



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Bruk av pågripelse og internering overfor barn som skal tvangsreturneres**

Helena Berglund Jakobsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2021



# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Bakgrunn .....	4
1.2	Aktualitet.....	6
1.3	Begrepsavklaring.....	6
1.4	Metode.....	7
1.5	Avgrensning og veien videre.....	10
2	Behovet for tvangsretur og internering .....	12
2.1	Tvangsretur.....	12
2.2	Internering .....	14
3	Sentrale rettigheter og prinsipper for barn .....	16
3.1	Barns internasjonale og konstitusjonelle rettigheter .....	16
3.2	Barnets beste .....	17
3.3	Retten til å bli hørt.....	18
3.4	Retten til familieliv.....	18
3.5	Barns rett til frihet .....	19
4	Vilkårene for å kunne internere barn.....	23
4.1	Tilstrekkelig grunn til å bruke tvangsmidler .....	23
4.2	Unndragelse av iverksettingen av vedtak om plikt til å forlate riket, og oversittelse av utreisefristen .....	24
4.3	Må være særlig påkrevd .....	26
4.4	Må være helt avgjørende og siste utvei .....	27
4.5	Barnets beste .....	28
4.6	Tidsfrist .....	29
4.7	Andre momenter.....	29
4.8	Tilstrekkelighet, forholdsmessighet og samsvar med rettskilder .....	30
5	Kritikk/egne vurderinger .....	35

5.1	Er terskelen for å frihetsberøve utlendinger for lav?.....	35
5.2	Hensyn bak internering .....	36
5.3	Internerings og straff.....	37
5.4	Avsluttende betraktninger .....	39
	Referanseliste .....	40

# 1 Innledning

Tema for masteroppgaven er bruken av tvangsmidlene pågrepelse og internering overfor barn i utlendingssaker, i Norge. De to rettsområdene oppgaven særlig berører, er utlendingsrett og barns menneskerettigheter. Ved pågripelsen og interneringen blir barn hentet av politiet, og er dermed underlagt deres kontroll frem til de forlater Norge. Barna blir passert i en institusjon bak lukkede dører og kan ikke lenger bevege seg fritt. Både pågrepelse og internering av barn innebærer frihetsberøvelse.

Norsk lov og internasjonal lov har begge bestemmelser om frihetsberøvelse av barn i migrasjon. Særlig sentral er FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter Barnekonvensjonen). Konvensjonen er inkorporert i mrl.<sup>1</sup> § 2. første ledd punkt 4. Ved motstrid mellom Barnekonvensjonen og norsk lov, skal Barnekonvensjonen og andre konvensjoner og protokoller nevnt i mrl. § 2 ha forrang. Dette er lovfestet i mrl. § 3.

I det videre skal det redegjøres for hva både norsk lov og internasjonal rett sier om frihetsberøvelse av migrasjon, og det skal vurderes om det foreligger motstrid mellom reglene.

## 1.1 Bakgrunn

Mange vil ha vanskelig for å tro at rettsstaten Norge frihetsberøver barn. Det kan være enda vanskeligere å tro at ikke alle barna som frihetsberøves, har utført kriminelle handlinger. I Norge frihetsberøver vi blant annet barn når enslige mindreårige eller en barnefamilie har fått endelig avslag på oppholdstillatelse, og de ikke selv reiser ut av landet etter en gitt frist. Det fremkommer av utlendl.<sup>2</sup> § 99 annet ledd at tvangsmidler for å sikre iverksettingen av et vedtak kan anvendes når det er fattet vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket.

Frihetsberøvelsen skjer, som tidligere nevnt, ved pågrepelse og internering. Hjemmelen for pågrepelse og internering av barn finnes i utlendl. § 106 c. Der står det i første ledd første setning at en mindreårig utlending kan pågripes dersom det er særlig påkrevd, og kan interneres dersom tiltaket er helt nødvendig som en siste utvei for å sikre identitetskontroll,

---

<sup>1</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30

<sup>2</sup> Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35

eller dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre utsendelsen. Det er tvangsretur av barnefamilier som skal behandles videre i denne oppgaven.

I praksis skjer tvangsutsendelse ved at politiet møter opp på familiens dør tidligst klokka 6 om morgenen, og informerer familien om at de blir tvangsutsendt. Politiet skal gi familien tid til å spise frokost og pakke sakene sine. De skal ta spesielt hensyn til barna og barnas trygghet. Dersom det er nødvendig, skal det være tolk til stede.

Noen ganger kan det hende at barnas foreldre utagerer. Om dette skjer, skal politiet fjerne barna fra situasjonen og forklare dem at foreldrene er frustrerte og at de kommer til å roe seg ned snart. Politiet skal også informere barnet om at de er der for å ivareta barnets trygghet.<sup>3</sup>

Når familien er klar, eller etter en viss tid uavhengig av om familien er klar eller ikke, skal de fraktes til et fly som skal ta dem med til hjemlandet sitt, eller til Haraldvangen familiesenter. Haraldvangen familiesenter ligger i Hurdal kommune. Det er et interneringssted for barnefamilier som brukes i stedet for familieenheten på Trandum, som ble lagt ned i 2017. Haraldvangen bærer et sivilt preg. Det er ikke gitter på vinduene eller gjerder rundt bygget. Dørene og vinduene er derimot fortsatt låst. Bygget har kapasitet til å huse to barnefamilier samtidig. Hver familie disponerer to rom hver, samt et felles oppholdsrom som har aktiviteter og leker for barn, i tillegg til muligheter for å se på TV.<sup>4</sup> Dersom familien fraktes til Haraldvangen familiesenter, skal de være der i så kort tid som mulig før de blir transportert ut av landet, se utlendl. § 106 c.<sup>5</sup>

Menneskerettsloven § 3 sier at bestemmelser i konvensjoner og protokoller som er nevnt i mrl. § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Barnekonvensjonen og menneskerettskonvensjonen er nevnt i mrl. § 2. Utlendingsloven § 3 sier at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål

---

<sup>3</sup> Trygg, sikker og forsvarlig; barnefaglig veileder for politiet i asylsaker, Politiets utlendingsenhet 2019, s. 61-71

<sup>4</sup> UDI, Svar på bestilling av utredning av særskilt prosedyre for retur av barnefamilier, s. 6.

<sup>5</sup> Justis- og beredskapsdepartementet, Høringsnotat om utredning av alternativer til frihetsberøvelse av mindreårige og forslag til mulige regelendringer, Innvandringsavdelingen, 2019, Snr. 19/5494, høringsfrist: 3. april 2020, s. 15.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/9e060ded648040b1b10dfda97137572a/horingsnotat---alternativer-til-frihetsberovelse-av-mindrearige-og-forslag-ti-l1185050.pdf>

å styrke individets stilling. Dersom det skulle oppstå motstrid mellom en norsk lovbestemmelse og en bestemmelse i enten barnekonvensjonen eller menneskerettskonvensjonen, vil bestemmelsen i barnekonvensjonen eller menneskerettskonvensjonen gå foran den norske lovbestemmelsen.

## 1.2 Aktualitet

Temaet som skal behandles i denne oppgaven har lenge vært svært aktuelt, særlig på grunn av det politiske klimaet i Norge. I de siste årene har innvandringspolitikken blitt gradvis strengere. Etter at flyktningkrisen oppstod, har det blitt gjort flere innstramminger i reglene om hvem som kan få opphold.

Illustrerende for den strenge linjen Utlendingsnemnda fører, er saken om Mustafa Hasan. Hasan flyttet til Norge sammen med familien sin da han var seks år gammel. Etter at han hadde bodd i Norge i tretten år, fikk han et endelig vedtak fra Utlendingsnemnda om at han ikke lenger fikk bli værende i Norge. Begrunnelsen for dette var at hans mor hadde oppgitt feil informasjon om familiens nasjonalitet da de først kom til landet.<sup>6</sup> Hasans sak er ikke direkte relevant for oppgavens problemstilling på noen annen måte enn at den belyser hvor tett reglene om oppholdstillatelse følges. Saken skal dermed ikke nevnes videre i oppgaven.

Problemstillingen er også aktuell på grunn av høringsnotatet med saksnummer 19/5494 «Utredning av alternativer til frihetsberøvelse av mindreårige og forslag til mulige regelendringer» har vært på høring. Høringen foreslo en endring i utlendingsloven som vil føre til at det vil være mulig å frihetsberøve barn lenger enn det som er mulig i dag.

## 1.3 Begrepsavklaring

Videre skal det redegjøres for noen begreper som kommer til å bli hyppig brukt gjennomgående i oppgaven.

Det første begrepet som skal gjøres rede for, er begrepet «barn». Barnekonvensjonen artikkel 1 sier at med «barn» menes alle mennesker under atten år, med mindre barnet blir myndig tidligere etter den lovgivningen som gjelder barnet.

---

<sup>6</sup> nrk.no, <https://www.nrk.no/nyheter/mustafa-18-utvist-fra-norge-1.15300677>, sist lest 15.12.2021

Det andre begrepet som skal forklares, er frihetsberøvelse. Med «frihetsberøvelse» menes det å fysisk begrense noen til å bare kunne oppholde seg på et spesifikt område. Det er altså snakk om berøvelse av den fysiske frihet. I EMDs praksis har det blitt stilt opp noen generelle retningslinjer for å vurdere om et individ har blitt frihetsberøvet i en konkret sak. For å avgjøre om noen har blitt frihetsberøvet, skal det ses på inngrepets art, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.<sup>7</sup> Disse kriteriene kalles for Engel-kriteriene, ettersom at de ble oppstilt i Engel-dommen. Kriteriene nevnes kun kort her og skal ikke drøftes videre.

Begrepet «internering» vil si å at myndighetene frihetsberøver en person, men ikke med hensikt å straffe dem. Hensikten er derimot å holde dem under kontroll.

## 1.4 Metode

Oppgaven er rettsdogmatisk. Dens mål er å komme frem til hva som er innholdet i gjeldende rett i dag.

