

Internering av enslige mindreårige utlendinger etter direktiv 2008/115/EF (Returdirektivet)

**Forståelsen av uttrykket ”shortest appropriate period of time” som
uttrykk for norsk rett.**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 666
Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 17 769 ord

24.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og avgrensning	1
1.2	Hvorfor jeg har valgt å skrive om internering av enslige mindreårige utlendinger	2
1.3	Barnekonvensjonens og EMKs betydning for denne oppgaven	3
1.4	Litt generelt om returdirektivet og det europeiske samarbeidet på migrasjonsfeltet	4
1.5	Bruk av metode og rettskilder	5
1.5.1	Valg av metode for tolkningen av direktivet som uttrykk for norsk rett	6
1.5.2	Valg av metode for tolkingen av EMK	9
1.5.3	Valg av metode for tolkingen av Barnekonvensjonen	11
1.5.4	Høyesterettspraksis og juridisk litteratur i denne oppgaven	13
<u>2</u>	<u>INTERNERING AV ENSLIGE MINDREÅRIGE UTLENDINGER – FORSTÅElsen AV "SHORTEST APPROPRIATE PERIOD OF TIME" ETTER DIREKTIVETS ART. 17(1)</u>	<u>14</u>
2.1	Direktivet	14
2.1.1	Direktivets ordlyd	14
2.1.2	Konteksten	16
2.1.3	Formålsbetraktninger	19
2.1.4	Direktivets forarbeider	25
2.1.5	Etterfølgende uttalelser/ Softlaw	30
2.2	Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b som tolkningsfaktor	33
2.2.1	Konvensjonens ordlyd	35
2.2.2	Barnekomiteens uttalelser	35
2.2.3	Art. 3 – Barnets beste – som tolkningsfaktor	40
2.3	EMK art. 5(1) som tolkningsfaktor	50

2.4	Er det grunnlag for å trekke sikre konklusjoner vedrørende hvordan uttrykket ”shortest appropriate period of time” må forstås som uttrykk for fremtidig gjeldende rett i Norge?	55
3	<u>I HVILKEN GRAD BIDRAR RETURDIREKTIVETS ARTIKKEL 17(1) TIL Å STYRKE ENSLIGE MINDREÅRIGE UTLENDINGERS MENNESKERETTLIGE VERN?</u>	<u>57</u>
4	<u>VEDLEGG</u>	<u>60</u>
4.1	Vedlegg I: Direktiv 2008/115/EC (Returdirektivet) (engelsk utgave)	60
4.2	Vedlegg II: EMK artikkel 5(1) (engelsk utgave)	79
4.3	Vedlegg III: FNs barnekonvensjon artikkel 3 og artikkel 37 (engelsk utgave)	80
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>81</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Denne oppgaven ser på enkelte problemstillinger tilknyttet den tillatte lengde for internering av enslige mindreårige utlendinger uten lovlig opphold i Norge som er foreslått som norsk rett gjennom implementering av EUs returdirektiv¹ (heretter kalt returdirektivet eller direktivet) artikkel 15 og 17.²

Det følger av artikkel 15, (5) og (6) at utlendinger uten lovlig opphold kan interneres i opptil 18 mnd. Av artikkel 17(1) følger det imidlertid at enslige mindreårige utlendinger kun skal interneres “ as a measure of last resort” og ”for the shortest appropriate period of time”. Denne oppgaven tar sikte på å fastlegge hvordan ”shortest appropriate period of time” kan forstås, særlig sett hen til menneskerettslige krav etter FNs konvensjon om barnets rettigheter³ (heretter kalt Barnekonvensjonen) artiklene 3 og 37 litra b og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon⁴ (heretter kalt EMK) artikkel 5.

Internerings av voksne etter direktivets bestemmelser faller utenfor denne fremstillingen. Det samme gjelder frihetsberøvelse av barn etter andre bestemmelser, eksempelvis varetektsfengsling etter straffeprosesslovens⁵ § 184(2) jf. §§ 171-174. Jeg har valgt å begrense meg til enslige, mindreårige utlendinger. Mindreårige i følge med voksne vil ikke behandles til tross for at også disse omfattes av direktivets artikkel 17(1). Selv om

¹ Dir. 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals

² Høringsnotat om gjennomføringen i norsk rett av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF – returdirektivet pkt. 4.14.3 avsnitt 9 og pkt. 4.16

³ UN Convention on the rights of the child

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

⁵ Lov av 22. mai 1981 nr. 25

reguleringene i hovedsak er de samme for begge gruppene, vil de skjønsmessige vurderingene kunne bli noe forskjellige avhengig av om utlendingen er enslig eller ikke. Både unndragelsesfaren, jf. artikkel 15(1) litra a, alternative inngreps egnethet og tilstrekkelighet, jf. artikkel 15(1), og barnets beste, jf. artikkel 17(5), vil fort måtte vurderes annerledes der barnet er i følge med foreldre. Avgrensningen skyldes først og fremst plasshensyn da jeg mener det vil favne for vidt å behandle begge gruppene i en oppgave av dette omfang. Enslige mindreårige må regnes for å være den mest sårbare av gruppene som omfattes av direktivet, og det var derfor naturlig å sette fokus på dem.

1.2 Hvorfor jeg har valgt å skrive om internering av enslige mindreårige utlendinger

Jeg har valgt å skrive om internering av enslige mindreårige utlendinger fordi problemstillingen de siste årene er blitt svært aktuell.⁶ I store deler av Europa, også i Norge, har man sett en markant økning i antallet enslige mindreårige uten lovlig opphold. Av de 17226⁷ som søkte asyl i Norge i 2009 var 2500⁸ (ca. 14,5 %) enslige og mindreårige (mot 9,5 % i 2008 og 6,2 % i 2007)⁹. I tillegg kommer de enslige mindreårige uten lovlig opphold som ikke har søkt asyl og som dermed faller utenfor statistikken.

Returdirektivets artikkel 17(1) stiller krav til Schengen-statenes lovgivning med hensyn til lengden av frihetsberøvelse av mindreårige i påvente av utsendelse. Bestemmelsen er imidlertid vag og skjønsmessig. Dette foranlediger en nærmere analyse av hvilke begrensninger den innebærer i forhold til tillatt interneringslengde når det gjelder enslige mindreårige utlendinger. Ettersom spørsmålet om tillatt lengde av frihetsberøvelse også berøres av Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b, og indirekte av EMK artikkel 5(1), er det behov for en avklaring av direktivets forhold til disse bestemmelsene.

⁶ Gitmark (2009)

⁷ UDI, Asylsøknader fordelt på statsborgerskap 2009 (2010)

⁸ UDI, Enslige mindreårige asylsøkere 2009 (2010)

⁹ UDI, Tall og fakta 2008 (2009) tabell 15 og 17

Temaet er også interessant fordi direktivet er omdiskutert og til dels har vært utsatt for hard kritikk. Mye av kritikken har gått ut på at utlendingen nyter et svakere rettsvern etter direktivet enn det som allerede følger av gjeldende rett og praksis i mange av medlemsstatene. Blant annet opererer få av Schengen-statene med interneringstider opp mot 18 mnd. Direktivet kan oppfattes som en legitimering av strengere praksis på området, hvilket kan medføre et strengere fengslingsregime overfor barn i flere av medlemsstatene. Både Amnesty International, European Council on Refugees and Exiles (ECRE) og Den inter-amerikanske kommisjonen har gått hardt ut mot direktivet, og uttrykt særlig bekymring for manglende ivaretagelse av barns rettigheter i forhold til internering.¹⁰

1.3 Barnekonvensjonens og EMKs betydning for denne oppgaven

Barnekonvensjonen er den viktigste konvensjonen om barns menneskerettigheter. Konvensjonen omhandler utelukkende barns rettigheter, men omfatter alle de alminnelig anerkjente menneskerettighetene i en og samme konvensjon. Den er ratifisert av alle verdens stater med unntak av USA og Somalia, og er således rettslig bindende for samtlige av Schengen-statene.¹¹ Konvensjonen er et naturlig utgangspunkt for enhver drøftelse av barns menneskerettigheter. Artikkel 37 litra b lyder ” 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 last resort and for the shortest appropriate period of time”. Bestemmelsen retter seg direkte mot frihetsberøvelse av barn, og vil ha en sentral plass i denne drøftelsen.

EMK har en særlig posisjon som menneskerettslig instrument i Europa. Konvensjonen skiller ikke mellom mindreårige og voksne, men beskytter alle individer som omfattes av konvensjonspartenes jurisdiksjon, jf. artikkel 1. Konvensjonen setter grenser for pågrepelse

¹⁰ ECRE, brev til Europaparlamentet (2008) pkt. 1 og Den inter-amerikanske menneskerettskommisjon, Resolusjon 03/08 (2008) avsnitt 5, 9 og 11

¹¹ UN Treaty Collection (2010)

og frihetsberøvelse i artikkel 5 som i første ledd bestemmer at ”No one shall be deprived of his liberty save in the following cases [...]”. Deretter følger en uttømmende liste over lovlige grunnlag. Første ledd litra f tillater ”the lawful arrest or detention [...] of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition”. Bestemmelsen regulerer adgangen til utlendingsrettslig frihetsberøvelse og er således relevant for denne drøftelsen. EMK er ratifisert av samtlige av Schengen-statene.¹² EMK er av betydning for implementeringen og anvendelsen av bestemmelsene i direktivet.

