ikke etablerer individuelle rettigheter.

Argumentasjonen i flertallsvotumet synes imidlertid delvis å ta et bredere utgangspunkt. Det er vist til at barnekonvensjonen ikke inneholder noen bestemmelse som stiller krav om et effektivt, nasjonalt rettsmiddel ("an effective remedy"), slik EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 tredje ledd gjør, se blant annet avsnitt 90, 94 og 99. På denne bakgrunn mente flertallet at uttalelser i forarbeidene til menneskerettsloven om at barnekonvensjonen ved inkorporering vil komme "på lik linje med de allerede inkorporerte menneskerettskonvensjoner", ikke nødvendigvis forutsatte at det må gis særskilt dom for brudd på denne konvensjonen, se avsnitt 92–93. I siste del av avsnitt 93 framgår imidlertid én av flere reservasjoner fra dette brede perspektivet, nemlig formuleringen "i alle fall ikke for brudd på prinsippet i artikkel 3".

Flertallets argumenter i avsnitt 100 synes også å være knyttet konkret til artikkel 3 og særtrekk ved denne bestemmelsen:

"Jeg tilføyer at som det fremgår av dommen tidligere i dag i sak 2012/688 (HR-2012-2398-P) og mitt votum i saken her, er en ren konstatering av at en bestemt løsning er til barnets beste ikke avgjørende. Jeg kan dermed uansett vanskelig se at det da kan være tale om noe egentlig «rettskrav» ettersom hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3 vil være et sentralt, men ikke nødvendigvis avgjørende, moment ved en helhetsvurdering. Og jeg kan heller ikke se at det er noe «reelt behov» for at domstolene særskilt skal prøve dette spørsmålet."

Som det framgår avslutningsvis av det siterte fra avsnitt 101, er det også her konkret vist til artikkel 3 og hensyn som synes å følge av at dette er en generelt utformet regel om "barnets beste".

Konklusjonen i avsnitt 102 og domsslutningen punkt 1 gjelder også bare barnekonvensjonen artikkel 3.

Mindretallets begrunnelse framgår av avsnitt 114–126 i andrevoterendes votum. På vegne av tre dommere har tredjevoterende gitt ytterligere begrunnelse i avsnitt 140–141. En stor del av andrevoterendes begrunnelse er knyttet til statens anførsel om at en slik overordnet retningslinje som barnekonvensjonen artikkel 3 gir uttrykk for, ikke er egnet til særskilt avgjørelse. Andrevoterende har også vist til lovforarbeidene til inkorporeringen av barnekonvensjonen og til Barnekomiteens General Comment nr. 5 (2003) om konvensjonstatenes generelle gjennomføringsforpliktelse. Det er videre vist til Rt-2011-1666 avsnitt 32, som lyder:

"Det er sikker rett at det kan reises *fastsettelsessøksmål* med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, jf. Rt-2003-301 avsnitt 39."

I Skoghøy: Tvisteløsning 3. utgave 2017 side 406 er det gitt tilslutning til dette generelt utformede prinsippet. Skoghøy har videre framholdt at flertallets standpunkt i plenumsdommen i Rt-2012-2039 bygger på en fundamental misforståelse, og har blant annet vist til FN's barnekomitees General Comment nr. 5 til barnekonvensjonen.

I Schei mfl.: Tvisteloven Kommentartutgave 2. utgave side 30 er det uttalt: "Flertallets syn må selvsagt legges til grunn i senere saker med likt eller parallelt rettskildebilde."

Lagmannsretten kan ikke se at det er kommet til nye avgjørende rettskilder for artikkel 3 etter at plenumsdommen ble avsagt. Den uttalelsen fra General Comment nr. 5 som Skoghøy har lagt særlig vekt på i sin bok, var også framme som en sentral del av begrunnelsen for mindretallet i plenum, se avsnitt 121.

De ankende parter har også vist til General Comment nr. 14, som er avgitt i 2013. Fra denne kommentaren siterer lagmannsretten fra avsnitt 6:

"6. The Committee underlines that the child's best interests is a thre-fold concept:

(a) A substantive right: The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.