Barnekonvensjonen er som nevnt sentral for oppgavens tema. Utgangspunktet ved tolkning av internasjonale konvensjoner er deres ordlyd, jf. Wien-konvensjonen<sup>8</sup> 31 punkt 1. Norge har ikke ratifisert eller undertegnet konvensjonen, men er likevel bundet av flere av bestemmelsene i den ettersom at konvensjonen anses som folkerettslig sedvanerett. Her uttales det at en traktat skal tolkes i god tro i tråd med de anvendte begrepenes ordinære betydning, sett i lys av traktatens hensikt. Barnekonvensjonens ordlyd er altså sentral for tolkningen av konvensjonsteksten.

I oppgaven benyttes General Comments fra FN's barnekomité. Det gjør også en forskningsartikkel laget av FN. Det er derfor først nødvendig å fastslå om disse kildene kan anvendes som rettskilder, og eventuelt deres rettskildemessige vekt.

Hvilken rettskildemessig vekt General Comments fra FN har, er omdiskutert i norsk rett. Fire dommer som illustrerer dette, er Rt. 2009 s. 1261, Rt. 2015 s. 93, HR-2018-2096-A og HR-2020-661-S.

---

<sup>7</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Vigmostad & Bjørke AS, 5. utgave/1. opplag 2018, s. 360.

<sup>8</sup> Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969



Rt. 2009 s. 1261 ble avgitt med dissens 4-1. Vedrørende spørsmålet om General Comments sin vekt i norsk rett, uttalte flertallet at det var på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende. Det uttales også at i spørsmålet om hvilken vekt en uttalelse i en General Comment skal tillegges, må det vurderes om den ses på som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område.<sup>9</sup> Dersom en General Comment kan ses på som en tolkningsuttalelse, skal den tillegges mer vekt enn om den ses på som en tilrådning om optimal praksis. I Rt. 2015 s. 93 stiller det seg annerledes. Her ble det ikke diskutert hvorvidt General Comments fra FN har rettskildemessig vekt i norsk rett. Det Barnekomitéen uttrykker i General Comment No. 14 (2013), blir derimot enstemmig lagt til grunn av Høyesterett som et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av FNs Barnekonvensjons artikkel 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd.

I HR-2018-2096-A fremkommer det av avsnitt 14 at Høyesterett i en rekke saker har lagt til grunn at General Comments fra barnekomiteen er en relevant rettskilde når innholdet av konvensjonsforpliktelsene skal fastlegges.<sup>10</sup> Hvilken vekt som skal legges på uttalelsene, beror bl.a. på hvor godt uttalelsen er forankret i konvensjonsteksten.<sup>11</sup> Høyesterett gjentar også her at et sentralt moment er om det dreier seg om tolkningsuttalelser, eller om uttalelsen må sees på som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område.<sup>12</sup> Dommen slår dermed fast at det kan legges ulik vekt på de forskjellige uttalelsene i de generelle kommentarene fra FN.<sup>13</sup> Dersom den konkrete uttalelsen er godt forankret i konvensjonen, vil den ha større rettskildemessig vekt enn dersom den konkrete uttalelsen ikke er godt forankret i konvensjonen.<sup>14</sup>

I HR-2020-661-S<sup>15</sup> uttaler Høyesterett at de har anvendt barnekonvensjonen i mange saker, og at det har blitt lagt stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer. Fra dette må det gå an å utlede at det i norsk rett skal kunne gå an å legge stor vekt på FNs General Comments.

---

<sup>9</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

<sup>10</sup> HR-2018-2096-A avsnitt 14.

<sup>11</sup> HR-2018-2096-A avsnitt 14.

<sup>12</sup> HR-2018-2096-A avsnitt 14.

<sup>13</sup> HR-2018-2096-A avsnitt 16.

<sup>14</sup> HR-2018-2096-A avsnitt 14.

<sup>15</sup> HR-2020-661-S avsnitt 80.

Det må likevel stilles som vilkår at det er den delen av en General Comment som sier noe konkret om saken en står overfor som må tolkes, og ikke FNs General Comment som en helhet.

Videre skal det utredes for FNs forskningsrapporters rettskildemessige vekt. Dette temaet har Amrei Müller berørt i artikkelen *En kort innføring i folkerettslig traktattolkning*<sup>16</sup>. I artikkelen redegjør hun for at Wien-konvensjonen artikkel 31 gir en generell veiledning om hvordan internasjonale traktater skal tolkes. Videre blir det sagt at Wien-konvensjonen artikkel 32 gir supplerende tolkningsmomenter. Disse supplerende tolkningsmomentene skal normalt ikke brukes som alternative og selvstendige elementer i tolkningsprosessen. De skal bare brukes for å bekrefte en tolkning etter artikkel 31.

Ordlyden til artikkel 32 er som følger:

«Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty [...] in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.»

Ordlyden uttrykker altså at f.eks. traktatens «preparatory work» kan brukes for å bekrefte en tolkning av traktaten gjort gjennom artikkel 31, eller for å tolke en traktat dersom anvendelsen av Artikkel 31 på traktaten enten fører til at traktatens mening blir vag eller uklar, eller fører til at resultatet er åpenbart absurd eller urimelig.

I Müllers artikkel, uttaler hun at det ikke finnes noen anerkjent definisjon i folkeretten av hva «preparatory work» er.<sup>17</sup> Hun lister deretter opp en rekke dokumenter som vanligvis vil regnes som «preparatory work» En av disse dokumentene er omfattende utredninger fra FNs folkerettskommisjon eller en annen uavhengig ekspertkomité. Et vilkår for at en slik utredning skal kunne anses som et «preparatory work», er at alle disse dokumentene må ha vært tilgjengelig for alle traktatpartene under traktatforhandlingene, og også for de partene som

---

<sup>16</sup> *En kort innføring i folkerettslig traktattolkning*, Amrei Müller, Jussens Venner vol. 52, s. 251.

<sup>17</sup> *En kort innføring i folkerettslig traktattolkning*, Amrei Müller, Jussens Venner vol. 52, s. 252.

senere slutter seg til en traktat. Müller sier videre at forarbeidenes vekt varierer. Hvor stor vekt de forskjellige forarbeidene kan ha, kommer an på hvor klare de er, hvor sterkt tilknyttet de er til bestemmelsen av interesse som skal tolkes, og om andre ulike forarbeider gir uttrykk for det samme. Det kan også ha noe å si hvor mange av traktatspartene som har vært med på å utarbeide forarbeidene, og hvor mange av partene som har stilt seg til materialet.

Det er altså på det rene at artikkel 32 i Wien-konvensjonen åpner for supplerende tolkningsmomenter når en traktat skal tolkes etter artikkel 31. Enkelte forarbeider kan brukes i tolkningen, så lenge alle traktatpartene har tilgang på det aktuelle materialet. Omfattende utredninger fra uavhengige ekspertkomitéer fra FN regnes som en del av forarbeidene.

I vår sak er det derimot ikke snakk om en omfattende utredning som har blitt utført *før* traktatsteksten ble skrevet, men *etter*. Den kan dermed vanskelig ses på som et forarbeid. Det er likevel på det rene at ordlyden «including» i artikkel 32 åpner for at andre momenter enn bare forarbeider og traktatens forhistorie kan anvendes som supplerende tolkningsmomenter.

Jeg ser det derfor som mulig at også omfattende utredninger fra uavhengige ekspertkomitéer fra FN også kan anvendes som et moment i tolkningen av en traktat etter Wien-konvensjonen artikkel 31, såfremt teksten er tilstrekkelig klar, har tilstrekkelig tilknytning til den aktuelle bestemmelsen som skal tolkes, er i tråd med andre forarbeider, flere av traktatspartene har deltatt i utformingen av utredningen, og at utredningen og dens resultat er gjort tilgjengelig for alle konvensjonsstatene.

## 1.5 Avgrensning og veien videre

Denne oppgaven handler bare om frihetsberøvelse av barn i migrasjonssammenheng. Det er altså ikke snakk om frihetsberøvelse av barn som en konsekvens for straffbare handlinger de har begått.

Det kan også nevnes at oppgaven bare handler om pågrepelse og internering av barn etter avslag på opphold. Det avgrenses mot behandling av materielle regler om oppholdstillatelse.

Barn kan også interneres dersom bakgrunnen for interneringen er for å klarlegge deres identitet. Dette er uttrykt i utlendl. § 106 bokstav a og utlendl. § 106 c første ledd første setning. Utlendl. § 106 bokstav a sier at en utlending som ikke samarbeider om å klarlegge sin

identitet, eller det foreligger konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet, kan interneres. Utlendingsloven § 106 c. første ledd første setning uttaler at en mindreårig utlending bare kan interneres i ekstraordinære situasjoner hvor tiltaket er helt nødvendig som en siste utvei for å f.eks. sikre identitetskontroll. Bestemmelsen sier altså at dersom det ikke er mulig å kontrollere identiteten til den aktuelle utlendingen på noen som helst annen måte, kan de interneres. Dette er litt utenfor oppgavens tema. Det skal dermed ikke drøftes noe videre om internering for å klarlegge identitet. Oppgaven omhandler kun internering for å oppnå tvangsretur.

Til slutt skal det avgrenses mot behandling av Dublin-avtalen.<sup>18</sup> Dublinregelverket avgjør at dersom en utlending har søkt om beskyttelse hos et land som har undertegnet Dublin-avtalen, er det kun dette landet utlendingen kan søke om beskyttelse hos. Dersom utlendingen reiser til et annet land som har undertegnet Dublin-avtalen for å søke beskyttelse, skal de sendes tilbake til det opprinnelige landet de søkte om beskyttelse i. Dette vil være utenfor oppgavens tema. Oppgaven skal kun ta for seg de tilfellene der barn har fått avslag på opphold i Norge, og de tvangsreturneres til sine hjemland.

---

<sup>18</sup> Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 604/2013 om fastsettelse av kriterier og ordninger for å avgjøre hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en søknad om internasjonal beskyttelse inngitt i en medlemsstat av en tredjelandsborger eller en statsløs av 26. juni 2013

## 2 Behovet for tvangsretur og internering

### 2.1 Tvangsretur

Utlendingslovens formål er beskrevet i utlendl. § 1. Lovens formål er tredelt.

For det første skal loven gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn-og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med uttalt innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser.