1.4 Litt generelt om returdirektivet og det europeiske samarbeidet på migrasjonsfeltet

Jeg vil i dette avsnittet gi en kortfattet oversikt over visse sentrale hendelser knyttet til utviklingen av et europeisk samarbeid på migrasjonsfeltet. Informasjonen har ingen rettskildemessig vekt for mine drøftelser, men bidrar til å sette returdirektivet inn i en større rettslig og politisk sammenheng.

Returdirektivet er del av et større samarbeid for å etablere en felles europeisk asyl- og innvandringspolitikk. Kontrollen med hvem som skal ha rett til å oppholde seg på statens territorium, ligger i kjernen av suverenitetsprinsippet. Innvandringspolitikken har tradisjonelt vært et område der medlemsstatene ikke har ønsket å gi fra seg kompetanse og myndighet til EU-fellesskapet.¹³

Schengen-avtalen¹⁴, med etableringen av en felles ytre grense og avviklingen av nasjonale grensekontroller, har imidlertid skapt et behov for økt europeisk samarbeid på migrasjonsfeltet.

¹² Europarådet (2010)

¹³ Se f.eks. Den norske EU-delegasjonen, En felles innvandringspolitikk i Europa (eu-norge.org)

¹⁴ Agreement concluded by the Council of the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway concerning the latter's association with the implementation, application and development of Schengen acquis.

Toppmøtet i Tampere 1999¹⁵ mellom EU-landenes stats- og regjeringssjefer ble startskuddet for arbeidet mot en felles europeisk asyl- og innvandringspolitikk, og Haag-programmet¹⁶, vedtatt 4. november 2004, viderefører og utvider samarbeidet.

På toppmøtet i Brussel, 15.-16. oktober 2008, ble Den europeiske immigrasjonspakten¹⁷ vedtatt. Denne trekker rammene for det videre samarbeidet på rettsområdet.

I takt med utarbeidelsen av målsetninger og retningslinjer for samarbeidet, er harmoniseringsprosessen satt i gang gjennom vedtakelse og implementering av en rekke EU-regelverk. Et av de siste utspillene er returdirektivet. Dette tar sikte på å harmonisere medlemsstatenes lovgivning med hensyn til retur, utsendelse, bruk av tvangsmidler, internering og innreiseforbud overfor tredjelandborgere som befinner seg på EUs territorium uten lovlig opphold, jf. direktivets fortale pkt. 20. Direktivet sorterer inn under Schengen-samarbeidet, og er derfor bindende for Norge, jf. fortalens pkt. 28.

1.5 Bruk av metode og rettskilder

Denne fremstillingen tar sikte på å klarlegge innholdet i begrepet ”shortest appropriate period of time” i returdirektivets artikkel 17(1) sett i lys av de menneskerettslige forpliktelsene Norge er bundet av gjennom Barnekonvensjonen og EMK. Det er nærmere bestemt returdirektivets artikkel 17(1) som uttrykk for norsk rett jeg vil forsøke å fastlegge. Direktivet er riktignok ikke gjort til norsk rett enda, men arbeidet er i gang og det skal være implementert i løpet av 2010, jf. direktivets artikkel 20(1). Det er fremdeles uklart hvilken utforming de norske bestemmelsene vil få. Jeg forutsetter imidlertid i det følgende at de gis samme ordlyd i norsk rett som i direktivet. Selv om artikkel 17(1) skulle vise seg å få en noe annerledes utforming i norsk rett, vil direktivbestemmelsen utgjøre en sentral

¹⁵ Møte i ”Det europeiske råd” (må ikke forveksles med ”Rådet for den europeiske union”)

¹⁶ The Hague Programme - strengthening freedom, security and justice in the European Union (2008)

¹⁷The European Pact on Immigration and Asylum

rettskildefaktor når innholdet i den norske bestemmelsen skal fastlegges. En fastlegging av hvordan direktivbestemmelsene må tolkes som uttrykk for norsk rett vil derfor uansett være av interesse for forståelsen av den kommende norske gjennomføringsloven.

Med dette som utgangspunkt vil jeg ta i bruk rettsdogmatisk metode for å fastlegge innholdet av ”shortest appropriate period of time” etter direktivets artikkel 17(1). Ettersom det er returdirektivet som uttrykk for norsk rett som skal fastlegges er det Høyesteretts metode som må legges til grunn. Høyesteretts metode vil imidlertid variere avhengig av hva slags bestemmelse som tolkes. Jeg vil i de følgende avsnitt redegjøre for Høyesteretts metode når det gjelder tolking av EU-lovgivning implementert i norsk rett (pkt. 1.5.1). Jeg vil også redegjøre for Høyesteretts metode ved tolkingen av EMK (pkt. 1.5.2) og Barnekonvensjonen (pkt. 1.5.3) da bestemmelser i disse konvensjonene utgjør viktige rettskildefaktorer for tolkingen av direktivet. Oppgaven behandler forholdet mellom forskjellige internasjonale rettskilder, hvorav to er tilknyttet internasjonale domstoler.¹⁸ Dette gir opphav til en rekke særspørsmål i tilknytning til valg av metode. Jeg vil derfor vie noe mer plass til metodiske spørsmål enn en oppgave av dette omfang skulle tilsi.

1.5.1 Valg av metode for tolkingen av direktivet som uttrykk for norsk rett

Jeg vil i dette avsnittet ta stilling til hvilke prinsipper som skal legges til grunn for tolkingen av direktivet som uttrykk for norsk rett. Ved tolkingen av norsk rett er det Høyesteretts metode som må legges til grunn. For å fastlegge innholdet i denne metoden vil jeg ta utgangspunkt i EF-domstolens metode.

Grunnen til at jeg vil ta utgangspunkt i EF-domstolens metode til tross for at det er innholdet av en tenkt norsk lov som skal fastlegges, er at bestemmelsene som skal tolkes har sitt opphav i et EU-direktiv. Når slike lovbestemmelser skal tolkes er det grunn til å anta at Høyesterett i sin tolking vil legge seg så tett opp til EF-domstolens metode som

¹⁸ EF-domstolen og Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

mulig. Dette er i tråd med presumsjonsprinsippet¹⁹, som innebærer at norsk lov presumeres å samsvare med Norges folkerettslige forpliktelser. Prinsippet om direktivkonform tolking som er utviklet i EU-retten, og som også gjelder på EØS-rettens område, kan ikke direkte overføres til norsk Schengen-lovgivning, men Høyesterett har i Finanger I-dommen fastslått at det norske presumsjonsprinsippet strekker like langt.²⁰ Et av hovedformålene bak Schengen-samarbeidet er regelharmonisering i samarbeidsstatene. Dette tilsier at de relevante reglene tolkes likt i alle statene. Tatt i betraktning EF-domstolens særlige autoritet som lovtolker innenfor EU, vil harmoniseringsformålet best kunne realiseres dersom Høyesterett anlegger samme metode som EF-domstolen når Schengen-regelverk skal tolkes.

Også utkastelsesklausulen i Schengen-avtalens artikkel 11 gir grunn til å anta at Høyesterett vil legge seg tett opptil EF-domstolens metode. Bestemmelsen innebærer at Norge kan kastes ut av samarbeidet dersom det oppstår ”a substantial difference” i rettspraksis mellom EF-domstolen og domstolene i Norge, og partene ikke kan enes om rettsanvendelsen, jf. avtalens artikkel 11 jf. artikkel 10 nr. 2.²¹ Utkastelsestrusselen legger et press på norske domstoler da en tolkning av Schengen-regelverk som avviker fra EF-domstolens tolkning kan sette hele samarbeidet i fare. Riktignok kan Stortinget bringe motstriden ut av verden gjennom lovendring, men det må antas at Høyesterett helst vil unngå å sette lovgiver i en slik tvangssituasjon og av den grunn vil legge seg så tett opptil EF-domstolens metode som mulig.²² Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt da Høyesterett rettslig sett står fritt i sin rettsanvendelse, jf. Grl. § 88. Dertil kommer at utkastelse i henhold til Schengen-avtalen først er aktuelt der forskjellen i rettspraksis er ”substantial”. Avtalen levner dermed uttrykkelig Høyesterett et visst spillerom når det gjelder tolkingen av Schengen-relevant lovgivning. Ettersom returdirektivet ikke er implementert i norsk rett foreligger det foreløpig ingen norske rettskildefaktorer tilknyttet

¹⁹ Eckhoff (2001) s. 310

²⁰ Rt. 2000.1811 (Finanger I) s. 1826 og 1829

²¹ Boe (1999) s. 92

²² *ibid.* s. 92

bestemmelsene. Det er derfor for denne drøftelsens vedkommende lite som skulle tilsi at Høyesterett vil anlegge en metode som avviker fra EF-domstolens metode.