(b) A fundamental, interpretative legal principle: [...]

(c) A rule of procedure: [...]"

Høyesterett har i Rt-2015-93 avsnitt 64 og 65 vist til dette avsnittet bokstav a. I avsnitt 65 i dommen står det innledningsvis:

"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."

Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å anta at Høyesterett gjennom sine uttalelser i den dommen har ment å fravike flertallets syn i plenumsdommen. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det er flertallets syn som fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett hva gjelder artikkel 3.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at kravet om dom for krenkelser av barnekonvensjonen artikkel 3 må avvises.

Barnekonvensjonen artikkel 37 etablerer individuelle rettigheter, blant annet retten til ikke å bli utsatt for tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Lagmannsretten har foran under punkt 5.5 konkludert med at barna blant de ankende parter har fått rettigheter etter artikkel 37 krenket. Etter lagmannsrettens syn foreligger dermed et "rettskrav" som det i utgangspunktet kan gis dom for etter tvisteloven § 1-3 første ledd. Lagmannsretten er under tvil kommet til at det kan kreves fastsettelsesdom for krenkelse av rettighetene etter denne bestemmelsen i barnekonvensjonen. Det vises også til argumentasjonen i avsnittene 114, 123 og 140 fra mindretallsvotumet i nevnte plenumsdom.

Lagmannsretten mener videre at det i denne saken er behov for fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 37. Selv om barnekonvensjonen ikke inneholder en bestemmelse med krav om effektivt rettsmiddel, sml. EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 tredje ledd, tilsier de konkrete momenter som er tillagt vekt ved vurderingen av om de ankende parter hadde tilstrekkelig aktuell interesse i fastsettelsesdom for brudd på EMK, at det også er behov for fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 37. Det vises derfor til redegjørelsen foran om dette.

Avslutningsvis nevnes at de ankende parters krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen er nytt for lagmannsretten. Et krav om dom for brudd på barnekonvensjonen ble reist i anken. Staten viste også til at kravet om dom for brudd på EMK artikkel 3 ble frafalt under tingrettens behandling. Lagmannsretten er kommet til at disse kravene om fastsettelsesdom har kunnet bli behandlet forsvarlig i ankesaken, og at tungtveiende hensyn tilsier at de er blitt tillatt behandlet, jf. tvisteloven § 29-4 andre ledd bokstav d.

### 5.9 Utforming av domsslutningen om krenkelser av Grunnlov og EMK

Lagmannsretten har foran lagt til grunn at en kortvarig fengsling av de ankende parter ikke ville ha vært i strid med Grunnlov og EMK. Det vises til merknadene foran i punkt 5.3.1 om fengslingen var tvingende nødvendig og til sitater foran fra EMDs avgjørelser.

Lagmannsretten har ikke funnet det nødvendig å angi fra hvilket tidspunkt det skjedde en krenkelse. Det er tilstrekkelig at det gjennom slutningen framkommer at den samlede fengslingen utgjorde krenkelser. Det blir derfor heller ikke utformet noen frifinnelse av staten for deler av fengslingsperioden.

### 5.10 Sakskostnader

Ingen av partene har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige. Det er derfor ikke aktuelt å tilkjenne sakskostnader etter tvisteloven § 20-2.

Lagmannsrettens resultat innebærer imidlertid at begge parter, både for lagmannsrett og tingrett, har fått medhold av betydning. Det gjelder også saken så langt den er reist av barna, idet lovkravet og anførselen om manglende hjemmel for fengsling av barn under 15 år har vært et sentralt tema for begge instanser. Lagmannsretten er kommet til at tungtveiende grunner tilsier at alle de ankende parter for begge instanser helt tilkjennes sakskostnader av staten, jf. tvisteloven § 20-3. De har alle fått medhold i langt det viktigste, nemlig at fengslingen var konvensjonsstridig, grunnlovsstridig og erstatningsbetingende. Det er dessuten nær sammenheng mellom de anførselene de har fått medhold i, og dem som ikke har ført fram. Dessuten er det lagt vekt på at avgjørelsen om lovkravet har reist svært komplekse problemstillinger som i stor grad skyldes at det er brukt en uheldig lovgivningsteknikk. Av de samme grunner som her er nevnt, er lagmannsretten kommet til at det også er tungtveiende grunner for at partshjelperne tilkjennes sakskostnader helt for begge instanser. For tingretten var det bare SEIF som var partshjelper.

