



## BARNEOMBUDET

Justis- og beredskapsdepartementet  
Postboks 8005 Dep  
0030 OSLO

Deres ref:

Vår ref:  
16/01605-2

Saksbehandler:  
Anders Prydz Cameron

Dato:  
8. februar 2017

### Høring - endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler

Barneombudet viser til «Høring om forslag til endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler» datert 19. desember 2016. Vi takker for muligheten til å kommentere forslagene.

#### *Barneombudets mandat*

Barneombudet skal i henhold til lov og instruks arbeide for at barns behov, rettigheter og interesser blir tatt tilbørlig hensyn til på alle samfunnsområder. Ombudet skal særlig følge med på at lovgivning til vern om barns interesser blir fulgt, og at norsk rett samsvarer med de forpliktelser Norge har etter FNs konvensjon om barnets rettigheter. Ombudet skal av eget tiltak, eller som høringsinstans, ivareta barn sine interesser i samband med planlegging og utredning på alle felter, foreslå tiltak som kan styrke barns rettsikkerhet, med mer. Ombudets mandat er avgrenset til barn under 18 år.

#### **Overordnede betraktninger**

Barneombudet mener at man ikke bør fengsle barn i utlendingssaker. Muligheten for å pågripe barn bør også være så snever som mulig. Utgangspunktet i barnekonvensjonen barnekonvensjonen artikkel 37 er at barn kun skal frihetsberøves som en siste utvei og for kortest mulig tid. Når departementet nå likevel går inn for å foreslå fortsatt pågripelse og fengsling av barn i disse sakene, mener vi at det er positivt at forslaget innebærer en klarere regulering av vilkår for fengsling og prosessregler direkte i utlendingsloven. Det er også positivt at departementet foreslår relativt korte fengslingsfrister i disse sakene. Barneombudet mener imidlertid forslaget om en vid unntaksbestemmelse som gir anledning til å fengsle barn utover seks dager er svært bekymringsfullt og åpner for muligheten for å bryte med både barnekonvensjonen og artikkel 3 i den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Det er positivt at departementet ønsker å opprette en egen familieenhet utenfor Trandum. Barneombudet vil anbefale departementet ikke å tillate fengsling av barn til en enhet som er i stand til å ivareta barnas behov er på plass.

I det følgende vil vi komme med merknader til flere av avsnittene i høringsnotatet og til de foreslåtte regelendringene. Vi har knyttet merknadene direkte til relevante avsnitt i høringsnotatet.

### **Valg av terminologi** (høringsnotatet avsn. 4.2.)

Departementet foreslår å erstatte begrepet «fengsling» i utlendingsloven med «tvangsmessig tilbakehold». Dette er begrunnet både i at begrepet «fengsling» kan virke stigmatiserende og i at bruken av «fengsling» skal kunne ha ført til at dommere og andre i praksis ikke har skilt klart nok mellom strafferett og utlendingsrett. Barneombudet er enig i at begrepet «fengsling» kan ha negative konnotasjoner og virke stigmatiserende. Det virker mindre klart hvordan akkurat dette ordet skal ha gjort at dommere og andre i ikke skiller klart mellom utlendingsrettslig og strafferettslig fengsling. Det er flere andre sider ved prosessen, for eksempel det at man blir pågrepet av politiet og fremstilt for en domstol, som i større grad skaper assosiasjoner til strafferettslig fengsling.

Barneombudet er i utgangspunktet kritisk til å innføre et nytt begrep som er så lite intuitivt forståelig som «tvangsmessig tilbakehold». Dersom man hadde funnet et fornuftig alternativ til «fengsling», kunne dette vært en god idé, men «tvangsmessig tilbakehold» er ikke et begrep som er forståelig, verken for barn eller for de fleste andre. I media og offentligheten for øvrig skal det mye til at ikke begrepet «fengsling» fremdeles vil bli brukt for å beskrive det at personer holdes på et utlendingsinternat etter en rettslig kjennelse.

Når det gjelder argumentet om stigmatisering, mener Barneombudet at både pågripelsen, innsettelsen på utlendingsinternat og selve returen til hjemlandet vil være langt mer stigmatiserende og belastende for barn enn hvilket begrep som brukes i loven. «Fengsling» er et begrep som beskriver godt det fenomenet vi her snakker om: En domstol avgjør at du skal oppholde deg i en lukket anstalt som i det store og det hele er identisk med et fengsel i en viss tid på grunn av at du oppfyller gitte vilkår som er fastsatt i lov. Barneombudet anbefaler at departementet opprettholder begrepet «fengsling» i utlendingsloven, eventuelt presiserer det ved å kalle det «utlendingsrettslig fengsling».