For det andre skal loven legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter loven.

Til sist skal loven gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av, sånn som f.eks. Barnekonvensjonen.

Tvangsretur bidrar til å oppfylle lovens formål ved å regulere og kontrollere utlendingers opphold i riket. Dersom det avgjøres at en utlending ikke lenger har adgang til å oppholde seg i landet lenger, kan de sendes ut etter reglene om tvangsretur.

I de aller fleste tilfellene hvor barn i Norge frihetsberøves i sammenheng med migrasjon, har barnet og deres familie har fått endelig avslag på oppholdstillatelse i Norge, og er pliktige å reise fra landet. Dersom familien velger å ikke reise selv, kan avslaget på oppholdstillatelse gjennomføres ved å benytte tvangsmidler, som pågripelse og internering av familien.

I Høringsnotat snr. 19/5494 er det sagt at selv om det legges inn stor innsats for å motivere personer som har fått endelig avslag på oppholdstillatelse til å returnere til hjemlandet, og til tross for gunstige ordninger for assistert retur, er det fortsatt mange, herunder barnefamilier, som likevel ikke forlater landet. Notatet sier også at effektiv returpolitikk er en forutsetning for et fungerende asylsystem. Det at et økende antall personer blir værende i Norge med

ulovlig opphold, tærer på asylsystemet og skaper velferdsmessige, arbeidsmarkedsmessige, ordensmessige og sikkerhetsmessige utfordringer.<sup>19</sup>

En del av formålet med norsk praksis og politikk når det kommer til tvangsretur, er å unngå det som kalles for lengeværende barn. Lengeværende barn er barn som har vært i flere år i Norge uten oppholdstillatelse. I *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?* av Terje Einarsen blir det uttalt at det i praksis ligger implisitt i den fremherskende begrepsbruken at barnet må ha bodd i Norge i minst tre år før det kan bli betegnet som et lengeværende barn. Begrepet er anvendelig uansett om barnet kom til Norge sammen med foreldrene eller en verge, eller om barnet er født i Norge.<sup>20</sup>

Disse barna har ofte fått tilknytning til lokalmiljøet, og har ofte lært seg mye norsk og har stiftet bekjenskaper og vennskap gjennom skolen. Det er ikke vanskelig å tenke seg at det kan oppleves som mye tøffere og mer opprivende for disse barna å bli pålagt å forlate landet, enn barn som har vært i Norge i kortere tid. I tillegg kan det tenkes at det å leve lenge med uavklart oppholdsstatus i seg selv er svært belastende.

Enkelte bestemmelser i barneloven<sup>21</sup> og barnevernloven<sup>22</sup> underbygger dette, bl.a. bestemmelsen om barnets beste i barneloven § 48. Denne bestemmelsen sier i første ledd at avgjørelser om bl.a. flytting med barnet ut av landet, eller ved spørsmål om hvor barnet skal bo fast, skal det først og fremst tas hensyn til hva som er best for barnet. I annet ledd sier bestemmelsen at det ved avgjørelsen skal tas hensyn til barnets fysiske og psykiske helse.

Det er utbredt i rettspraksis og juridisk teori at barns psykiske helse kan bli negativt påvirket dersom barn blir rykket opp og flyttet fra nærmiljøer hvor de har sterk tilknytning. Dette har blitt uttrykt i bl.a. Rt. 2007 s. 376. Saken omhandlet spørsmål om hvilken av foreldrene to

---

<sup>19</sup> Høringsnotat; *Utredning av alternativer til frihetsberøvelse av mindreårige og forslag til mulige regelendringer*, Innvandringsavdelingen, 2019, Snr. 19/5494, høringsfrist: 3. april 2020, s. 13

<sup>20</sup> *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?*, Terje Einarsen, Jussens Venner vol. 48 , s. 7  
[https://www.idunn.no/jv/2013/05/plenumsdommene\\_om\\_domstolsproeving\\_kanbarnetsbeste\\_intere](https://www.idunn.no/jv/2013/05/plenumsdommene_om_domstolsproeving_kanbarnetsbeste_intere)

<sup>21</sup> Lov av 8. april 1981 nr. 8 om barn og foreldre

<sup>22</sup> Lov av 17. juli 1992 nr. 17 om barneverntjenester

barn skulle ha fast bosted hos. Barna var mer tilknyttet miljøet hos far, men ønsket å ha fast bosted hos mor. I avsnitt 28 uttalte Høyesterett at dersom man skulle gå mot barnas ønsker, måtte det være i det tilfelle at miljøskiftet ved flytting ville være skadelig eller risikabelt for dem.

Det er dermed lagt til grunn at å flytte barn kan være potensielt skadelig og risikabelt for barnas psykiske helse og trivsel. Det ble derfor videre lagt til grunn at barn ikke bør flyttes ut av sine nærmiljø dersom det vil være skadelig eller risikabelt for dem.

Det må antas at de hensyn bl. § 48 hviler på, også gjelder for barn som har migrert til Norge, og at det vil være like skadelig for utenlandske barn og norske barn å bli flyttet vekk fra miljøer de har sterk tilknytning til.

En bestemmelse i barnevernloven som støtter dette, kan være bvl. § 4-8 tredje ledd. Denne bestemmelsen gir uttrykk for en lignende tankegang som barneloven § 48, nemlig at barn helst ikke skal flyttes på dersom de har en så sterk tilknytning til mennesker og miljø der de er, at en flytting kan være skadelig for dem. Det etableres dermed at det kan utføres ganske drastiske tiltak for å forhindre at barnet skal flyttes på, dersom barnet har tilstrekkelig tilknytning til nærmiljøet.

Det er altså stor grunn til å tro at det kan være skadelig for lengeværende barn å bli sendt tilbake til hjemlandet sitt. For å unngå lengeværende barn, er det dermed viktig å lykkes i å håndheve en effektiv returprosess når barnefamilier har fått endelig avslag på oppholdstillatelse. En effektiv returprosess er også et virkemiddel for å ivareta en uttalt politikk, som nevnt i punkt 2.1.

## **2.2 Internering**

Internering utføres, som tidligere nevnt, i forbindelse med tvangsretur. Det er et virkemiddel som bidrar til å gjøre prosessen med tvangsretur enklere og mer effektiv. Internering bidrar i likhet med tvangsretur til å kontrollere utlendingers opphold i rike i samsvar med norsk innvandringspolitikk.

Det følger av utlendingsloven § 90 sjette ledd sier at vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket, iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise innen en fastsatt frist. Fristen

settes normalt til mellom sju og tretti dager, men det kan settes både lengre og kortere frist dersom det anses nødvendig.

I utlendl. § 90 syvende ledd, er det uttalt at dersom slikt pålegg som nevnt i sjette ledd ikke blir fulgt, kan politiet føre utlendingen ut.

Ifølge Høringsnotat snr. 19/5494, er det et økende antall personer som blir værende i Europa med ulovlig opphold. Det er tidligere i oppgaven nevnt at det oppholder seg personer med ulovlig opphold i Norge, og at dette vil tære på tilliten til asylsystemet og skape velferdsmessige, arbeidsmarkedsmessige, ordensmessige og sikkerhetsmessige utfordringer.

I notatet opplyses det også grunner til at personer med ulovlig opphold oppstår i Norge. Det kan være enkeltpersoner eller familier som lar være å forlate landet etter avslag, eller som ikke samarbeider med å klarlegge sin identitet. Det kan også være enkeltpersoner og familier som aktivt forsøker å unnvike en planlagt utsendelse, ved f.eks. å ta opphold på skjult adresse; ta opphold på ulike adresser for å gjøre en evt. pågripelse vanskelig, eller for å gjøre en samlet pågripelse vanskelig; gå i kirkeasyl; eller reiser til et annet Schengenland før tvangsretur kan bli gjennomført i Norge.<sup>23</sup>

Internering blir derfor gjennomført som et virkemiddel for å oppnå en nøye og effektiv uttransportering etter avslag.

---

<sup>23</sup> Høringsnotat; *Utredning av alternativer til frihetsberøvelse av mindreårige og forslag til mulige regelendringer*, Innvandringsavdelingen, 2019, Snr. 19/5494 s. 13



### 3 Sentrale rettigheter og prinsipper for barn

Temaet i kapittel 3 er hvilke rettigheter som kommer til anvendelse dersom barn skal tvangsreturneres. Det redegjøres først for sentrale rettigheter som generelt gjelder for barn når de blir involvert i forskjellige saker, herunder saker som innebærer frihetsberøvelse. Deretter redegjøres det for rettigheter som gjelder spesifikt ved frihetsberøvelse av barn.

#### 3.1 Barns internasjonale og konstitusjonelle rettigheter

Først og fremst kan det nevnes at GrL.<sup>24</sup> § 92 pålegger den norske stat å respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven, og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter. Det kan være verdt å nevne at dersom det oppstår motstrid mellom Grunnloven og traktater som Norge har bundet seg til, vil Grunnloven gå foran.

Grunnloven § 92 uttrykker dermed at de internasjonale traktatene og konvensjonene som Norge har ratifisert, er gjeldende rett i Norge, med ulik rang eller status. Internasjonale menneskerettskonvensjoners status i norsk rett var under diskusjon i HR-2016-2554-P (heretter *Holship*). I avsnitt 65 flg. uttaler førstvoterende at konvensjoner som er inkorporert i norsk lov i prinsippet har lovs trinnhøyde. Det uttales også at ordlyden i GrL. § 92 ikke er klar, og at det på bakgrunn av enkelte uttalelser i Innst.186 S (2013-2014) har det vært reist spørsmål om bestemmelsen skal forstås slik at den gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang.

Førstvoterende anfører videre at dersom GrL. § 92 gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang, vil bestemmelsen gjøre både menneskerettsloven og de menneskerettsbestemmelser som ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble tatt inn i Grunnloven, overflødig. Bestemmelsen ville dermed åpenbart ha endret tidligere rettstilstand. Konklusjonen i dommen er dermed at GrL. § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.