For lagmannsretten har prosessfullmektigen for de ankende parter og SEIF lagt fram en kostnadsoppgave som lyder på totalt kr 187 500 medregnet merverdiavgift. I tillegg kommer rettsgebyr med kr 25 800, til sammen kr 213 300. Prosessfullmektigen for de to FN-rapportørene har lagt fram kostnadsoppgave for lagmannsretten som lyder på kr 140 000 medregnet merverdiavgift, og prosessfullmektigen for Den Norske Advokatforening har lagt fram kostnadsoppgave for lagmannsretten som lyder på kr 240 750 medregnet merverdiavgift. Ingen av de her nevnte kostnadsoppgavene gjelder andre utgifter enn salær til prosessfullmektigene. Staten har ikke reist innvendinger mot disse kostnadsoppgavene. Beløpene i oppgavene blir lagt til grunn for avgjørelsen om sakskostnader, idet lagmannsretten er kommet til at de oppgitte kostnadene har vært nødvendige, og at det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

De ankende parters prosessfullmektigs kostnadsoppgave for tingretten lyder på kr 255 000 medregnet merverdiavgift. I tillegg kommer utgifter til rettsgebyr med kr 9 460, totalt kr 264 460. Det framgår av rettsboka for tingretten at det ikke var merknader til den kostnadsoppgaven, og lagmannsretten legger også dette beløpet til grunn som nødvendige kostnader, jf. tvisteloven § 20-5. Lagmannsretten forstår kostnadsoppgaven slik at den også omfatter de kostnader til rettshjelp som SEIF hadde for tingretten.

Flere reisefravær og andre gjøremål i lagmannsretten har gjort det vanskelig å avsi dommen tidligere.

Kjennelsen og dommen er enstemmig.

## SLUTNING I KJENNELSE:

Kravet om dom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 avvises.

## SLUTNING I DOM:

1. Fengslingen av Hamidullah Hussein, Asibullah Huseini, Asma Huseini og Zahra Huseini i august 2014 krenket deres rettigheter etter Grunnloven §§ 93 andre ledd og 94 første ledd andre punktum, etter EMK artikkel 3, artikkel 5 nr. 1 og artikkel 8 og etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav a og b.
2. Fengslingen av Zakera Huseini og Naqibullah Hussein i august 2014 krenket deres rettigheter etter EMK artikkel 8.
3. Innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet oppreisning med 40 000 – førtitusen – kroner til hver av Hamidullah Hussein, Asibullah Huseini, Asma Huseini og Zahra Huseini og 25 000 – tjuefemtusen – kroner til hver av Zakera Huseini og Naqibullah Hussein.
4. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet frifinnes for kravene fra Zakera Huseini og Naqibullah Hussein om brudd på Grunnloven §§ 93 og 94 og på EMK artikkel 3 og 5 og for kravene fra Hamidullah Hussein, Asibullah Huseini, Asma Huseini og Zahra Huseini for så vidt gjelder brudd på Grunnloven § 94 første ledd første punktum.
5. I sakskostnader for tingrett og lagmannsrett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet 477 760 – firehundreogsyttisjatusensjuhundreogseksti – kroner til Zakera Huseini, Naqibullah Hussein, Hamidullah Hussein, Asibullah Huseini, Asma Huseini, Zahra Huseini og Selvhjelp for innvandrere og flyktninger i fellesskap innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
6. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet 140 000 – etthundreogførtitusen – kroner til Juan Méndez og Seong-Phil Hong i fellesskap og 240 750 – tohundreogførtitusensjuhundreogfemti – kroner til Den Norske Advokatforening innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Steingrim Bull

Per Racin Fosmark

Lisa Vogt-Lorentzen

Dokument i samsvar med undertegnet original.

Signert elektronisk, Kristian Lorentzen.