### **Gjennomgang av straffeprosesslovens § 174-191 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.** (høringsnotatet avsn. 4.4.)

Barneombudet støtter departementet i at reglene om pågrepelse og fengsling blir mer tilgjengelige dersom de blir samlet i utlendingsloven. Vi har ingen merknader til departementets vurdering av hvilke bestemmelser fra straffeprosessloven som skal inntas i utlendingsloven, hvilke henvisninger som skal videreføres og hvilke henvisninger som skal strykes.

### **Pågrepelse og fengsling av mindreårige** (høringsnotatet avsn. 5)

#### *Vilkår for pågrepelse av barn*

Barneombudet mener det er viktig at vilkåret fra straffeprosessloven § 174 om at mindreårige ikke skal pågripes med mindre det er «særlig påkrevd» blir tatt direkte inn i utlendingsloven. Bestemmelsen er omtalt flere steder i høringsnotatet, blant annet under avsnitt 4.4.2. og 5.6.2. Barneombudet savner imidlertid en nærmere drøftelse av hva dette vilkåret innebærer i praksis, særlig i saker der barn pågripes sammen med familien. Vi savner også en tydeliggjøring av forholdet mellom vilkåret for pågrepelse og den generelle forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter utlendingsloven § 99.

Den største gruppen barn som er innom Trandum hvert år er pågrepet, kun et lite antall fremstilles for fengsling. I høringsnotatet (bl.a. på s. 59) og i tidligere uttalelser fra departementet virker det som om de fleste av disse barnefamiliene rutinemessig pågripes for å bli tvangsreturnert samme dag eller dagen etter pågripelsen. Det er uklart hvilke konkrete vurderinger som blir gjort før politiet går til pågrepelse i disse sakene, ut over at det praktisk ligger til rette for å få gjennomført en retur.

Vilkåret om at barn ikke skal pågripes med mindre det er «særlig påkrevd» ble tatt inn i straffeprosessloven for å reflektere barnekonvensjonens artikkel 37 om at barn bare kan

frihetsberøves som en siste utvei og for kortest mulig tid. Barneombudet har sett et eksempel på en sak der en barnefamilie har blitt pågrepet så lenge som 36 timer før planlagt uttransport og innsatt på Trandum mer enn 30 timer før uttransporteringen var planlagt gjennomført. Pågrepelse vil i mange tilfeller være «praktisk» for å sikre at man har kontroll i forkant av en retur. Det stilles høye krav til antall tvangsreturer som skal gjennomføres hvert år. Dersom innholdet i hjemmelen for pågrepelse og innsetting av mindreårige på Trandum er vag, vil det være en fare for at politiet kan benytte seg av muligheten til å pågripe lenge før uttransportering for å ha kontroll på familien.

Det finnes ikke noen gode alternativer til Trandum for familier som er pågrepet i påvente av tvangsretur. Trandum er ikke et egnet oppholdssted. Selv om det blir bygget en ny enhet, vil denne trolig være en fengselsliknende anstalt. Til sammen vil vilkåret om at pågripelsen skal være «særlig påkrevd» og forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres iht utl. § 99 forutsette en grundig forholdsmessighetsvurdering før politiet går til pågrepelse.

Barneombudet vil anbefale departementet å beskrive nærmere hva som skal til for at det foreslåtte vilkåret i utlendingsloven § 106 om at det er «særlig påkrevd» å pågripe et barn skal være oppfylt, og at det blir understreket at i det minste tiden til planlagt uttransport og forholdene for barnet i påvente av uttransportering må inngå i en vurdering av om pågripelsen er «særlig påkrevd» og i den generelle forholdsmessighetsvurderingen etter § 90. Vurderingene må fremgå av den skriftlige pågripelsesbeslutningen.

#### **Vilkår for fengsling av barn** (Høringsnotatet avsn 5.6.2.)

Det er positivt at departementet foreslår at vilkårene for fengsling av barn i utlendingsaker tas direkte inn i utlendingsloven.