En av traktatene som er bindende for Norge, er FNs konvensjon om barns rettigheter – Barnekonvensjonen. Barn har krav på de rettighetene som *både* Grunnloven og

---

<sup>24</sup> Kongeriket Norges Grunnlov av 5. mai 1814 nr. 17

Barnekonvensjonen beskriver, og å respekteres og beskyttes deretter. Det kan også føyes til at i tillegg til å gi barn rettigheter, er det staten som er pliktsubjekt for de internasjonale traktatene og konvensjonene som er ratifisert. Dette vil si at traktatene og konvensjonene pålegger staten plikter de er nødt til å opprettholde overfor sitt eget folk.

Barn har også grunnlovfestede rettigheter i Grl. § 104. Her heter det i første ledd at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd, og at de har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv. Det er også uttalt at deres mening skal tillegges vekt etter deres alder og utvikling. Barnets beste blir også fastslått som et grunnleggende hensyn i alle handlinger og avgjørelser som berører barn i Grl. § 104 annet ledd.

I tillegg har barn, sammen med alle andre, grunnlovfestede rettigheter når det kommer til frihetsberøvelse. I Grl. § 94 første ledd heter det at ingen skal fengsles eller frihetsberøves på annen måte utenfor lovbestemte tilfeller. Frihetsberøvelsen skal også skje på den måten som loven foreskriver. Det fremheves også at frihetsberøvelsen må være nødvendig, og at den ikke skal utgjøre et uforholdsmessig inngrep.

### **3.2 Barnets beste**

Barn har rett til at ved handlinger og avgjørelser som berører dem, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Dette finner vi uttrykt både i FNs Barnekonvensjon og i Grunnloven<sup>25</sup>. I Barnekonvensjonen står det i artikkel 3 første ledd at «In all actions concerning children [...], the best interests of the child shall be a primary consideration». I Grl. § 104 annet ledd er ordlyden at «ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Ordlyden får frem at barn har rett til at det skal foretas en konkret vurdering av alle aspekter og momenter i alle saker som berører i barn. Hensikten med denne konkrete vurderingen er å fastlegge hvilke handlinger som vil være til det beste for barnet, og å klargjøre hvilke handlinger som vil være skadelige for barnet. Det er derimot både implisert i begge bestemmelsene at selv om barnets beste er et «grunnleggende hensyn» jf. Grl. § 104 og «a primary consideration» jf. Barnekonvensjonen artikkel 3, betyr det ikke at det er det eneste

hensynet. Det vil dermed i teorien være mulig å gjennomføre eller forsvare vedtak eller handlinger som ikke er til barnets beste, dersom andre tungtveiende hensyn taler for det.

Barn har dermed rett til at deres beste skal være et grunnleggende og svært tungtveiende hensyn. Det er derimot ikke en absolutt rett som kan trumfe alle andre hensyn i saken.<sup>26</sup>

### **3.3 Retten til å bli hørt**

Grunnloven § 104 første ledd annen setning sier i tillegg at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og at deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling. Tilsvarende sier Barnekonvensjonen art. 12 punkt 1 at barn som er i stand til å forme sine egne synspunkt, har rett til å uttrykke seg i alle saker som påvirker barnet. Bestemmelsen sier også at barnets meninger skal tillegges vekt etter deres alder og utvikling.

Denne bestemmelsen sier dermed for det første at barn har rett til å bli hørt før vedtak og avgjørelser gjort av staten eller rettssystemet, som påvirker dem og deres liv. Bestemmelsen sier for det andre at barnas meninger vil ha gradvis økende vekt i saken jo eldre og mer utviklet barna blir. Staten vil dermed ha større plikt til å tillegge meningen til et 12 år gammelt barn enn et 4 år gammelt barn.

### **3.4 Retten til familieliv**

Barn har rett til at staten skal sikre dem den beskyttelsen og omsorgen som er nødvendig for deres velvære. De skal ta hensyn til foreldrenes rettigheter og plikter overfor barna, og skal ta alle legislative eller administrative tiltak etter dette hensynet. Dette fremkommer av Barnekonvensjonen artikkel 3 annet ledd. En tilsvarende bestemmelse finnes i Grl. § 104 tredje ledd annen setning, som sier at «Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie». Det finnes også en lignende bestemmelse i Barnekonvensjonen artikkel 18 nr. 2.

I praksis vil alle disse bestemmelsene tale imot at staten skal kunne iverksette tiltak som vil skille barna og foreldrene fra hverandre. Barn har altså en ganske langtrekkende, men

---

<sup>26</sup> GRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, bokstav A punkt 4

riktignok ikke absolutt, rett til å være hos foreldrene sine, og staten plikter å opprettholde denne retten. Barnas foreldre har i tillegg en tilsvarende rett til at deres rettigheter og plikter overfor deres barn blir ivaretatt av staten. Begge disse rettighetene taler sterkt imot at barn og foreldre skal skilles.

En annen bestemmelse som også taler mot tiltak der foreldre og barn blir skilt, er Grl. § 102 første ledd første setning, som heter «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». Dersom staten griper inn og skiller barna og foreldrene, vil det være et overtramp på familiens rett til privatliv og familieliv. I tillegg vil Barnekonvensjonen art. 8 også tale mot vedtak som skiller barna fra foreldrene. Her er det uttalt at «States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference».

Bestemmelsen sier altså at staten skal respektere barnas rett til familieliv og familierelasjoner. For utenlandske barn som er sammen med sin familie, vil dette bety at det normalt ikke kan fastsettes vedtak om at barnet kan få oppholdstillatelse i Norge, mens foreldrene deres blir pålagt å forlate riket.

Det finnes unntak til regelen om at barn og foreldre ikke skal skilles, men disse skal ikke drøftes videre.

### **3.5 Barns rett til frihet**

Når det gjelder frihetsberøvelse av barn, sier Grl. § 94 første ledd annen setning at «Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». Dette innebærer at det må finnes en god grunn til å frihetsberøve individer.

Bestemmelsen stiller også et krav til forholdsmessighet mellom frihetsberøvelsen og bakgrunnen for frihetsberøvelsen. Bakgrunnen for bestemmelsen er å beskytte folket mot vilkårlige inngrep fra staten. Grl. § 94 gjelder frihetsberøvelse av både barn og voksne.

Barnekonvensjonen har en lignende bestemmelse, men denne gjelder riktignok kun for barn. Barnekonvensjonen artikkel 37 (b) uttrykker at «No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of the last resort and for the shortest appropriate period of time».

Bestemmelsen stiller altså et krav til lovlighet bak frihetsberøvelsen. Barn kan ikke frihetsberøves med mindre en lovbestemmelse gir statens myndigheter tillatelse til det. Bestemmelsen stiller også et krav om at frihetsberøvelse av et barn kun skal brukes som en siste utvei, og at barnet i det tilfellet skal være frihetsberøvet i kortest mulig tid.

Disse bestemmelsene setter dermed opp flere rettigheter for barn. Grl. § 94 setter for det første opp et forbud mot unødvendig og uforholdsmessig frihetsberøvelse. Nødvendighetskravet tilsier at det må foreligge svært gode grunner til at det skal fattes vedtak om at hvem som helst skal frihetsberøves.

Det kan tenkes at det dermed må foreligge enda sterkere grunner for at barn skal frihetsberøves. Dette fordi barn normalt er mer sårbare enn voksne, og at de derfor nyter et særlig vern gjennom rettighetene i Barnekonvensjonen og Grl. § 104. Det må følgelig ikke være noen som helst tvil om at frihetsberøvelsen er berettiget og begrunnet i tungtveiende hensyn.

I tillegg stiller Grl. § 94 opp et krav om at frihetsberøvelsen må være «forholdsmessig». Dette betyr at frihetsberøvelsen må være egnet til å ivareta de hensyn frihetsberøvelsen skal ivareta.

Aall skriver i sin bok *Rettsstat og menneskerettigheter* at essensen i kravet om nødvendighet og forholdsmessighet er en avveining mellom det enkelte individets og samfunnets interesser i den konkrete situasjonen.<sup>27</sup> Det blir et spørsmål om samfunnsinteressen er vesentlig nok til å oppveie og overstyre individets.

Videre lister Aall opp en grovkategorisering av hvilke typetilfeller som vil være konvensjonsstridige på grunn av mangel på forholdsmessighet. Det typetilfellet han nevner som er særlig relevant for oppgavens tema, er tilfeller der formålet kan nås ved å anvende lempeligere midler.<sup>28</sup> Det betyr at dersom en stat kan oppnå formålet til et tiltak ved å gjennomføre et mildere tiltak enn det som har blitt gjennomført, vil handlingen være konvensjonsstridig. Tiltaket vil være et overtramp på det utsatte individets rettigheter. Det

---

<sup>27</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Vigmostad & Bjørke AS, 5. utgave/1. opplag 2018, s. 151.

<sup>28</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Vigmostad & Bjørke AS, 5. utgave/1. opplag 2018, s. 153.

foreligger altså et prinsipp om at det minst mulig inngripende tiltaket skal anvendes for at tiltaket skal være forholdsmessig.

Landets befolkning skal generelt ikke kunne frihetsberøves for hva som helst, og det skal enda mer til for å kunne frihetsberøve et barn. Det ville f.eks. vært fullstendig uforholdsmessig å frihetsberøve et barn som ofte skulker skolen, med den hensikt å tvinge barnet til å gå på skolen. Frihetsberøvelse blir et altfor strengt tiltak i forhold til handlingen som utløste tiltaket. Det må derfor foreligge ekstraordinære forhold dersom det skal være greit å frihetsberøve et barn.

Dette er i tråd med Barnekonvensjonen artikkel 37 (b) om at frihetsberøvelse av barn bare skal gjøres som siste mulige tiltak, i kortest mulig tid. Denne regelen uttrykker både nødvendighetskravet og forholdsmessighetskravet i Grl. § 94. Regelen i 37 (b) uttrykker at dersom andre tiltak enn frihetsberøvelse av barn er mulig å gjennomføre, skal de tiltakene gjennomføres i stedet. Barn har rett til at mindre inngripende tiltak enn frihetsberøvelse skal anvendes dersom det er mulig. I tillegg har barn også rett til at dersom de skal frihetsberøves, skal det bare gjøres for det tidspunktet der det er nødvendig og forholdsmessig.