1.5.1.1 Hva metoden innebærer

EF-domstolens avgjørelse i sak 283/81 CILFIT²³ inneholder en oppsummering av EU-rettens tolkningsprinsipper; for det første må det foretas en sammenlikning av de forskjellige språklige versjonene som foreligger, da samtlige av disse er autoritative.²⁴ EU-rettens begreper er dessuten autonome og kan ikke nødvendigvis forstås slik som likelydende bestemmelser i nasjonal rett.²⁵ Endelig skal EU-reglene ”vurderes i deres rette sammenheng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens utviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse”.²⁶ Som dommen viser er bestemmelsenes rettslige kontekst og formålsbetraktninger viktige rettskildefaktorer. Rettspraksis fra EF-domstolen viser at det i noen grad legges vekt på sekundærlovgivningens forarbeider.²⁷ Også etterfølgende uttalelser fra EU-organer har vært tillagt vekt.²⁸ Etersom direktivet er svært nytt foreligger det foreløpig ingen rettspraksis fra EF-domstolen som omhandler direktivet. Jeg har heller ikke funnet rettspraksis fra beslektede områder av interesse for tolkningen. EF-domstolens praksis vil derfor ikke ha noen plass i drøftelsen av de materielle spørsmålene oppgaven reiser. Den vil imidlertid være av betydning når den EU-rettslige metode skal fastlegges og vil derfor i noen grad behandles.

Jeg vil gjøre nærmere rede for rettskildefaktorenes relevans og vekt i forbindelse med drøftelsen av hver enkelt faktor under oppgavens pkt. 2.

²³ Sag 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet

²⁴ *ibid.* premiss 18

²⁵ *ibid.* premiss 19

²⁶ *ibid.* premiss 20

²⁷ Arnesen (1995) s. 44-46 og Wegener (2000) s. 309-310

²⁸ Sag C-322/88 Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles premiss 18

1.5.2 Valg av metode for tolkingen av EMK

Jeg vil i dette avsnittet redegjøre for hvilken metode som må anlegges ved tolkingen av EMK artikkel 5(1) og hva denne metoden innebærer. Da EMK for denne oppgavens vedkommende vil være av betydning som tolkningsfaktor for den norske implementeringsloven til returdirektivet, er det Høyesteretts metode for tolking av konvensjonen som må fastlegges.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter kalt EMD eller Menneskerettighetsdomstolen) er håndhevingsorgan for EMK og øverste autoritet for tolkingen av denne. EMDs metode vil derfor være et naturlig utgangspunkt når statenes forpliktelser etter EMK skal fastlegges. Høyesterett har slått fast at norske domstoler skal benytte EMDs metode ved tolkingen av EMK, men at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen.²⁹ Utgangspunktet for Høyesteretts anvendelse av konvensjonen vil altså være EMDs metode, men som det fremgår av reservasjonen om konvensjonsutvikling, vil Høyesterett antakelig være varsom med å anlegge en like dynamisk tolkningsstil som EMD.

Et viktig spørsmål er hvilken betydning det får for Høyesteretts metode at EMK, slik som her, skal anvendes som tolkningsfaktor for implementeringsloven til et Schengen-direktiv. Som nevnt vil utgangspunktet for Høyesteretts tolking av direktivet være EF-domstolens metode. Dette tilsier at Høyesterett også ser hen til den metoden EF-domstolen anlegger når den skal tolke EMK. Så vidt vites har EF-domstolen ikke kommet med generelle uttalelser om metoden den benytter ved tolkingen av EMK. Det er derfor noe uklart hvordan EF-domstolen vil forholde seg til EMD-praksis. Det finnes imidlertid flere avgjørelser der EF-domstolen har lagt vekt på EMDs avgjørelser. I EF-domstolens dom i saken *Rechnungshof mot Österreichischer Rundfunk m.fl.*³⁰ legges det vesentlig vekt på

²⁹ Rt. 2002.557 (Dobbeltstraff I) side 565, se også Rt. 2001.1006 (KRL-dommen) side 1016 og Rt. 2000.996 (Bøhlerdommen) side 1006-1008

³⁰ Sag C-465/00 Rechnungshof mod Österreichischer Rundfunk m.fl.

EMDs praksis rundt EMK artikkel 8 ved tolkningen av en direktivbestemmelse.³¹ Så vidt vites finnes ingen avgjørelser der EF-domstolen uttrykkelig har fraveket EMDs tolkninger. Den lojaliteten EF-domstolen så langt har vist overfor EMDs avgjørelser taler for at EF-domstolen i hvert fall i utgangspunktet vil anvende samme metode som EMD når EMK skal tolkes. Konklusjonen må være at EMDs metode vil være et godt utgangspunkt når forpliktelsene etter EMK skal fastlegges i denne oppgaven. EF-domstolens metode vil etter dette bare bli behandlet der det er grunn til å tro at denne vil avvike fra Høyesteretts metode.

1.5.2.1 Hva metoden innebærer

EMD har slått fast at Wien-konvensjonens³² artikkel 31 må anses som alminnelig folkerett ("generally accepted principles of international law")³³, og at EMK må tolkes i lys av denne bestemmelsen.³⁴ Artikkel 31 slår fast at konvensjoner skal tolkes "in good faith" med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av teksten. Dette gjelder med mindre partene var enige om å tillegge et uttrykk en spesiell mening. Konvensjonen skal også tolkes i lys av konteksten og konvensjonens formål.

Wien-konvensjonen om traktatretten nevner ikke rettspraksis som relevant rettskildefaktor. Likevel ser man at EMD rent faktisk legger stor vekt på egne avgjørelser ved tolkingen av EMK.³⁵ Menneskerettighetsdomstolen ser ikke ut til å bry seg med å argumentere for betydningen av egen praksis som rettskildefaktor, men en viss rettskildemessig betydning kan antakeligvis utledes fra konvensjonens artikkel 30.³⁶ Denne krever at en sak skal henvises til storkammer når den kan få et resultat som er uforenlig med en tidligere avsagt

³¹ Se også Sag 374/87 Orkem mod Kommissionen

³² Wien-konvensjonen om traktatretten

³³ Golder v. United Kingdom para. 29

³⁴ ibid. para. 29, se også Bankovic and Others v. Belgium and Others para. 55

³⁵ Høstmølingen (2003) s. 93-94

³⁶ ibid. s. 94

dom. Det foreligger en omfattende praksis fra EMD rundt konvensjonens artikkel 5(1) litra f, og rettspraksis vil derfor ha en sentral plass i drøftelsen av denne bestemmelsen.

1.5.3 Valg av metode for tolkingen av Barnekonvensjonen

Jeg vil i dette avsnittet redegjøre for hvilken metode som må anlegges ved tolkingen av Barnekonvensjonen og hva denne metoden innebærer. Som for EMK er det også her Høyesteretts metode for tolkingen av Barnekonvensjonen som må fastlegges da det er som tolkningsfaktor for implementeringsloven til returdirektivet at konvensjonen har betydning i denne oppgaven.

Ettersom Barnekonvensjonen får betydning som tolkningsfaktor for Schengen-lovgivning, må Høyesterett også se hen til EF-domstolens metode for tolkingen av Barnekonvensjonen. Dette er en konsekvens av at Høyesterett, som foran fastslått, vil legge seg så nær opp til EF-domstolens metode som mulig når EU-relevant lovgivning skal tolkes.

1.5.3.1 Hva metoden innebærer

Høyesterett har i Rt. 2009 side 1261 uttalt seg om tolkingen av Barnekonvensjonen. Det følger av avgjørelsen at Barnekomiteens generelle kommentarer må tillegges vekt når konvensjonen skal tolkes.³⁷ Videre fremgår det at Barnekomiteens ”concluding observations” og ”recommendations” er relevante rettskildefaktorer.³⁸

EF-domstolen har uttalt følgende i sak C-188/91:

”Since measures emanating from bodies which have been established by an international agreement of that type, and which have been entrusted with responsibility for its implementation, are directly linked to the agreement which

³⁷ Rt. 2009.1261 avsnitt 41-44

³⁸ *ibid.* avsnitt 63 og 65-67

they implement, they form part of the Community legal order”³⁹ og at “[the national courts] are [...] obliged to take them into consideration in order to resolve disputes submitted to them, especially when, as in this case, they are of relevance in interpreting the provisions of the Convention.”⁴⁰

Denne saken gjaldt riktignok tolkingen av en konvensjon som EU (daværende ”det europeiske økonomiske fellesskap”) selv var part i, men prinsippet må gjelde også ellers. Grunnen til å legge vekt på slike organers uttalelser må nettopp være deres nære tilknytning til-, og særlige ansvar for håndhevelsen gitt i medhold av, konvensjonen som skal tolkes. En slik forståelse ser ut til å ha støtte i norsk juridisk litteratur.⁴¹ Barnekomiteen har en slik særlig posisjon i forhold til Barnekonvensjonen, og det er grunn til å regne med at også EF-domstolen vil legge vekt på komiteens tolkningsuttalelser. På bakgrunn av dette legger jeg til grunn at EF-domstolens metode med hensyn til tolking av Barnekonvensjonen ikke avviker nevneverdig fra Høyesteretts metode slik den fremgår av Rt. 2009 side 1261. EF-domstolens metode vil etter dette kun behandles særskilt der det er holdepunkter for at denne vil avvike fra Høyesteretts metode.