#### *Vilkår for fengsling av barn på grunn av unndragelsesfare (utl. § 106 første ledd bokstav b)*

Departementet foreslår slik vi forstår det, en videreføring av gjeldende rett med en høy terskel for fengsling av barn i utlendingsaker (i dag gjelder vilkåret «tvingende nødvendig» i straffeprosessloven § 184). Departementet foreslår at vilkåret for å fengsle barn på grunn av unndragelsesfare i utlendingsloven skal være at fengslingen må være «helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen».

Barneombudet støtter departementet i resonnetet om at fengsling etter utlendingsloven bygger på helt andre vurderinger enn fengsling etter straffeprosessloven, og at det er viktig at retten gjør helt konkrete vurderinger av om fengsling er nødvendig for returprosessen. Dersom det ikke er helt konkrete utsikter til svært snarlig retur, bør barnet umiddelbart løslates.

Formuleringen «helt avgjørende» fremstår som svakere enn «tvingende nødvendig». Det fremgår ikke klart av høringsnotatet hvorfor departementet har valgt en annen ordlyd i forslag til nytt vilkår i utlendingsloven, og det er uklart om endringen vil ha praktisk betydning. I utgangspunktet bør lovverket være konsistent og bruke samme begrep for å beskrive den samme terskelen. Barneombudet vil anbefale at departementet klargjør at terskelen for fengsling av barn ikke skal senkes i forhold til gjeldende rett. Dette bør helst gjøres ved å bruke «tvingende nødvendig» også i utlendingsloven, eller ved å tydeliggjøre i forarbeidene at terskelen skal være den samme som i straffeprosessloven.

#### *Vilkår for fengsling av barn for ID-avklaring (høringsnotatet avsn 5.6.3., utl. § 106 første ledd bokstav a)*

På side 61 i høringsnotatet forestiller departementet seg et fremtidig scenario med masseankomster. I en slik kaotisk situasjon skal barn og barnefamilier pågripes og fengsles «for å kunne gjennomføre innledende registrering og undersøkelser mv.» Vilkalet for å

fengsle barn i en slik situasjon skal være at det foreligger en «ekstraordinær situasjon» og at «fengsling er helt nødvendig for å sikre ID-kontroll».

Å fengsle barn for å få gjennomført et lovlig fattet vedtak etter at det er gjort en vurdering av barnets grunnlag for beskyttelse er noe helt annet enn å pågripe og fengsle barn og barnefamilier ved ankomst til Norge for å gjennomføre ID-avklaring. Forslaget er ikke utredet i forhold til menneskerettighetene fra departementets side.

Etter vårt syn er det sannsynlig at denne typen pågripelse og fengsling mye raskere vil være uforholdsmessig i lys av bl.a. EMK artikkel 3 og barnekonvensjonen artikkel 37 og 3. Vi mener det ikke er i tråd med disse forpliktelsene å fengsle barn fordi det er praktisk for å gjennomføre administrative oppgaver som asylregistrering, selv om det skulle foreligge en «ekstraordinær situasjon». Mindre inngripende tiltak enn fengsling vil være tilstrekkelig i slike tilfeller. Vi anbefaler departementet å ikke innføre en slik åpning for å fengsle barn på grunn av uklart ID.

#### **Fengslingskjennelser, fremstilling og høring av barn (høringsnotatet avsn. 5.6.4, 5.6.5)**

Barneombudet mener det er svært viktig at plikten til å vurdere hensynet til barnets beste og å vurdere alternativer tydeliggjøres i forslag til ny § 106 b i utlendingsloven, slik departementet foreslår. Dette vil forhåpentligvis gjøre at kjennelser i fengslingssaker i større grad synliggjør vurderingene som er knyttet til barnet og at det gjøres en åpen barnets beste-vurdering der barnet behandles som selvstendig rettssubjekt, ikke bare som medfølgende til foreldrene (slik praksis i noen grad har vært i kjennelser til nå).

Høringsnotatet er imidlertid noe uklart på dette punktet. Til tross for at prinsippet om barnets beste tas direkte inn i bestemmelsen i utl. § 106 b, uttaler departementet følgende på s 46 i notatet: «Å holde barn fengslet sammen med foreldrene må anses å være det beste for barnet i de aller fleste tilfeller». En slik forhåndsantakelse vil etter vårt syn komme i konflikt med den forståelse av artikkel 3 i barnekonvensjonen som både FNs barnekomité (Generell kommentar nr. 14) og Høyesterett (bl.a. Rt-2015-93) legger til grunn som både en materiell og prosessuell rettighet og tolkningsprinsipp. En slik forståelse innebærer at det individuelle barnets interesser må være utgangspunktet for rettens vurdering i saken. Da blir utgangspunktet for vurderingen i de fleste tilfeller motsatt: Det vil ikke være til barnets beste å bli fengslet. Retten må derfor vurdere om det foreligger andre hensyn som veier tyngre enn hensynet til barnets beste.