EMK art. 5. nr. 1 bokstav b sier at «No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law».

«Lawful» frihetsberøvelse vil i denne sammenheng bety at vedtaket om at det skal foretas en frihetsberøvelse er gjort riktig slik som det er foreskrevet i den aktuelle statens lov.

Frihetsberøvelsen må også utføres slik som loven foreskriver. I følge EMK må det altså foreligge en lovlig frihetsberøvelse av en person som ikke har etterkommet et lovlig pålegg av en domstol, for at frihetsberøvelsen skal være godt nok grunnet.

Frihetsberøvelsens hensikt må også være for å sørge for at pålegget av domstolen blir oppfylt. Dersom frihetsberøvelsens hensikt ikke er å sørge for at pålegget fra domstolen blir oppfylt, vil inngrepet være ulovlig. Det vil også være uforholdsmessig dersom inngrepet ikke er nødvendig for å sikre at pålegget blir oppfylt, men blir gjort likevel. Dette er i tråd med prinsippet om at minst mulig inngripende tiltak skal anvendes.

I BK art. 16 første punkt er det uttalt at ingen barn skal bli utsatt for vilkårlig eller ulovlig innblanding i deres privatliv, familie, hjem eller korrespondanse. Delen av bestemmelsen som er relevant for internering av barn er «vilkårlig eller ulovlig innblanding». I tolkningen av bestemmelsen vil «innblanding» bli erstattet med frihetsberøvelse, ettersom det er denne formen for innblanding som er aktuell for oppgaven.

Et barn blir utsatt for vilkårlig innblanding når en stat uten god eller lovfestet grunn frihetsberøver et barn. Barn blir utsatt for ulovlig innblanding dersom de frihetsberøves uten at de skrankene nedfelt i lov for hvordan en frihetsberøvelse skal vedtas og/eller gjennomføres blir fulgt.

Utlendingsloven § 99 første ledd første setning, om at barn ikke kan frihetsberøves uten tilstrekkelig grunn, knytter seg til det som følger av ordlyden i BK art. 16. Dersom det ikke foreligger tilstrekkelig grunn til at et barn blir internert, vil frihetsberøvelsen fremstå som vilkårlig etter art. 16.

De menneskerettighetene jeg har behandlet under dette kapitlet, vil til sammen utgjøre en grense for når barn kan interneres.

## 4 Vilkårene for å kunne internere barn

For at barn skal kunne interneres, må visse vilkår være til stede for at interneringen skal være i samsvar med utlendingsloven. I det videre skal disse vilkårene redegjøres for, og de skal deretter sammenlignes med vilkårene for internering av barn i internasjonale rettskilder.

### 4.1 Tilstrekkelig grunn til å bruke tvangsmidler

I tillegg til de generelle bestemmelsene i utlendingsloven som gjelder alle, finnes det særbestemmelser som gjelder kun for barn. Hvis særbestemmelsene sier noe annet enn de generelle bestemmelsene, vil særbestemmelsene gå foran.

Et vilkår for å kunne internere barn, er at det må foreligge tilstrekkelig grunn til å kunne bruke tvangsmidler. Dette kommer frem av flere lovbestemmelser, og først og fremst av Grl. § 94 første ledd annen setning, som tidligere har vært behandlet i kapittel 3. Her heter det at «frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». Det er altså begrepet «frihetsberøvelse», og ikke begrepet «tvangsmidler» som brukes i Grl. § 94. Tvangsmiddelet det er snakk om er internering. Ettersom tvangsmiddelet internering er en form for frihetsberøvelse må Grl. § 94 alltid respekteres.

At det må foreligge tilstrekkelig grunn for å kunne bruke tvangsmidler, fremkommer også av utlendingsloven. Utlendingsloven § 99 første ledd første setning uttaler at et tvangsmiddel kun kan brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. I

bestemmelsens første ledd annen setning utdypes det at tvangsmiddelet ikke skal kunne anvendes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep. Tidligere i oppgaven har det vært fastslått at et inngrep vil være uforholdsmessig dersom det anvendes et sterkere middel for å oppnå inngrepets formål enn det som er nødvendig.

Det kan også nevnes at det i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 444 er uttalt at første ledd i utlendl. § 99 er identisk med straffeprosessloven § 170 a. Videre er det sagt at rettspraksis og teori tilknyttet strpl. § 170 a. vil kunne være veiledende for tolkningen av utlendl. § 99 første ledd. For å fastlegge hva som menes med «tilstrekkelig grunn» i utlendl. § 99 første ledd første setning, og «uforholdsmessig» i utlendl. § 99 første ledd annen setning, kan dermed forarbeidene til strpl. § 170 a. benyttes.

I Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 146 er det uttalt at det innføres en generell bestemmelse om at forholdsmessighetsprinsippet gjelder for alle bestemmelsene i strpl. del 4, som handler om



tvangsmidler. Det regnes dermed med at forholdsmessighetsprinsippet også gjelder for reglene om tvangsmidler i utlendl. Dette gjøres spesielt fordi det er trukket en parallell mellom utlendl. § 99 første ledd og strpl. § 170 a. i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 444, som tidligere nevnt.

Videre i Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 146, er det slått fast at forholdsmessighetsprinsippet har betydning både for spørsmålet om et tvangsmiddel kan brukes, og for spørsmålet om hvor lenge et tvangsmiddel skal brukes. Prinsippet har også betydning for tilfeller der tvangsmiddelet kan og skal opphøre før lengstefristen har løpt ut. Forarbeidene nevner også at selv om forholdsmessighetsprinsippet er sentralt, kan retten også legge vekt på andre momenter.

Det foreligger altså et generelt krav om at tvangsmidler, slik som internering av barn, ikke kan brukes uten at tilstrekkelig grunn foreligger. Under dette kravet, ligger et krav om forholdsmessighet og proporsjonalitet. Dersom internering er forholdsmessig og proporsjonalt i henhold til interneringens hensikt, vil det også som regel foreligge en tilstrekkelig grunn til å gjennomføre en internering.

Hvis et barn skal interneres, kan det ikke eksistere mildere, lempeligere alternativer. Dersom lempeligere alternativer eksisterer, vil det være uforholdsmessig å internere barn. Det å gjennomføre en internering av et barn dersom det å anses som uforholdsmessig, vil være i strid mot barnets menneskerettigheter.

## **4.2 Unndragelse av iverksettingen av vedtak om plikt til å forlate riket, og oversittelse av utreisefristen**

En utlending kan pågripes og interneres når «det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket. Dette er uttalt i utlendl. § 106 første ledd bokstav b første setning. I Prop. 126 L (2016-2017) kapittel 15 er det presisert at pågrepelse og internering på grunn av unndragelsesfare også kan skje *før* det foreligger et vedtak om at utlendingen må forlate riket.

Det er altså tilstrekkelig å pågripe og internere en utlending kun dersom man tror at utlendingen kan forsøke å unndra seg iverksettingen av et vedtak som plikter dem å forlate riket. Det sies at det må foreligge «konkrete» holdepunkter, men det sies ikke noe om hvor sterke bevisene må være før man kan pågripe og internere, eller hva disse bevisene skal være.

Det er dermed vanskelig å si konkret hva som skal til for at en utlending skal kunne pågripes og interneres.

Det er heller sjeldent at et barn forsøker å unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at de plikter å forlate riket; spesielt om det er snakk om små barn. For barn holder det derfor at det finnes konkrete holdepunkter for at deres foreldre vil unndra seg iverksettingen av vedtaket.

I tillegg til vilkåret om at det må foreligge konkrete holdepunkter for at de vil forsøke å unndra seg iverksetting av et vedtak som fører til at de må forlate riket, finnes det andre vilkår politiet må forholde seg til. Disse vilkårene finner vi tydeligst i Prop.91 L (2015-2016) s. 36.

Her er det uttalt at «Vidare må politiet vurdere i kva for tilfelle det er tenleg å pågripe og eventuelt fengsle, sett hen til mellom anna kapasitetsomsyn og i kva grad pågriping vil gjere det lettare å gjennomføre retur.»<sup>29</sup> Disse vilkårene som må foreligge for at politiet kan velge å pågripe og internere, må foreligge i tillegg konkrete holdepunkter for at en utlending kan komme til å unndra seg gjennomføringen av tiltak som plikter dem å forlate riket.

Det må altså foreligge konkrete holdepunkter for at en utlending kan komme til å unndra seg gjennomføringen av tiltak som plikter dem å forlate riket, og deretter må det i tillegg vurderes om en eventuell pågripelse i vesentlig grad vil gjøre det lettere å gjennomføre en retur, og om politiet har kapasitet til å iverksette en pågripelse og/eller en internering.

De momentene som har vært drøftet som vilkår for pågripelse og internering så langt i dette punktet, stilles som vilkår *før* fristen har gått ut. Etter at fristen har gått ut, er det eneste vilkåret for å sette utlendinger i interneringsleirer, at de fortsatt er i landet etter den pålagte utreisefristen.

I avsnittet hvor jeg skriver om nødvendigheten av frihetsberøvelse av barn, er det uttalt at utlendinger blir internert i Norge fordi en liten del av dem forsøker å unndra seg fra å bli sendt ut av landet. Det er altså på det rene for den norske stat at ikke alle som blir internert er mennesker som forsøker å unndra seg å bli sendt ut av landet, men bare en liten del av dem.

---

<sup>29</sup> Prop.91 L (2015-2016) s. 36

Vilkårene for at en barnefamilie skal bli internert i Norge før de har fått en konkret utreisefrist er dermed enten at det foreligger konkrete holdepunkter for at de vil forsøke å unndra seg iverksettingen av vedtak som innebærer at de plikter å forlate riket.

For at en barnefamilie skal bli internert i Norge etter at de har oversittet den gitte utreisefristen, er vilkåret nettopp det at de har oversittet utreisefristen. Det finnes ingen utsilningsprosess for å vurdere fluktrisikoen til enkelte utlendinger, og derfor risikerer alle som ikke reiser ut før den pålagte fristen interneres. Et konkret holdepunkt for å anta at utlendingen vil unndra seg vedtaket som plikter dem å reise ut av landet, er altså at de har valgt å bli i landet etter at utreisefristen har gått ut.