I denne oppgaven vil jeg også se hen til ”United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty” (JDL-reglene)⁴² som inneholder retningslinjer knyttet til frihetsberøvelse av barn. Når det gjelder slike ”guidelines” og ”rules” fra FNs Generalforsamling må utgangspunktet være at disse ikke vil ha nevneverdig rettskildemessig vekt ved tolkingen av Barnekonvensjonen, verken for Høyesterett eller EF-domstolen. Dette skyldes for det første at regelsettene ikke er rettslig bindende og at de ikke skriver seg fra det organet som primært er satt til å håndheve eller overvåke

³⁹ Sag C-188/91 Deutsche Shell AG mod Hauptzollamt Hamburg-Harburg premiss 17

⁴⁰ *ibid.* premiss 18

⁴¹ Vevstad (2007) s. 285

⁴² The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty

Barnekonvensjonen.⁴³ Konvensjonen er imidlertid også vedtatt av FNs Generalforsamling. At vedtakelsesorganet i dette tilfellet er det samme, taler for at JDL-reglene tillegges en viss relevans som tolkningsfaktor.

Så vidt vites har Høyesterett ikke tatt stilling til denne typen reglers betydning som tolkningsfaktor for konvensjonen. Reglene ble påberopt i Rt. 2005 side 33, men Høyesterett tok ikke stilling til spørsmålet. Det er etter dette uklart om de har noen rettskildevekt. At reglene er utarbeidet av FN og vedtatt av FNs generalforsamling, må imidlertid antas å gi dem en viss autoritet, hvilket taler for at de vil bli tillagt noe vekt, i alle fall i kraft av sin argumentasjon.

Jeg vil gjøre nærmere rede for hver enkelt rettskildefaktors relevans og vekt etter hvert som den enkelte faktor behandles under oppgavens pkt. 2

1.5.4 Høyesterettspraksis og juridisk litteratur i denne oppgaven

Ettersom det er returdirektivet som uttrykk for norsk rett som er gjenstand for denne oppgaven vil også Høyesterettspraksis om EMK og Barnekonvensjonen være en relevant rettskildefaktor.

Juridisk litteratur vil ha en relativt beskjeden plass i denne fremstillingen, men vil likevel være av stor betydning for oppgaven som informasjonskilde til relevante rettskildefaktorer og gode argumenter. Der jeg har brukt forfatterens egne resonneringer og konklusjoner har jeg henvist til dette i noter. Jeg har ikke funnet noen litteratur som går i dybden av begrepet ”shortest appropriate period of time”. Oppgaven er basert på nordisk-, engelsk- og spanskspråklig litteratur.

⁴³ Jf. uttalelser fra EF-domstolen i sag C-188/91 Deutsche Shell AG mod Hauptzollamt Hamburg-Harburg premiss 17 sitert ovenfor og Høyesteretts resonnering i Rt.2009.1261 avsnitt 41-44

2 Internering av enslige mindreårige utlendinger – forståelsen av ”shortest appropriate period of time” etter direktivets art. 17(1)

I dette kapitlet vil jeg fastlegge innholdet i begrepet ”shortest appropriate period of time” i returdirektivet artikkel 17(1). Jeg tar utgangspunkt i direktivteksten og andre EU-rettslige tolkningsfaktorer. Deretter vil jeg foreta en tolkning av Barnekonvensjonen og EMK og redegjøre for hvilken betydning disse får som tolkningsfaktorer for returdirektivet.

2.1 Direktivet

2.1.1 Direktivets ordlyd

Ordlyden er et naturlig utgangspunkt for tolkningen av direktivet. Dette følger av tradisjonell norsk juridisk metode⁴⁴ og må også gjelde for metoden benyttet ved EF-domstolen.⁴⁵ Det er direktivteksten som er endelig vedtatt av Europaparlamentet og Rådet, og den utgjør derfor resultatet av den legislative prosessen som har foregått.

Ordlydsfortolkning i EF-domstolen skiller seg imidlertid noe fra ordlydsfortolkning etter tradisjonell norsk juridisk metode. Dette har blant annet sammenheng med at EU-regelverk utarbeides på samtlige av medlemsstatenes språk, og at alle versjonene er autoritative.⁴⁶ Dette vanskeliggjør en bokstavtro fortolkning da de språklige forskjellene ofte vil ha litt ulikt innhold. Det er begrepenes fellesskapsrettslige mening man må søke å finne gjennom ordlydsfortolkningen.⁴⁷ De forskjellige språklige versjonene må derfor holdes opp mot hverandre når et begrep skal tolkes.⁴⁸

⁴⁴ Eckhoff (2001) s. 54-64

⁴⁵ Wegener (2000) s. 306

⁴⁶ *ibid.* s. 306

⁴⁷ *ibid.* s. 306

⁴⁸ Sag 283/81 CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet premiss 18

Det følger av direktivets artikkel 17(1) at enslige mindreårige utlendinger skal holdes i fengslig forvaring ”for the shortest appropriate period of time”. Den valgte formuleringen er skjønnsmessig. Fengslingstiden må ligge innenfor det som kan anses som ”appropriate”.

”Appropriate” kan blant annet oversettes med ”passende, formålstjenlig og hensiktsmessig”.⁴⁹ Begrepet gir imidlertid dårlig veiledning når fengslingstiden skal fastsettes i det konkrete tilfellet. Vurderingen vil slå forskjellig ut avhengig av hvilke formål eller interesser som tas med i vurderingen, og vektleggingen av disse. En hensiktsmessig løsning for utlendingsmyndigheten vil ikke nødvendigvis være spesielt hensiktsmessig for barnet. Hvis interesse som skal stå i sentrum for vurderingen, og hvilke momenter det er relevant å vektlegge i en slik vurdering kan ikke utledes av ordlyden.

I den danske versjonen av direktivet er uttrykket oversatt med ”kortest mulige passende”. Også denne versjonen er autoritativ og har derfor samme rettskildevikt som den engelske. Den danske teksten gir noe mer veiledning i forhold til hvilke hensyn som er relevante når fengslingstiden skal fastsettes. Grunnen er at den danske teksten både viser til hva som er ”passende” og hva som er ”mulig” til forskjell fra den engelske teksten som kun viser til ”appropriate”. Også ”passende” og ”mulig” er skjønnsmessige termer, og det er vanskelig å si noe konkret om innholdet i uttrykkene uten å vite hvilke kriterier som er relevante i vurderingene.

Ordlyden i direktivets artikkel 17(1) gir holdepunkter for å konkludere med at barn kun skal være underlagt frihetsberøvelse i kort tid. Den konkrete fengslingstiden vil bero på hva som er mulig og hva som er passende. Hvilke kriterier det skal legges vekt på i vurderingen av hva som er mulig og passende er det imidlertid ikke mulig å utlede fra bestemmelsens ordlyd.

⁴⁹ Kunnskapsforlagets norsk-engelsk ordbok (ordnett.no)

2.1.2 Konteksten

Artikkel 17(1) må imidlertid tolkes i lys av de øvrige bestemmelsene i direktivet. EF-domstolen er kjent for i stor grad å benytte en teleologisk tolkingsmetode, dvs. en tolking der blant annet EU-rettslig kontekst tillegges stor vekt.⁵⁰

Det følger av artikkel 15(1) annet punktum, som gjelder fengsling etter direktivet generelt, at "[a]ny detention shall be for as short a period as possible". Etter en naturlig språklig forståelse, skal altså enhver fengsling være så kortvarig som mulig. Til tross for at artikkel 15 omfatter både barn og voksne, har man valgt å innta en særbestemmelse i artikkel 17(1) som spesifikt retter seg mot fengsling av barn. Eksistensen av artikkel 17(1) gir i seg selv holdepunkter for at den vurderingen det her gis anvisning på, i hvert fall ikke skal være mindre gunstig for utlendingen enn den som foretas etter artikkel 15(1) annet punktum. At ordlyden i artikkel 17(1) avviker fra den i artikkel 15(1) taler for at vurderingene vil stille seg noe forskjellig, og tatt i betraktning barns særlige sårbarhet og beskyttelsesbehov er det grunnlag for å hevde at førstnevnte bestemmelse setter strengere grenser for fengslingstiden enn det som følger av artikkel 15(1) annet punktum. Sett i sammenheng med artikkel 15(1) bør artikkel 17(1) forstås slik at fengslingstiden i alle tilfelle skal være kortest mulig, og der den fengslede er et barn, skal interneringslengden heller ikke overstige det som er passende for barnet. En annen tolkning ville ha fratatt artikkel 17(1) selvstendig betydning.

Av artikkel 17(5) fremgår det at "The best interests of the child shall be a primary consideration in the context of the detention of minors pending removal". Dette plasserer hensynet til barnets beste i sentrum av vurderingen av hva som er "appropriate period of time". Valget av ordlyd, "a primary consideration" (min utheving), gjør det imidlertid klart at hensynet kun er et av flere mulige sentrale hensyn som skal med i vurderingen. Ordlyden er således ikke til hinder for at også innvandringspolitiske hensyn og hensynet til en eventuell allmennpreventiv effekt tillegges betydelig vekt. Viktigheten av hensynet til

⁵⁰ Sag 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot Sundhedsministeriet premiss 20, se også Sag 327/82 Ekro mod Produktschap voor Vee en Vlees premiss 11 og Sag 17/76 Brack mod Insurance Officer premiss 19

barnets beste understrekes for øvrig i artikkel 5(1) litra a der medlemsstatene pålegges å ha hensynet for øye under implementeringen av direktivet. At hensynet til barnets beste skal være et viktig hensyn ved implementeringen av direktivet, tilsier at hensynet gis tilsvarende vekt som tolkningsfaktor.