Barneombudet støtter forslaget fra departementet om å innta et helt ledd om plikten til å høre barn og legge vekt på barnets synspunkter i utl. § 106 a.

#### **Barneverntjenestens rolle (høringsnotatet avsn. 5.4.7)**

Barneombudet mener at ethvert barn som blir innsatt på utlendingsinternat bør få mulighet til en samtale med barnevernet ved innsettelse. I en slik samtale vil man kunne komme inn på barnets behov under interneringen. Samtalen vil også kunne avdekke eventuell sårbarhet, gi barnet nødvendig informasjon og mulighet til å ytre seg om sin egen situasjon og danne grunnlag for en uttalelse fra barnevernet i de få sakene der politiet begjærer fengsling av barn.

Den kommunale barneverntjenesten er etter alt å dømme ikke rustet til å ivareta disse oppgavene skikkelig i dag. For å sikre et forsvarlig barneverntilbud til alle barn som settes inn på utlendingsinternat, må man enten ruste opp barnevernet lokalt (Ullensaker barnevern og/eller barnevernvakten i Romerike) eller finne en ordning der Bufetat tar ansvar for barnevernfaglig oppfølging av barn på utlendingsinternatet. Vi vil anbefale departementet å få på plass en velfungerende ordning for å ivareta barnas behov mens de er internert så fort

som mulig. Som et minimum må man sørge for å ha tilgjengelig ansatte med barnefaglig kompetanse på internatet til enhver tid.

Hvis departementet velger å ikke følge denne anbefalingen om å sørge for at barnevernet møter alle barn som blir innsatt på Trandum, har vi følgende merknader til de foreslåtte lovendringene om barneverntjenestens rolle:

- Det er positivt at politiet skal få plikt til å melde fra til barnevernet så snart som mulig når det er sannsynlig at de vil begjære fengsling. Dette vil forhåpentligvis gi barnevernet en mulighet til å samtale med barnet og komme med en fornuftig uttalelse som kan brukes i et eventuelt fengslingsmøte.
- Vi mener barneverntjenesten alltid bør møte barnet og avgi en skriftlig uttalelse i forkant av at et barn blir fengslet. Det er døgnåpen barnevernvakt på Romerike som eventuelt får tilføres nødvendige ressurser for å kunne ivareta denne oppgaven uten at fremstillingsfristen utvides.
- Barneombudet støtter departementets forslag om at barneverntjenesten deltar i fengslingsmøtet «dersom retten eller barneverntjenesten finner det nødvendig» under forutsetning av at barnevernet får anledning til å møte barnet og avgi en god, individuell skriftlig uttalelse som kan opplyse tingretten i fengslingsmøtet.

### **Om tidsbegrensning ved fengsling av barn (avsn. 5.6.8)**

Barneombudet støtter departementets vurdering om at det er grunn til å styrke barns rettsstilling i saker om fengsling etter utlendingsloven. Gitt at man i det hele tatt ønsker å fengsle barn etter utlendingsloven, støtter vi forslagene om at fengslingsfristene må være korte. Det bør også være en absolutt maksgrænse.

Barneombudet har ikke forutsetning for å si om akkurat 72 timer er en fornuftig fengslingsfrist. I utgangspunktet mener vi at å internere barn i til syv—åtte dager på Trandum (inkludert tiden før første fremstilling), slik forslaget åpner for, er for lang tid. Forslaget innebærer imidlertid en stor forbedring sett i forhold til dagens regelverk som både er uklart og ikke har egne fengslingsfrister og en maksgrænse for fengsling av barn.

Departementet bør etter vårt syn sette en absolutt maksgrænse for varigheten av fengsling av barn i utlendingsaker. Fristen bør være kort. I lys av EMD-dommene mot Frankrike som er gjennomgått i høringsnotatet og barnekonvensjonen artikkel 37, bør det stilles svært strenge krav til når man kan beslutte fengsling utover noen få dager. Seks døgn, som egentlig er for lang tid, bør i alle fall være et absolutt maksimum. I løpet av en uke vil myndighetene ha mer enn god nok tid og anledning til å finne egnede alternativer til å fengsle barna som likevel sikrer at familien ikke unndrar seg utsendelse.