Sett sammen med kravet i Barnekonvensjonen art. 37 (b), vil det være problematisk at vilkårene for å internere barnefamilier er at de har oversittet utreisefristen. Dette er på grunn av den høye terskelen Barnekonvensjonen art. 37 (b) setter for pågripelse og internering av barn. Som tidligere nevnt, kan barn kun pågripes og interneres dersom det er tvingende nødvendig.

### **4.3 Må være særlig påkrevd**

Det er tidligere nevnt at enkelte bestemmelser i utlendl. inneholder særregler som kun gjelder barn. Utlendl. § 106 c er en slik bestemmelse. Denne bestemmelsen beskriver i første ledd første setning at en mindreårig utlending, altså et barn, kun kan pågripes dersom det er særlig påkrevd. Dette tyder på at det skal mye til før man kan frihetsberøve et barn.

I forarbeidene til utlendl.<sup>30</sup> er det uttalt at ordlyden «særlig påkrevd» sikter til tilfeller hvor det foreligger et endelig vedtak som innebærer en plikt til å forlate landet, og at utreisefristen er oversittet, og at familien det gjelder ikke medvirker til utreise ved å søke om støtte til assistert retur.

Det er også satt inn en henvisning til strpl. § 184 annet ledd når det gjelder internering. Det må dermed antas at ordlyden i utlendl. § 106 c. første ledd første setning og strpl. § 184 annet

---

<sup>30</sup> Prop.126 L (2016-2017) s. 131

ledd annen setning skal implisere det samme, og at terskelen for at ordlyden i bestemmelsene oppfylles, er den samme.

Straffeprosessloven § 184 annet ledd annen setning sier at personer under 18 år ikke skal fengsles dersom det ikke er tvingende nødvendig. Bestemmelsen har igjen en parallell til strl. § 33, som sier at barn kun kan idømmes ubetinget fengselsstraff når det er særlig påkrevd.

Kravet om at barn kun kan frihetsberøves dersom det er særlig påkrevd, er altså et prinsipp som går igjen i norsk rett. Det må dermed antas at prinsippet står sterkt. Dette er trolig for å ivareta de strenge kravene som følger av Barnekonvensjonen art. 37 (b).

I forarbeidene til strpl.<sup>31</sup> er det uttalt at formålet med å endre ordlyden i strpl. § 184 annet ledd annen setning fra det den pleide å være til det den er i dag, er å tydeliggjøre at terskelen for å varetektsfengsle barn skal være høy. Bakgrunnen for dette er å unngå at barn utsettes for varetektsfengsling i større grad enn det som er nødvendig. Det er også uttalt at begrepet «tvingende nødvendig» innebærer et absolutt krav om at det ikke finnes noe alternativ til varetektsfengsling.

Siden det står i forarbeidene til strpl. at bakgrunnen bak ordlyden til strpl. § 184 annet ledd annen setning er å unngå at barn utsettes for varetektsfengsling i større grad enn det som er nødvendig, må det antas at det samme gjelder for ordlyden i utlendl. § 106 c. første ledd første setning. Det betyr også at det at barn kun kan pågripes dersom det er særlig påkrevd, betyr at barn kun kan pågripes dersom det ikke finnes noe annet alternativ. Dette er i tråd med BK art. 37 (b) om at barn kun skal kunne frihetsberøves dersom det er siste mulige utvei.

#### **4.4 Må være helt avgjørende og siste utvei**

I utlendl. § 106 er det listet en del vilkår for når en utlending kan pågripes og interneres. Herunder skal det ses på vilkåret som stilles i bestemmelsens bokstav b). Dette vilkåret skal redegjøres for fordi det er særlig relevant for oppgavens problemstilling. De andre vilkårene i utlendl. § 106 skal ikke drøftes videre. I tillegg stiller utlendl. § 106 c. opp vilkår for når barn kan pågripes og interneres. Dette skal det også kort gjøres rede for.

---

<sup>31</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 146

I utlendl. § 106 første ledd bokstav b) er det uttrykt at en utlending kan pågripes og interneres dersom det foreligger konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket.

Dersom en mindreårig utlending skal interneres etter utlendl. § 106 første ledd bokstav b), kan det kun gjøres dersom det er «helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre utsendelsen», jf. utlendl. § 106 c. Bestemmelsen gir politiet hjemmel til å pågripe og internere utlendinger som ikke vil samarbeide med dem ved å muligens forsøke å unndra seg utsendelse.

Terskelen for at politiet får lov til å pågripe utlendinger er dermed forholdsvis lav. Det krever bare at det foreligger mistanke om at utlendingen kommer til å unndra seg *iverksettingen* av vedtak som innebærer at de plikter å forlate riket. Utlendinger kan altså interneres *før* et slikt vedtak foreligger, jf. forarbeidene.<sup>32</sup>

Et vilkår som gjør seg gjeldende spesielt når det kommer til å pågripe og internere en mindreårig utlending, er at de kun kan interneres dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen som gir grunnlag for interneringen. Dette vilkåret finnes i utlendl. § 106 c. første ledd annen setning, og er igjen fulgt opp i forarbeidene.<sup>33</sup> Dette henger sammen med Barnekonvensjonen art. 37 b) annen setning, som sier at pågrep og frihetsberøvelse av barn skal skje i samsvar med loven.

Barn kan altså pågripes og interneres dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å gjennomføre utsendelsen, eller når det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen som gir grunnlag for interneringen.

## 4.5 Barnets beste

Barnets beste er som tidligere nevnt et grunnleggende hensyn i alle saker som gjelder barn. Det vil dermed også være et grunnleggende hensyn når det kommer til pågrep og internering av barn.

---

<sup>32</sup> Prop.126 L (2016-2017) s. 129.

<sup>33</sup> Prop.126 L (2016-2017) s. 131

I utlendingsloven finner vi begrepet «barnets beste» nevnt i utlendl. § 106 c annet ledd. Her heter det at hensynet til barnets beste skal alltid vurderes som et grunnleggende hensyn i saker om pågrepelse og internering, herunder ved vurderingen av om det i stedet kan iverksettes alternative tiltak, jf. § 105. Videre heter det at det skal komme frem av en kjennelse om internering hvordan hensynet til barnets beste og muligheten for alternative tiltak er vurdert.

## 4.6 Tidsfrist

For at internering av barn skal kunne gjennomføres, må tidsfristene satt opp i norsk lov også overholdes. Tidsfristene for internering av barn er beskrevet i utlendl. § 106 c, og kan virke nokså komplekse. Utlendl. § 106 c tredje ledd uttaler at et barn normalt ikke skal interneres lenger enn 24 timer. Dette er derimot langt ifra en maksfrist for hvor lenge et barn kan interneres. Det kan heller ses på som et slags ideal for hvordan en internering bør gjennomføres.

Den alminnelige maksfristen settes i utlendl. § 106 c sjette ledd første setning. Denne bestemmelsen sier at et barn *kan* interneres i inntil tre døgn (72 timer). Dette er derimot ikke den absolutte maksfristen. Den absolutte maksfristen settes i utlendl. § 106 c sjette ledd siste setning, og kan kun anvendes unntaksvis. Dersom det foreligger «særlige og sterke grunner», jf. utlendl. § 106 c sjette ledd andre setning, kan et barn interneres i opptil ni døgn.

«Særlige og sterke grunner» vil i dette tilfellet være at familien eller barnet selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har latt seg gjennomføre innen tre døgn etter kjennelsen om internering. «Særlige og sterke grunner» kan også være at tidspunktet for uttransportering er klargjort, og ligger nært i tid etter de tre opprinnelige døgnene. Disse «særlige og sterke» grunnene skal vi komme tilbake til i kapittel 5.

## 4.7 Andre momenter

De momentene som skal nevnes i dette punktet kan ikke ses på som vilkår som *må* foreligge dersom internering av et barn skal gjennomføres. De kan derimot heller ses på som ting som *bør* skje dersom et barn skal interneres. Dette betyr at dersom disse tiltakene ikke gjennomføres, vil deres fravær ikke være nok til å stoppe interneringen av barnet. De skal derfor nevnes svært kort, og ikke drøftes videre.

For det første skal barneverntjenesten varsles. Dette er uttalt i utlendl. § 106 c. fjerde ledd.

For det andre skal barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter høres. Dette er uttalt i utlendl. § 106 c femte ledd. Barnets uttalelse og syn skal vektlegges proporsjonalt med deres alder og modenhet jf. utlendl. § 106 c femte ledd siste setning. En tilsvarende bestemmelse finnes i Barnekonvensjonen art. 12.

Det kan riktignok legges til at i svært få av de dommene som har vært undersøkt for å forberede oppgaven, har barna faktisk blitt hørt i retten. Det virker som at dette er en praksis som sjelden gjennomføres i saker der barnefamilier tvangsreturneres.

## **4.8 Tilstrekkelighet, forholdsmessighet og samsvar med rettskilder**

Så langt i kapittel 4 har det vært redegjort for vilkårene for å internere barn etter utlendingsloven. I dette punktet skal det redegjøres for hvordan internasjonale rettskilder samsvarer med vilkårene utledet av norsk lov. Dette må vurderes i lys av de internasjonale menneskerettslige kildene som er behandlet i kapittel 3, i tillegg til andre internasjonale rettskilder.

Det har altså blitt fastslått at barn kun kan interneres dersom det foreligger en tilstrekkelig grunn til det. Det vil foreligge en tilstrekkelig grunn å internere et barn dersom inngrepet anses som forholdsmessig, og styrken av inngrepet samsvarer med inngrepets hensikt. Det er også det mildeste tiltaket som bør gjennomføres. Dersom det finnes et mildere inngrep for å oppnå hensikten med interneringen, vil det å internere et barn være uforholdsmessig.