Barnets interesser vil etter dette måtte stå sentralt når grensene skal trekkes for hva som anses å være ”appropriate”. ”Barnets beste” – vurderingens nærmere betydning for fastsettelsen av fengslingstid etter direktivets artikkel 17(1) vil behandles under pkt. 2.2.3 om Barnekonvensjonens artikkel 3 som tolkningsfaktor.

Artikkel 17(1) må også sees i sammenheng med de absolutte tidsgrensene direktivet oppstiller. Det følger av direktivets artikkel 15(5) annet punktum at statene skal fastsette en grense for fengsling etter direktivet som ikke kan overstige 6 mnd. Av bestemmelsens sjette ledd følger imidlertid at fengslingen, etter nærmere angitte vilkår, kan forlenges, men ikke utover 12 nye måneder. Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd overfor alle som omfattes av direktivet, uavhengig av alder. Bestemmelsen må derfor innebære at fengslingstiden i forhold til barn i hvert fall ikke kan overstige 18 måneder. Videre taler den for at fengsling av barn i inntil 18 måneder etter omstendighetene vil kunne være lovlig. Det kan imidlertid også argumenteres for det motsatte. Artikkel 17(1) er en spesialbestemmelse for mindreårige, og fengslingslengden skal etter denne settes til ”the shortest appropriate period of time”. Det kan ikke utelukkes at man på bakgrunn av denne bestemmelsen må oppstille en absolutt grense med hensyn til fengslingslengden som er kortere enn det som gjelder for voksne etter artikkel 15(5) og (6). Direktivets ordlyd gir imidlertid ikke holdepunkter for å oppstille et slikt absolutt skille mellom barn og voksne, noe som tyder på at det også vil kunne være legitimt å frihetsberøve barn i inntil 18 måneder.

Artikkel 15(1) inneholder grunnvilkårene for utlendingsrettslig frihetsberøvelse. Disse gjelder all fengsling uavhengig av utlendingens alder. For det første fremgår det at fengsling først er aktuelt der andre mindre inngripende ordninger er utilstrekkelige. Dernest

følger det av bestemmelsen at internering kun kan skje overfor en utlending som er "the subject of return procedures in order to prepare and/or carry out the removal process [...]". I det øyeblikk den fengslede ikke lenger er gjenstand for slike prosedyrer opphører fengslingen å være lovlig, jf. bestemmelsens første ledd som sier at "any detention shall be [...] only maintained as long as removal arrangements are in progress and executed with due diligence". Dette vilkåret stiller etter sin ordlyd krav til aktiv og effektiv innsats fra myndighetenes side med sikte på utsendelse. Bestemmelsen får altså betydning ikke bare for fengslingsbeslutningens lovlighet, men også for hva som kan anses som lovlig lengde av frihetsberøvelsen.

Direktivet ser ved første øyekast ut til å oppstille ytterligere to alternative fengslingsvilkår i artikkel 15(1) litra a og b knyttet til henholdsvis unndragelsesfare, jf. "risk of absconding", og utlendingens motarbeidelse av returprosessen, jf. "the third-country national concerned avoids or hampers the preparation of return or the removal process". Disse kan imidlertid ikke anses som vilkår, men eksempler på situasjoner der frihetsberøvelse er særlig aktuelt, noe som fremgår av at eksemplene innledes av begrepet "in particular when:". Direktivet utelukker med andre ord ikke frihetsberøvelse av andre grunner, men understreker at i situasjoner som dem i litra a og litra b er fengsling i hvert fall høyst aktuelt.

Fengslingsvilkårene i direktivets artikkel 15(1) må leses i lys av EMK artikkel 5(1) som inneholder en regulering av lovlige fengslingsgrunnlag. Drøftelsen av EMK artikkel 5(1) og dennes betydning for tolkningen av returdirektivet vil imidlertid bli behandlet under pkt. 2.3

Det følger av returdirektivets artikkel 1 at "[t]he Directive sets out common standards and procedures [...] in accordance with fundamental rights as general principles of Community law as well as international law, including refugee protection and human rights obligations". Angivelsen av rettigheter favner etter sin ordlyd svært vidt og begrenser seg ikke til de rettigheter som kan anses som generelle prinsipper i EU-retten. Bestemmelsen angir ikke klare grenser for hvilke rettigheter som omfattes, men mye taler for at både

EMK og Barnekonvensjonen faller innenfor. Begge konvensjonene har total oppslutning blant Schengens medlemsstater, og de inneholder rettigheter av svært fundamental karakter. Bestemmelsen må tolkes som en presumsjon for at direktivet er i overensstemmelse med de nevnte rettighetene. For fastsettelsen av fengslingstid etter returdirektivets artikkel 17(1) vil Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b og EMK artikkel 5(1) derfor være relevante tolkningsfaktorer.

En tolkning av artikkel 17(1) i sin rettslige kontekst, gir holdepunkter for å legge til grunn at ”shortest appropriate period of time” etter artikkel 17(1) aldri kan overstige 18 måneder. Fengslingslengden kan heller ikke strekke seg utover den tid myndighetene gjør en aktiv og effektiv innsats med sikte på utsendelse. I vurderingen av hva som er ”shortest appropriate period of time” skal ”the best interests of the child” være et grunnleggende hensyn, men ikke nødvendigvis det eneste. Dessuten fremgår det av konteksten at artikkel 17(1) må tolkes i lys av EMK artikkel 5(1) og Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b.

2.1.3 Formålsbetraktninger

Når det gjelder formålsbetraktninger vil det for returdirektivets vedkommende være informasjon å finne om dette i direktivets fortale. Returdirektivets fortale berører i stor grad forholdet mellom direktivet og menneskerettighetene, og den gir informasjon om overordnede hensyn og normer som skal vektlegges under implementeringen og praktiseringen av direktivet. Fortalen utgjør en viktig tolkningsfaktor i denne oppgaven. Også direktivets artikkel 1 inneholder slik informasjon, men ettersom jeg allerede har behandlet denne bestemmelsen under kontekst-avsnittet vil jeg ikke i nevneverdig grad gå inn på denne her.

EF-domstolen legger gjennomgående stor vekt på formålsbetraktninger ved tolkingen av sekundærlovgivning.⁵¹ Ved å legge vekt på bestemmelsenes formål sikrer Domstolen EU-

⁵¹ Sag 283/81Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet premiss 20 og Sag 14/69 Markus & Walsh mod Haputzollamt Hamburg-Jonas premiss 6

rettens effektivitet og bidrar i integrasjonsprosessen.⁵² Ved siden av fortalen vil også annen EU-rettslig primær- eller sekundærlovgivning så vel som forutsatte overordnede formål og prinsipper innen EU-systemet være relevante kilder når bestemmelsens formål skal fastlegges.⁵³ EF-domstolens avgjørelse i sak 14/69⁵⁴ er et av flere eksempler på at sekundærlovgivningens fortale tillegges vekt som tolkningsfaktor.⁵⁵

Også Høyesterett legger gjennomgående stor vekt på formålsbetraktninger⁵⁶, om enn i noe mindre grad enn EF-domstolen. I norsk rett opereres det ikke med fortaler, men lovens formål søkes til gjengjeld ofte i forarbeidene.⁵⁷ Når Høyesterett skal tolke lovbestemmelser som har sitt utspring i EU-lovgivning er det imidlertid nærliggende å søke informasjon om formålet i fortalen nettopp fordi det ofte vil være svar å finne der. Som beskrevet i metodekapitlet vil Høyesteretts utgangspunkt for direktivtolkingen være EF-domstolens metode. Dette tilsier at også Høyesterett benytter fortalen som rettskildefaktor.

2.1.3.1 Fortalen

Det følger av fortalens pkt. 16 at "[t]he use of detention for the purpose of removal should be limited and subject to the principle of proportionality with regard to the means used and objectives pursued". Formuleringen gir uttrykk for et overordnet prinsipp som etter sin ordlyd får betydning for alle sider ved fengslingen, herunder lengden av fengslingen. Fastsettelsen av "shortest appropriate period of time" i det enkelte tilfellet må etter dette være gjenstand for en proporsjonalitetsvurdering der fengslingens lengde må stå i rimelig forhold til det formål som søkes oppnådd ved fengslingen. Det er noe uklart hva det siktes

⁵² Engsig Sørensen (2004) s. 122

⁵³ Sag 17/76 Brack mod Insurance Officer premiss 19 (tolking i lys av forordningens ånd og Romatraktatens mål) og Sag 9/67 Colditz mod Caisse d'assurance (tolking i lys av hjemmelsbestemmelsene i Romatraktaten og en annen forordning)

⁵⁴ Sag 14/69 Markus & Walsh mod Hauptzollamt Hamburg-Jonas

⁵⁵ *ibid.* premissene 6, 8, 10 og 12

⁵⁶ Eckhoff (2001) s. 101-104

⁵⁷ *ibid.* s. 101-104

til med "objectives pursued" og dermed hvilke interesser som skal veies mot hverandre i proporsjonalitetsvurderingen. Bak enhver fengsling etter returdirektivet vil det ligge et utsendelsesformål. Hvis det utelukkende er dette formålet "objectives pursued" refererer til vil proporsjonalitetsvurderingen være den samme for alle som fengsles. Etter en slik forståelse ville proporsjonalitetsvurderingen i så fall miste noe av sin betydning ettersom utfallet av vurderingen ville måtte bli det samme ved alle fengslinger etter direktivet. Dette gir holdepunkter for å anta at "objectives pursued" også omfatter myndighetenes formål bak den enkelte utsendelse. Det kan tenkes mange hensyn som tilsier utsendelse. Hensynet til rikets sikkerhet eller ønsket om å oppnå en allmennpreventiv effekt kan nevnes som eksempel. Begrepets uforming gir imidlertid få holdepunkter for en konklusjon i den ene eller annen retning.