### **Særskilt om enslige mindreårige (høringsnotatet avsn. 5.6.9)**

Enslige mindreårige asylsøkere er en særlig sårbar gruppe. De bør aldri fengsles etter utlendingsloven. I generell kommentar nr 6 fra FN's barnekomité uttaler komiteen at enslige mindreårige som en hovedregel aldri bør bli internert. Komiteen understreker at i de eksepsjonelle tilfellene der internering forekommer, skal det være som en siste utvei og for kortest mulig tid.

Departementet foreslår at adgangen til å fengsle enslige mindreårige skal være lik som adgangen til å fengsle barn sammen med familien sin. Man må anta at skadepotensialet ved fengsling av enslige mindreårige er enda større enn for barn som fengsles sammen med familien (gitt at familien er en støtte for barnet i situasjonen). Enslige mindreårige vil vanligvis i praksis være helt isolert på utlendingsinternatet. Flere av dem står trolig også overfor en enda større usikkerhet knyttet til hva som skjer etter at en retur er gjennomført. Vi vet også at en del enslige mindreårige har traumatiske opplevelser knyttet til politi og frihetsberøvelse under flukten til Norge.

Barneombudet vil anbefale departementet å foreslå at enslige mindreårige ikke skal kunne fremstilles for fengsling etter utlendingsloven. Dersom departementet anser det som nødvendig, er det etter vårt syn bedre å åpne for en noe utvidet maksimaltid for internering uten kjennelse i helt spesielle tilfeller, for eksempel 48 timer.

Det bør stilles ekstra krav til forholdsmessighetsvurderingen før politiet går til pågrepelse av en enslig mindreårig.

Barnevernet bør være involvert i saker som gjelder enslige mindreårige. Dette innebærer at barnevernet involveres før politiet beslutter å pågripe en enslig mindreårig. Dersom enslige mindreårige skal fremstilles for fengsling, bør det være krav om at barnevernet på forhånd har gjort grundige vurderinger av ungdommens sårbarhet. Det vil i de aller fleste tilfeller være mulig å finne alternativer til fengsling.

**Regler om blant annet bruk av tvangsmidler og krav til oppfølging av mindreårige (ikke behandlet i høringsnotatet)**

Barneombudet viser til vårt brev til departementet datert 19.1.2016 der vi beskriver svært inngripende tvangsbruk overfor en mindreårig innsatt på Trandum. Etter det vi forstår finnes det ikke særskilte regler om bruk av tvangsmidler som utelukkelse fra fellesskapet og sikkerhetscelle for mindreårige som er fengslet etter utlendingsloven. Barneombudet anbefaler at departementet utarbeider klare regler om dette som tar hensyn til mindreåriges særlige sårbarhet og behov for blant annet kontakt med familien. Mindreårige som er pågrepet og fengslet etter utlendingsloven bør ikke kunne plasseres på sikkerhetscelle. Se for øvrig vårt brev for en nærmere beskrivelse av problemstillingen og flere anbefalinger.

Det er etter de vi forstår påbegynt bygging av en ny familieenhet ved Trandum/Gardermoen som ikke skal være direkte tilknyttet resten av anstalten på Trandum. Dette er nevnt i høringsnotatet og omtalt på NRK radio 6.2.17. Barneombudet mener det er positivt at det blir bygget en enhet som forhåpentligvis i større grad vil ivareta barn og barnefamiliers rettigheter og behov. Det må være et mål å redusere fengselspreget minst mulig, og departementet bør vurdere tiltak som blant annet innebærer minst mulig innlåsing/låste dører, personale i sivile klær og begrenset visitasjon også av voksne. Vi vil også understreke at en ny bygning i seg selv ikke er tilstrekkelig. Det bør stilles krav til innhold og tilbud i familieenheten som blant annet innebærer:

- Mulighet for å involvere barnevernet i alle saker der barn interneres
- Tilgang til helsetjenester med særlig kompetanse om barn og unge
- Mulighet for fysisk aktivitet og å oppholde seg utendørs

Barneombudet takker for muligheten til å kommentere forslagene. Vi stiller oss til disposisjon for å diskutere forslagene og våre anbefalinger nærmere med departementet dersom dette er ønskelig.

Vennlig hilsen

Anne Lindboe  
barneombud

Anders Prydz Cameron  
seniorrådgiver

Brevet er godkjent elektronisk og har derfor ingen signatur.