For at internering av et barn skal være forholdsmessig, må altså også tiden tilbragt i internering tas i betraktning. Dersom det for øvrig anses å foreligge en tilstrekkelig grunn til å frihetsberøve et barn, vil inngrepet fortsatt være uforholdsmessig dersom barnet blir internert for lenge. Tidsrommet barnet interneres i må altså justeres i henhold til grunnen. I punkt 4.6 har det blitt uttalt at barn etter norsk rett helst skal interneres i maks 24 timer, alminnelig opptil tre dager, og i unntakstilfeller i ni dager, jf. utlendingsloven § 106 c. sjette ledd. Om tidsfristen uttaler Barnekonvensjonen art. 37 (b) som tidligere nevnt at frihetsberøvelse av barn kun skal gjøres i kortest mulig tid. Her foreligger det altså en delvis overensstemmelse

med norske og internasjonale rettskilder. Begge kildene er i det vesentlige enige i at barn skal interneres i så kort tid som mulig, men norsk lov uttrykker en noe lempeligere tidsbruk enn Barnekonvensjonen gjør. Konsekvensen av dette er derfor at utlendingsloven § 106 c. må tolkes innskrenkende for å være i samsvar med Barnekonvensjonen art. 37 (b). Dette begrunnes i at Barnekonvensjonen gjelder som norsk rett etter mrl. § 2.

I punkt 3.5 har EMK art. 5 bokstav b) blitt nevnt. For å oppsummere kort, sier bestemmelsen at ingen skal frihetsberøves på noen måte, med mindre det blir foretatt en lovlig pågripelse med den hensikt å gjennomføre en forpliktelse foreskrevet ved lov. Barnekonvensjonen art. 37 (b) gjør seg også gjeldende på dette området. Denne bestemmelsen sier som tidligere nevnt at barn ikke ulovlig eller vilkårlig skal frihetsberøves. Dette er i tråd med Grl. § 94, som har vært nevnt tidligere. Her foreligger det ikke motstrid mellom norske og internasjonale rettskilder.

Tidligere i oppgaven har BK art. 37 (b) vært nevnt. Denne bestemmelsen stiller som krav i første setning at ingen barn skal frihetsberøves ulovlig eller vilkårlig. I annen setning krever bestemmelsen at frihetsberøvelsen av barnet skal være i samsvar med loven og skal bare bli brukt som et siste alternativ og i kortest mulig tid. Dette skal sammenlignes med vilkårene for frihetsberøvelse i utlendingsloven § 99 første ledd annen setning. Her heter det, som tidligere nevnt, at «Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep».

Lovbestemmelsene er tilsynelatende i overensstemmelse med hverandre. Utlendingsloven § 99 inneholder derimot, i motsetning til BK art. 37 (b), ikke noe krav om at frihetsberøvelse skal brukes som et siste alternativ og i kortest mulig tid. På denne måten strekker BK art. 37 (b) seg lenger enn utlendingsloven § 99, og stiller strengere vilkår. Det foreligger altså en delvis overensstemmelse mellom lovbestemmelsene, men ikke en fullstendig overensstemmelse. Konsekvensen av dette vil dermed igjen være at utlendingsloven § 99 må tolkes innskrenkende for å samsvare med Barnekonvensjonen art. 37 (b).

Så langt ser norske og internasjonale rettskilder dermed ut til å være helt eller delvis i samsvar med hverandre. Synet blir derimot mer nyansert dersom man tar FNs General Comments og FNs forskningsartikkel kalt *Global study on children deprived of liberty* i betraktning.



Dersom FNs General Comments regnes som en gjeldende rettskilde i norsk rett, hvilket vi har kommet fram til at de kan gjøre i punkt 1.4, vil uttalelsen i General Comment No. 23 punkt 2 bokstav b være i strid med norsk lov. Hvor stor vekt uttalelsen har som rettskilde vil som tidligere nevnt komme an på om den ses på som en tolkningsuttalelse, eller som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område. Dersom FNs General Comments sier noe annet enn det norske rettskilder sier, eksisterer dermed en viss motstrid mellom norsk rett og internasjonal rett.

Når det kommer til FNs forskningsartikkel, vil dens rettskildemessige vekt avhenge av om teksten er tilstrekkelig klar, om den har tilstrekkelig tilknytning til den aktuelle bestemmelsen som skal tolkes, om den er i tråd med andre forarbeider, om flere av traktatspartene har deltatt i utredningen av utredningen, og at utredningen og dens resultat er gjort tilgjengelig for alle konvensjonsstatene, jf. Wien-konvensjonen art. 31.

Når det gjelder *Global study on children deprived of liberty*, er det på det rene at forskningsartikkelen har foregått i flere FN-stater. Flere av traktatspartene har dermed deltatt i utredningen. Forskningsartikkelen ligger også lett tilgjengelig på FNs nettsider. Den er dermed gjort tilgjengelig for alle konvensjonsstatene. Det foreligger også en tydelig sammenheng mellom forskningsartikkelen og de delene av Barnekonvensjonen som omhandler frihetsberøvelse av barn og barn i migrasjon. Det er altså stor grunn til å tro at forskningsartikkelen vil kunne bære stor rettskildemessig vekt.

Når det kommer til barnets beste, uttaler utlendingsloven § 106 c. som nevnt at barnets beste er et grunnleggende hensyn. På dette området finnes det igjen tilsvarende, men strengere internasjonale rettskilder. General Comment No. 22 punkt 3 bokstav b at barnets beste ikke er ett av flere hensyn, men at det er et hovedhensyn. De mener dermed at det bør tillegges mer vekt på barnets beste enn på andre hensyn. Ut ifra dette bør også utlendingsloven § 106 c. tolkes innskrenkende.

Det som står i ytterligere kontrast til utlendingsloven § 106 c. er uttalelsen i FNs General Comment No. 22 punkt 2 bokstav b. Her blir det uttalt at å internere et barn basert på deres

foreldres migrasjonsstatus er et overgrep på barns rettigheter, og bryter med prinsippet om barnets beste.<sup>34</sup>

Det er også uttalt at barn aldri bør interneres med bakgrunn i forhold som relaterer seg til foreldrenes migrasjonsstatus.<sup>35</sup> I 2005 uttalte Barnekommissjonen at barn ikke bør bli frihetsberøvet, og at internering av barn ikke kan rettferdiggjøres ene og alene basert på deres migrasjonsstatus.<sup>36</sup> General Comments No. 23 sier også uttrykkelig at lovbrudd som omhandler irregulær innvandring eller opphold, ikke under noen omstendigheter kan ha konsekvenser som ligner de som er avledet fra kriminalitet.<sup>37</sup> FNs General Comment No. 23 punkt 2 bokstav b uttaler i tillegg at alle barn til enhver tid har en fundamental rettighet til frihet fra internering i migrasjonssammenheng.<sup>38</sup>

Europas menneskerettskonvensjon art. 37 (b) annen setning sier altså at frihetsberøvelse av barn kun kan gjennomføres dersom det er aller siste mulige utvei. General Comment No. 23 punkt 2 bokstav b sier at å frihetsberøve barn i migrasjon ved å internere dem, *aldri* er siste mulige utvei. Den sier at det alltid vil finnes andre, bedre alternativer. Av denne grunnen til internering av barn aldri være lovlig eller forholdsmessig. Dette synspunktet støttes opp av Global study on children deprived of liberty. Denne forskningsartikkelen uttrykker også at migrasjonsrelatert frihetsberøvelse av barn ikke kan anses som siste utvei.<sup>39</sup>

Videre uttaler den samme forskningsartikkelen at migrasjonsrelatert frihetsberøvelse av barn *aldri* kan anses å være i barnets beste interesse, og at det dermed alltid vil være forbudt. Dette begrunnes i at det alltid vil finnes alternative løsninger til å frihetsberøve barn, og at det å internere barn derfor aldri vil være det mildeste eller lempeligste alternativet.

---

<sup>34</sup> General Comment No. 22 s. osv.

<sup>35</sup> Samme

<sup>36</sup> Samme

<sup>37</sup> Samme

<sup>38</sup> Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return.

<sup>39</sup> Global study on children deprived of liberty, FNs Generalforsamling, punkt 5 bokstav C.

Som alternativ til å internere barn, er det i General Comment 23 punkt 2 bokstav b foreslått at de forskjellige statenes barneverntjenester bør være aktørene som tar hånd om barn i disse situasjonene.

## 5 Kritikk/egne vurderinger

### 5.1 Er terskelen for å frihetsberøve utlendinger for lav?

Under dette punktet skal det drøftes om terskelen for å frihetsberøve utenlandske barn er for lav.

Vilkårene som må foreligge for at det skal kunne iverksettes tiltak mot utlendinger har vært nevnt i kapittel 4. Kort oppsummert kan det iverksettes tiltak for å forhindre unndragelse av gjennomføring av vedtak som plikter utlendingen å forlate riket, dersom det er særlig påkrevd, ellers dersom det er helt avgjørende som en siste utvei for å oppnå formålet med bestemmelsen som gir grunnlag for interneringen, jf. utlendl. § 106.

Det andre vilkåret for å kunne frihetsberøve en utlending er å forhindre at de unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som gjør dem pliktige til å forlate landet, jf. utlendl. § 106 b) første setning. Bestemmelsen sier spesifikt at det må foreligge konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at de må forlate riket.

Dette er altså det strengeste vilkåret bestemmelsen stiller til at politiet skal kunne føre en utlending ut av landet. Dette stilles som tidligere nevnt som vilkår *før* fristen har gått ut. Etter at fristen har gått ut, er det eneste vilkåret for å sette utlendinger i interneringsleirer, at de fortsatt er i landet etter den pålagte utreisefristen.

Det antas at det er lettere for enslige utlendinger, eller utlendingsfamilier med voksne eller eldre barn å forsøke å unndra seg vedtak som innebærer at de må forlate riket, enn det er for familier med små barn. En enslig trebarnsmor vil f.eks. ha store vansker med å unndra seg selv og sine tre små barn fra å måtte reise ut av landet. Det kan antas at det i slike saker vil være enklere å reise til et naboland med f.eks. bil eller buss, foran å ta fly til et fjernere land.

Dersom småbarnsfamilien først finner et sted å rømme til, kan det deretter spekuleres i hvordan de skal klare å gjennomføre det. Det at en enslig trebarnsmor med små barn i det hele tatt skal klare å rømme fra Norge for å søke oppholdstillatelse et annet sted virker ganske usannsynlig. Dette er nok tilfellet for ganske mange andre utenlandske barnefamilier. Derfor kan det stilles store spørsmål ved hvorfor så mange utlendinger, og spesielt så mange barnefamilier, blir frihetsberøvet i påvente av å reise ut av landet.