I fortalens pkt. 24 slås det fast at direktivet "[...]respects the fundamental rights". Dette kan tolkes som en presumsjon for at direktivet er i overensstemmelse med de internasjonale menneskerettighetene, og disse vil følgelig være av betydning for forståelsen av direktivets bestemmelser. Riktignok trekkes kun Det europeiske menneskerettscharteret⁵⁸ (heretter kalt Charteret eller Menneskerettscharteret) uttrykkelig frem i teksten, men den generelle henvisningen til "the fundamental rights" taler for at også øvrige menneskerettigheter er omfattet. En slik forståelse underbygges av direktivets artikkel 1 der det heter at direktivet etablerer felles standarder og prosedyrer i overensstemmelse med "[...]fundamental rights as general principles of Community Law as well as international law, including refugee protection and human rights obligations".

Det kan spørres om det har noen særlig betydning for tolkningen hvorvidt det er referert til folkeretten generelt og ikke bare til Menneskerettscharteret i fortalens pkt. 24. For artikkel 17(1) vedkommende er det først og fremst EMK artikkel 5 litra f og Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b fra folkeretten som potensielt kan komme i konflikt med bestemmelsen da disse har overlappende virkeområde. Charteret er i hovedsak basert på EMK og mange

⁵⁸ The European Charter of Fundamental Rights

av bestemmelsene er likelydende. Charterets artikkel 6 lyder som følger: ”everyone has the right to liberty and security of person”. Ordlyden er identisk med den i EMK artikkel 5(1) første setning. EMK angir imidlertid en rekke grunnlag som legitimerer frihetsberøvelse, noe man har valgt å utelate i Charteret. Umiddelbart kan man få det inntrykk at Charteret er mer restriktivt enn EMK ettersom retten til frihet etter sin ordlyd er absolutt. Det er imidlertid åpenbart at Charterets artikkel 6 ikke kan forstås slik. Det er neppe noen som vil bestride at frihetsberøvelse i mange tilfelle vil være legitimt. Spørsmålet er hvilke grunnlag som skal anses legitime, noe Charteret er taust om. I realiteten er det EMK artikkel 5 som gir best beskyttelse ettersom den inneholder en uttømmende⁵⁹ regulering av hvilke grunnlag som kan legitimere en frihetsberøvelse, og på den måten setter en sperre for frihetsberøvelse på andre grunnlag.

På samme måte mangler Menneskerettscharteret en parallell til Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b, som gir en særregulering for frihetsberøvelse av barn. Charteret slår i artikkel 24(2) fast at ”the child’s best interests must be a primary consideration” i alle handlinger som berører barn, men utover dette finnes ingen bestemmelse som setter grenser i forhold til internering av barn. En henvisning i returdirektivets fortale til Menneskerettscharteret alene vil derfor gi en svakere beskyttelse enn en henvisning til menneskerettighetene generelt.

I realiteten vil nok ikke forskjellen bli så stor ettersom direktivets artikkel 17(1) av andre grunner uansett vil bli tolket i lys av Barnekonvensjonen og EMK; Som nevnt innføres trolig et slikt krav gjennom direktivets artikkel 1. Det følger dessuten av EU-traktaten⁶⁰ artikkel 6(3) at ”fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States” skal være grunnleggende prinsipper i EU-retten. Og EF-domstolen har slått fast at ”[r]espect for fundamental rights

⁵⁹ Jf. ordlyden i artikkel 5(1) annet pkt: ”No one [...] save in the following cases”

⁶⁰ The Treaty on European Union

forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice”.⁶¹ Det er vanskelig, ut fra artikkel 6(3) og rettspraksis, å trekke helt klare grenser for hvilke rettigheter som omfattes, utover de som finnes i EMK. Hvorvidt Barnekonvensjonen omfattes beror på om den kan klassifiseres som ”fundamental rights [...] as they result from the constitutional traditions common to the Member States”, jf. artikkel 6(3). Som tidligere nevnt er Barnekonvensjonen i stor grad bygd på EMK, og inneholder for en stor del de tradisjonelle førstegenerasjons-menneskerettighetene. Dertil kommer den nesten totale oppslutningen fra verdens stater, herunder alle EUs medlemsstater. Dette er sterke argumenter for at også Barnekonvensjonen faller inn under definisjonen av fundamentale rettigheter slik den er nedfelt i EU-traktatens artikkel 6(3). Helt uten betydning vil en henvisning i direktivets fortale likevel ikke være. En direkte henvisning i fortalen vil minne om og understreke de nevnte konvensjonenes vekt som tolkningsfaktor og sånn sett kunne innebære en faktisk styrking av disse. For andre traktaters vedkommende vil det kunne stille seg annerledes, særlig med hensyn til konvensjoner som ikke alle medlemsstatene har tiltrådt og som har en svakere posisjon enn EMK og Barnekonvensjonen. Her vil en henvisning i direktivets fortale kunne være av avgjørende betydning. For denne oppgavens vedkommende er det imidlertid EMK og Barnekonvensjonen som er relevante, og jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på problemstillingen her.

Fortalens pkt. 17 understreker viktigheten av at internasjonal rett overholdes i forhold til internerte utlendinger. Etter ordlyden skal utlendinger ”in detention [...] be treated with respect for their fundamental rights and in compliance with international [...] law”. Formuleringen retter seg ikke uttrykkelig mot fengslingsbeslutningen, men krever at behandlingen av (allerede) fengslede utlendinger skal skje i henhold til internasjonal rett. Riktignok avgjøres fengslingstiden som ledd i fengslingsbeslutningen, men det kan argumenteres for at ikke bare de materielle fengslingsforholdene, men også lengden av frihetsberøvelsen er et viktig element i behandlingen av den internerte.

⁶¹ Sag 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mod Einfuhr- og Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel premiss 4

I motsetning til pkt. 24 i fortalen som bare viser til ”fundamental rights”, taler fortalens pkt. 17 også om ”international law”, som er et mye videre begrep. Legger man til grunn at fengslingstiden også omfattes av bestemmelsen må direktivets artikkel 17(1) tolkes ikke bare i lys av de fundamentale rettighetene, men også all annen relevant internasjonal lovgivning. Et slikt skille mellom bestemmelser som angår fengsling og andre bestemmelser er for øvrig naturlig. Fengsling er det mest inngripende tiltaket direktivet gir anvisning på og bør sånn sett være gjenstand for strengere grenser. I teorien er skillet betydningsfullt, men i praksis er det vanskelig å finne eksempler på relevant internasjonal rett som ikke samtidig faller inn under ”fundamental rights” etter fortalens pkt. 24.

En annen sak er at fortalens pkt. 17 har liten selvstendig betydning ved siden av direktivets artikkel 1 som fastslår at direktivet etablerer felles standarder og prosedyrer “[...] in accordance with fundamental rights as general principles of Community law as well as international law[...]”. Denne begrenser seg, til forskjell fra fortalens pkt. 17, ikke til fengslingssituasjoner, men tillegger internasjonal rett betydning for tolkningen av direktivet i sin helhet. Når ”international law” likevel knyttes særlig opp til fengslingssituasjonen slik som i fortalens pkt. 17 tyder dette på at lovgiver har vurdert behovet for folkerettslig vern som særlig viktig under slike inngripende omstendigheter.

Av direktivets fortale pkt. 22 første punktum, fremgår det at ”[i]n line with the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child, the ’best interests of the child’ should be a primary consideration of Member States when implementing this Directive”. Ved å nedfelle dette i fortalen gjøres barnets beste til et grunnleggende hensyn på hele direktivets område. En svært liknende formulering følger som nevnt allerede av direktivets artikkel 17(5) for fengslings vedkommende, og fortalen får derfor liten selvstendig betydning for fastsettelsen av fengslingstiden for enslige mindreårige utlendinger. Det sier likevel noe om prinsippets betydning og vekt at det gjennom fortalen løftes opp på generelt nivå og må hensyntas ved implementeringen av hele direktivet, ikke bare i spørsmål som angår fengsling av mindreårige. Fortalens pkt. 22 første punktum er også viktig som tolkningsfaktor for direktivets artikkel 17(5). Mens artikkel 17(5) kun viser til ”the best

interests of the child”, knytter fortalen samme uttrykk direkte opp mot Barnekonvensjonen. Ser man artikkel 17(5) isolert er det ikke åpenbart at barnets-beste-vurderingen det der gis anvisning på er den samme som etter Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b. Sett i lys av fortalens pkt. 22 er det imidlertid nærliggende å legge til grunn at så er tilfelle.