Dersom de strenge synspunktene i FNs General Comments No. 22 og No. 23, og *Global study on children deprived of liberty* skal tillegges vesentlig rettskildemessig vekt, vil det være på det rene at terskelen for å frihetsberøve barn er for lav. Etter min mening skal FNs General Comments og denne konkrete forskningsartikkelen tillegges vesentlig rettskildemessig vekt.

FNs General Comments No. 22 og No. 23 nevner konkrete tilfeller som kan føres tilbake til lovbestemmelser både i utlendingsloven og i FNs menneskerettskonvensjoner. Eksempler på dette er der de nevnes hensynet til barnets beste og frihetsberøvelse som siste mulige utvei.

Jeg nevnte i punkt 4.8 at det foreligger flere momenter som tilsier at FNs forskningsartikkel bør ha stor vekt som rettskilde. I tillegg til argumentene for at artikkelen oppfyller flere av kravene etter Wien-konvensjonen, mener jeg også at forskningsartikkelen må ses på både som en tolkningsuttalelse og en anmodning om optimal praksis. Bakgrunnen for dette er det sterke og tydelige språket de benytter i forskningsartikkelen, i tillegg til at forskningen er utført av en uavhengig ekspert utpekt av FN.

Jeg er for øvrig også enig i FN når de sier at det alltid vil finnes mindre inngripende alternativer til internering av barn. Barn kan f.eks. enten tas hånd om av barnevernet, eller det kan tenkes at man kan plassere familien på et hotell før de skal tvangsreturneres. På dette grunnlaget alene er det mulig å fastslå at terskelen for å internere barn er for lav.

## **5.2 Hensyn bak internering**

Det at terskelen er så lav for å internere barn får meg til å spekulere i hva hensynet bak bestemmelsen om pågrepelse om internering er. En skulle tro at et særdeles sentralt hensyn bak bestemmelsen ville vært å ivareta menneskerettighetene til de som skal pågripes og interneres, ettersom at det er snakk om svært inngripende tiltak, og de i tillegg blir gjort mot mennesker i sårbare situasjoner.

Som denne oppgaven har synliggjort, foreligger det motstrid mellom reglene om frihetsberøvelse av barn i internasjonal rett og norsk rett. Disse menneskerettighetene er dermed ikke fullstendig overholdt, og hensynet til barnas menneskerettigheter er ikke ivaretatt. Hvilke hensyn er det da som ligger bak bestemmelsen om pågrepelse om internering?

I mine øyne virker det som at de hensynene som utlendl. § 106 i all hovedsak ivaretar, er hensynene til effektivitet og kostnad. Det at utlendinger, og spesielt barn, oftere enn strengt

tatt nødvendig blir frihetsberøvet, altså påført et inngrep som ofte er mer inngripende enn nødvendig, fører til at prosessen med å føre utlendinger ut av landet er mer effektiv og mindre kostbar enn prosessen ville ha vært dersom utlendingenes og barnas menneskerettigheter ble bedre ivaretatt.

### **5.3 Internering og straff**

I hverken utlendingsloven eller straffeprosessloven behandles internering som en form for straff. Dette er fordi internering etter norsk rett ikke anses som en form for straff. Dette mener jeg det kan stilles spørsmål ved.

Den kanskje aller mest kjente formen for straff både i Norge og i utlandet, er å bli satt i fengsel. I prinsippet værer både det å være fengslet og det å være internert mange likhetstrekk. Begge går ut på at staten frihetsberøver et individ. I begge tilfellene blir individene plassert i statlige institusjoner.

Livskvaliteten i institusjonene kan variere, både fra fengsel til fengsel, og fra interneringsanstalt til fengsel. Det er likevel snakk om en fullstendig innesperring av mennesker. Både vinduer og dører er låst. Dersom de frihetsberøvede skal ut, kan de bare følges ut av politiet. De kan heller ikke dra om og når de ønsker. Både i interneringsleirer og fengsler er de frihetsberøvede individene overvåket av politiet, i form av kameraer og av vakter på stedet.

Forskjellen mellom straff og internering er formålet. Definisjonen av begrepet «straff» er et onde som påføres et individ som et resultat av en kriminell handling de har begått, med den hensikt at det skal føles som en straff. Formålet bak fengsel er altså at det skal føles som en straff. I tillegg benyttes det for å ha kontroll over hvor de fengslede befinner seg.

Formålet bak internering er ikke straff, men å ha kontroll over hvor de internerte befinner seg. Dette gir etter mitt syn ikke helt mening. Hvordan kan den samme tilstanden som brukes som en straff til et formål, ikke brukes som en straff for et annet formål? Dersom mennesker blir plassert i fengselslignende omgivelser, er det svært sannsynlig at de vil føle at de blir straffet, selv om dette ikke er hensikten. Min tankegang er at dersom et menneske blir satt i en slik situasjon av myndighetene hvor det kjennes ut som at de blir straffet, vil det være det samme som at myndighetene faktisk straffer dette individet.

Dersom internering føles som en straff, og kan regnes som en straff per definisjon, betyr det at i Norge kan barn straffes på grunnlag av foreldrenes handlinger eller unnlater. Dette må ses på som særdeles uforholdsmessig. Hvis barn ble straffet på grunnlag av foreldrenes handlinger eller unnlater på et hvilket som helst rettsområde, ville det ha vært en juridisk og menneskerettslig katastrofe.

Dersom internering i praksis kan defineres som en straff, betyr det også at barn under strafferettslig lavalder blir straffet. Dette vil være totalt uakseptabelt uten de prosessuelle rettighetene barn som frihetsberøves på grunn av kriminelle handlinger nyter.

Tidligere i oppgaven er det nevnt at frihetsberøvelse av barn brukes for å få kontroll over hvor de oppholder seg. Det er også nevnt at FN mener at det alltid vil finnes bedre alternativer for å få kontroll over barn enn å internere dem. Dette er jeg enig med FN i. Jeg mener at det å internere barn er såpass inngripende at ingen av formålene bak å internere barn vil være forholdsmessige.

Vigdis Vevstad sier i sin bok at «Forfatterne peker også på at siden utlendingsloven ikke setter krav om «straffbar handling», er det ikke noe absolutt forbud mot å pågripe barn under strafferettslig lavalder (15 år).»<sup>40</sup> Det blir anført av Vevstad i lovkommentaren at det bør hete internering, og ikke fengsling, nettopp for å fremheve at det ikke er snakk om et strafferettslig tiltak.

#### **5.4 Når barnet «selv har en vesentlig del av ansvaret»**

Som tidligere nevnt, er det uttalt i utlendl. § 106 c. sjette ledd annen setning at barn kan interneres i opptil ni dager dersom «familien eller barnet selv har en vesentlig del av ansvaret for at uttransportering ikke har latt seg gjennomføre innen 3 døgn etter kjennelsen om internering».

For meg virker det urettferdig og uforholdsmessig at barns egen oppførsel i en sannsynligvis vanskelig situasjon skal kunne føre til inngrep i menneskerettighetene sine. Dersom barn selv gjør en tvangsretur vanskelig, foreligger det nok gode grunner til det. Det virker derfor nesten merkelig at mindreårige skal være nødt til å finne seg i den vanskelige situasjonen de er i,

---

<sup>40</sup> Lovkommentar til utlendingsloven, Vigdis Vevstad, Universitetsforlaget 2010 s. 575

tilsynelatende uten noen form for reaksjon, sånn at det ikke skal få enda flere negative konsekvenser for dem.

## **5.5 Avsluttende betraktninger**

Etter min mening er reglene om internering av mindreårige i norsk lov ikke i tråd med internasjonal rett, og dermed ikke i tråd med menneskerettighetene. Det må finnes bedre alternativer enn å internere barn for å ha kontroll på barna og/eller familien før de skal tvangsreturneres. Jeg mener at det bør foretas en lovendring på dette området.



## Referanseliste

- Justis-og beredskapsdepartementet, *Høringsnotat om utredning av alternativer til frihetsberøvelse av mindreårige og forslag til mulige regelendringer*, Innvandringsavdelingen, 2019, Snr. 19/5494, høringsfrist: 3. april 2020, <https://www.regjeringen.no/contentassets/9e060ded648040b1b10dfda97137572a/høringsnotat---alternativer-til-frihetsberovelse-av-mindrearige-og-forslag-ti-l1185050.pdf>
- UDI, *Svar på bestilling av utredning av særskilt prosedyre for retur av barnefamilier*
- FNs Generalforsamling, *Global study on children deprived of liberty*
- *Trygg, sikker og forsvarlig; barnefaglig veileder for politiet i asylsaker*, Politiets utlendingsenhet 2019
- *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?*, Terje Einarsen, Jussens Venner vol. 48
- *En kort innføring i folkerettslig traktattolkning*, Amrei Müller, Jussens Venner vol. 52, s. 222-259
- Språkrådets svardatabase, <https://www.sprakradet.no/svardatabase/sporsmal-og-svar/empowerment/>
- Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Vigmostad & Bjørke AS, 5. utgave/1. opplag 2018
- Rt. 2009 s. 1261
- Rt. 2015 s. 93
- HR-2018-2096-A
- HR-2020-661-S
- HR-2016-2554-P (Holship)
- Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 604/2013 om fastsettelse av kriterier og ordninger for å avgjøre hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en søknad om internasjonal beskyttelse inngitt i en medlemsstat av en tredjelandsborger eller en statsløs av 26. juni 2013
- GRC, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration
- CMW/CRC, Joint feneral comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general

principles regarding the human rights of children in the context of international migration

- CMW/CRC Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return.
- Vigdis Vevstad, *Lovkommentar til utlendingsloven*, Universitetsforlaget 2010
- nrk.no, [https://www.nrk.no/nyheter/mustafa- 18 -utvist-fra-norge-1.15300677](https://www.nrk.no/nyheter/mustafa-18-utvist-fra-norge-1.15300677)