Fortalen gir klart uttrykk for at fundamentale rettigheter vil være en viktig tolkningsfaktor for returdirektivets bestemmelser, herunder artikkel 17(1). Etersom henvisningene i fortalen til slike rettigheter er mange, og formuleringene er forskjellige, fremstår det som noe uklart hvilke fundamentale rettigheter som er omfattet. Som det fremgår av drøftelsen ovenfor er det likevel holdepunkter for at EMK og Barnekonvensjonen er omfattet. En slik forståelse understøttes dessuten av direktivets artikkel 1 og EU-traktatens artikkel 6(3), og det må derfor legges til grunn at returdirektivets artikkel 17(1) må tolkes i lys av EMK artikkel 5(1) og Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b. Dessuten gir fortalen anvisning på en proporsjonalitetsvurdering i forbindelse med internering. Hvilke av myndighetenes interesser det er legitimt å vektlegge i en slik vurdering er imidlertid uklart.

2.1.4 Direktivets forarbeider

Forarbeidene til returdirektivet består av flere dokumenter, hovedsakelig utarbeidet av Europakommisjonen, Europaparlamentet og Rådet for den europeiske union. Jeg vil ta utgangspunkt i Kommisjonens forslag⁶² da dette har tjent som grunnlag for behandlingen i de øvrige EU-organene. Dette vil jeg så holde opp mot Europaparlamentets merknader⁶³ til forslaget og det endelig vedtatte direktivet for å danne meg et bilde av hvilke argumenter og løsninger som har vært gjenstand for behandling, hva som er videreført og hva som er forkastet underveis. En slik sammenlikning vil kunne gi nyttig informasjon om det enkelte organs formål og intensjoner, og ikke minst om hvilke løsninger som har vært vurdert, men bevisst er blitt forlatt.

⁶² COM(2005)391final

⁶³ A6-0339/2007

Forarbeider tillegges normalt liten vekt ved tolking av EU-retten.⁶⁴ Dokumentene består for det meste av utkast til direktivtekst uten nærmere begrunnelse og argumentasjon for forslagene, hvilket i seg selv reduserer deres rettskildeverdi. Dessuten er selve kodesisjonsprosedyren, som har vært anvendt ved utarbeidelsen av returdirektivet, i stor grad bygget opp som en forhandlingsprosess mellom likestilte organer, Rådet og Parlamentet. Dette bærer forarbeidene tydelig preg av. Punkter det ikke er oppnådd enighet om mister således mye av sin verdi som rettskildefaktor.

Det foreligger imidlertid flere avgjørelser⁶⁵ fra EF-domstolen der forarbeider er tillagt vekt ved tolkingen av sekundærlovgivning, og de utgjør derfor en relevant rettskildefaktor som bør behandles i en oppgave som denne.

Kommisjonens forslag artikkel 5 annet pkt. og preambel pkt. 18 trekker frem hensynet til barnets beste som retningslinje for medlemsstatene ved implementeringen. Hensynet til barnets beste er videreført i direktivets artikkel 5(1) litra a og fortalens pkt. 22, riktignok uten uttrykkelig henvisning til Barnekonvensjonen i artikkel 5(1) slik Kommisjonen foreslo.

Man kan spørre seg hvorfor lovgiver valgte å fjerne henvisningen til Barnekonvensjonen fra selve direktivteksten og heller nøye seg med en henvisning til denne i fortalens pkt. 22 er det grunn til å anta at direktivets artikkel 5(1) må forstås på samme måte som den likelydende bestemmelsen i Barnekonvensjonens art. 3. Det kan imidlertid argumenteres for at henvisningen er utelatt fra selve direktivet nettopp for å oppnå en noe svakere tilknytning til Barnekonvensjonen. En henvisning til konvensjonen i selve direktivteksten ville unektelig etablere en sterkere tilknytning til konvensjonen med de konsekvenser dette ville innebære for EF-domstolens tolkningsfrihet. Ønsket om ikke å binde seg for tett til konvensjonen understøttes av ordlyden i fortalens pkt. 22 der det heter: **”In line with the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child, the ’best**

⁶⁴ Arnesen (1995) s. 45

⁶⁵ *ibid.* s. 44-46 og Wegener (2000) s. 309-310

interests of the child' should be a primary consideration [...]” (min uthevning). Hadde man ønsket en klar og sterk tilknytning til konvensjonen ville ”in accordance with”, som foreslått i kommisjonens forslag til artikkel 5, vært en mer egnet formulering. I hvilken grad direktivets artikkel 5(1) og Barnekonvensjonens artikkel 3 må forstås på samme måte er etter dette uklart, men dannelsen av en egen EU-rettslig norm forskjellig fra den i Barnekonvensjonen kan ikke utelukkes.

Henvisningen til Barnekonvensjonen i direktivets fortale er et faktum, og dette taler for at bestemmelsene i hvert fall i utgangspunktet tolkes likt. ”The best interests of the child” er imidlertid et svært skjønnsmessig begrep, og oppfatningene om hva som er til barnets beste kan variere. Det samme gjelder vektleggingen av hensynet til barnets beste i møte med andre motstridende interesser. Barnekonvensjonens og Barnekomiteens oppgave er i første rekke å styrke barnets rettigheter, og det må antas at komiteen vil strekke seg langt i vektleggingen av barnets interesser. Returdirektivet har til formål å ivareta en rekke andre hensyn, herunder innvandringspolitiske hensyn. Sett fra EU sin side er det kanskje ønskelig med en svakere vektlegging av hensynet til barnets beste enn det Barnekomiteen vil gå inn for. Nettopp avveiningen mellom slike motstridende interesser vil måtte være en sentral del av fastleggingen av ”shortest appropriate period of time” etter returdirektivets artikkel 17(1), og en svekket tilknytningen mellom konvensjonen og direktivet taler for at det må være rom for å legge noe mindre vekt på barnets beste der motstridende hensyn er tungtveiende.

Etter Kommisjonens forslag, er et av direktivets formål å innføre klare, transparente og rettferdige felles regler i medlemsstatene, som på lang sikt vil danne grunnlag for lik behandling av alle utlendinger uavhengig av hvilket land som utfører retur-proseduren, jf. forslagets explanatory memorandum pkt. 1 avsnitt 4 og 5. Mens klare, transparente og rettferdige regler er videreført som formål i direktivet, jf. fortalen pkt. 4, er målet om likebehandling utelatt. Utelatelsen kan skyldes at formålet anses så opplagt at en angivelse ville være overflødig. Lik behandling i alle medlemsstater er tross alt normalt selve grunnmotivet bak enhver regelharmonisering. Samtlige av hensynene tilsier klare, mindre

skjønnsmessige regler i forhold til fengslingstiden overfor barn, noe som vil bidra til å minimere praksisforskjeller landene imellom. Dessuten tilsier formålet at tillatt maksimumstid for fengsling ikke settes for høyt da dette gir statene større spillerom med tilsvarende økt fare for praksisforskjeller landene imellom. Det kan imidlertid ikke utelukkes at likebehandlingsformålet bevisst er utelatt fra direktivteksten fordi man ønsket å gi statene et større spillerom på direktivets område enn harmoniseringshensynet normalt skulle tilsi. Et slikt syn forsterkes av det faktum at likebehandling uttrykkelig var inntatt som formål i forarbeidene, men likevel ble unnlatt videreført. Dersom dette er tilfellet vil hensynet til likebehandling kanskje stå noe svakere, noe som tilsier at statene gis en større skjønnsmargin når fengslingstiden etter artikkel 17(1) skal fastlegges.

I Europaparlamentets rapport⁶⁶ (legislative resolution), amendment 23 foreslås inntatt i direktivets artikkel 5 et forbud mot tvungen retur og fengsling av enslige mindreårige. Dette er forlatt i det endelig vedtatte direktivet. Det må derfor kunne legges til grunn at et slikt forbud har vært vurdert hvorpå man har konkludert med at det foreligger et behov for å kunne fengsle også enslige mindreårige utlendinger. Forslaget viser at det også innad i EU-organene har gjort seg gjeldende motforestillinger mot fengsling av enslige mindreårige utlendinger, men at behovet for en fengslingsadgang har veid tyngst.

I rapportens amendment 67 foreslås inntatt i direktivet en egen bestemmelse med tittel ”Conditions of temporary custody for children and families”. Bestemmelsen skiller mellom enslige og ikke-enslige barn. Mens ikke-enslige barn skal kunne fengsles bare ”as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time”, skal enslige barn ikke fengsles, men gis ”accommodation” på institusjoner med personell og fasiliteter tilpasset barnets alder. Ideen om en egen bestemmelse som regulerer fengsling av barn er videreført i direktivets artikkel 17(1), men i tråd med forkastelsen av Europaparlamentets forslag om forbud mot fengsling av enslige mindreårige, er også disse omfattet av bestemmelsen.

⁶⁶ A6-0339/2007

Parlamentet foreslår også å sette maksimal fengslingstid til 3 måneder, med mulighet for utvidelse i ytterligere 15 måneder på nærmere vilkår, jf. rapportens amendment 60. Og Europaparlamentets mindretall forkaster rapporten blant annet med den begrunnelse at 18 måneders fengsling er overdrevent, og et sterkt inngrep i retten til personlig frihet, beskyttet av EMK, jf. ”Minority Opinion” i rapporten. Uttalelsene er uten rettskildeværdi i seg selv da de ikke ble tatt til følge, men de kan tjene som eksempel på den generelle motstand mot langvarig fengsling som har gjort seg gjeldende innad i EU gjennom vedtakelsesprosessen.

Gjennomgangen av forarbeidene viser at kravet om proporsjonalitet, hensynet til barnets beste og respekten for menneskerettighetene har vært vektlagt fra flere hold under hele direktivets tilblivelsesprosess. Europaparlamentet har gått lengst, blant annet gjennom sitt forbud mot fengsling av enslige mindreårige, men dette er forlatt under ”trilogene”/forhandlingene mellom Parlamentet og Rådet og dermed utelatt fra direktivet. De nevnte motforestillingene knyttet til fengsling av barn som har kommet til uttrykk i flere av dokumentene kan ikke tillegges rettskildevækt ved tolkningen av artikkel 17(1). Det må imidlertid antas at de i noen grad vil bli tatt i betraktning av medlemsstatene ved implementeringen og anvendelsen av bestemmelsene. Dette taler for at fengslingstiden begrenses til et minimum der det er aktuelt å fengsle en enslig mindreårig utlending. Det vil være fullt forenlig med ordlyden i direktivets artikkel 17(1) som gir stort rom for skjønn og som ikke setter noen nedre grense for fengslingslengden.

Hvorvidt ”the best interests of the child” og ”a primary consideration” i direktivets artikkel 5(1) skal tolkes på samme måte som den likelydende bestemmelsen i Barnekonvensjonens artikkel 3, sår forarbeidene også noe tvil om. Mye taler for at lik tolkning må være utgangspunktet, men at returdirektivet i noe større grad enn Barnekonvensjonen åpner for vektlegging av motstridende interesser. Dette får betydning når ”shortest appropriate period of time” etter direktivets artikkel 17(1) skal fastlegges.

2.1.5 Etterfølgende uttalelser/ Softlaw

Det skal også bemerkes at Europaparlamentet har kommet med etterfølgende uttalelser som tilsynelatende går i motsatt retning av det direktivet gir uttrykk for med hensyn til internering av mindreårige. Etterfølgende uttalelser gitt ved ikke-bindende rettsakter er rettslig uforpliktende for medlemsstatene. Det er ikke dermed sagt at slike uttalelser er uten betydning som tolkningsfaktor for EU-regelverk. EF-domstolen har i Grimaldi-saken⁶⁷ uttalt at:

*“The national courts are bound to take recommendations into consideration in order to decide disputes submitted to them, in particular where they cast light on the interpretation of national measures adopted in order to implement them or where they are designed to supplement binding Community provisions”.*⁶⁸

Saken gjaldt riktignok to anbefalinger fra Kommisjonen, men avgjørelsen viser at Domstolen ikke er fremmed for å tillegge en ikke-bindende uttalelse fra et EU-organ rettskildeverdi. I Johnston-saken⁶⁹ ble uttalelser i en felleserklæring fra Parlamentet, Rådet og Kommisjonen brukt som begrunnelse for at et direktiv måtte tolkes i lys av prinsippene bak EMK.⁷⁰ Det ble imidlertid ikke bare vist til felleserklæringen, men at samme løsning dessuten fulgte av Domstolens tidligere praksis.

At det innenfor EU er flere lovgivende organer som opptrer i fellesskap tilsier imidlertid at slike ikke-bindende rettsakter tillegges liten vekt. Dette er fordi de nevnte rettsaktene ikke har vært gjenstand for en tilsvarende prosess som lovgivningen det er aktuelt å tolke. I motsetning til hva som gjelder bindende rettsakter er ikke-bindende rettsakter som regel utformet og vedtatt av et enkelt organ. En sterk vektlegging av slike ensidige uttalelser i ikke-bindende rettsakter vil kunne innebære en undergraving av den lovgivningsprosessen

⁶⁷ Sag C-322/88 Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles

⁶⁸ ibid. premiss 18

⁶⁹ Sag 222/84 Marguerite Johnston mod The Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary

⁷⁰ ibid. premiss 18

som gjelder innenfor EU-systemet der lovgivningen er et resultat av forhandlinger organene imellom.

Som det fremgår av avgjørelsene det er referert til ovenfor legger EF-domstolen likevel noe vekt på slike ikke-bindende rettsakter. Rettskildevekten må imidlertid antas å være liten, og først og fremst ha betydning som støtteargument ved siden av andre rettskildefaktorer som trekker i samme retning. Det er lite trolig at EF-domstolen på grunnlag av en ikke-bindende rettsakt vil fravike en klar ordlyd. En annen sak er at uttalelser i slike rettsakter indirekte kan øve innflytelse på tolkningen i kraft av sin argumentasjon.

Av Europaparlamentets resolusjon 14. januar 2009⁷¹ om menneskerettighetssituasjonen i EU pkt. 101 følger det at:

”[...] administrative detention of children should not exist and [...] children accompanied by their families should be detained only in truly exceptional circumstances, for the shortest time possible and only if such detention is in their interests in accordance with Articles 3 and 37(b) of the United Nations Convention on the Rights of the Child;”.

Resolusjonen ble vedtatt bare et drøyt halvår etter Europaparlamentets endelige godkjenning av returdirektivet.

I en annen resolusjon av 5. februar 2009⁷² understrekes dette nok en gang ved at Parlamentet ”calls for the detention of minors to be prohibited in principle, and for the detention of minors with their parents to be exceptional [...]”⁷³ Uttalelsene knytter seg til

⁷¹ P6_TA(2009)0019

⁷² P6_TA(2009)0047

⁷³ ibid. pkt. 41

implementeringen av mottaksdirektivet⁷⁴ og er foranlediget av en rekke inspeksjoner på mottakssentre i Europa. Dokumentet inneholder hovedsakelig en påpekning av kritikkverdige forhold og oppfordringer til medlemsstatene om endring av praksis. Resolusjonen er gitt etter vedtakelsen av returdirektivet, noe som gjør den særlig relevant også i forhold til dette.

Det er klart at uttalelsene strider mot direktivets bestemmelser om fengsling. Parlamentets forslag om å innta et forbud mot fengsling av enslige mindreårige utlendinger ble ikke videreført, og det kan derfor ikke være tvilsomt at man i sin tid vurderte spørsmålet og konkluderte med at en slik fengslingsadgang var ønskelig. Når spørsmålet slik som her har vært gjenstand for diskusjon og blitt forkastet under vedtakelsen av direktivet er det klart at en erklæring fra parlamentet ikke kan få betydning for tolkningen. Dette må i enda større grad gjelde når erklæringen kommer såpass nært opptil vedtakelsen som her. Endrede forhold og liknende argumenter som undertiden kan tilsi at en bestemmelse tillegges et annet innhold enn opprinnelig vil ikke ha rukket å gjøre seg gjeldende. Dertil kommer at ingen av resolusjonene uttrykkelig viser til returdirektivet, noe som må svekke uttalelsenes betydning for tolkingen av dette.

Selv om uttalelsene neppe kan tillegges vekt ved tolkningen av returdirektivet, vil de likevel kunne påvirke medlemsstatenes praksis. Direktivet åpner riktignok for fengsling av enslige mindreårige utlendinger, men det er ingen ting i veien for at statene unnlater å fengsle, eventuelt innfører et forbud mot fengsling av, enslige mindreårige utlendinger i nasjonal rett. Europaparlamentets standpunkter vil kunne ha innflytelse på nasjonale myndigheter når direktivet skal implementeres og bestemmelsene praktiseres. I den grad uttalelsene blir tillagt vekt av myndighetene må man anta at de kan føre til både færre og kortere fengsling.

⁷⁴ Direktiv 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers

2.2 Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b som tolkningsfaktor

Det er flere grunner til at returdirektivet må tolkes i lys av Barnekonvensjonen. For det første slår returdirektivet fast i artikkel 1, at bestemmelsene er i overensstemmelse med internasjonal rett, herunder menneskerettighetene. Direktivets respekt for menneskerettighetene fremgår dessuten av fortalens pkt. 24. Direktivet presumeres altså å være i tråd med blant annet Barnekonvensjonen, og man må derfor, så langt det er mulig, velge det tolkningsalternativ som ikke strider mot denne.

For det andre har samtlige av Schengen-statene ratifisert konvensjonen og er således bundet av denne.⁷⁵ Konvensjonsstridig praksis vil stille konvensjonsstatene i folkerettslig ansvar, og statene må derfor sørge for at lovgivning som berører konvensjonens saklige virkeområde er i overensstemmelse med denne. Etersom returdirektivet er tiltenkt implementert i statenes nasjonale rett, har det formodningen for seg å tolke direktivet i samsvar med de folkerettslige normer medlemsstatene er bundet av. For Norges vedkommende er dessuten Barnekonvensjonen gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven⁷⁶ og gitt forrang foran annen norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2. Høyesterett må derfor se hen til de krav som følger av Barnekonvensjonen når norsk rett skal tolkes for å unngå motstrid.

Det følger av ordlyden i Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b annet punktum at bestemmelsen kommer til anvendelse ved ”arrest, detention or imprisonment of a child”. Dette avviker fra ordlyden i resten av bestemmelsen der ”child deprived of liberty” benyttes. Forskjellen tyder på at artikkel 37 litra b annet punktum kun gjelder ved strafferettslig frihetsberøvelse, noe som ikke kommer klart frem i den norske oversettelsen av konvensjonen der ”detention” er oversatt med ”frihetsberøvelse”. Forskjellen er et utslag av at flere stater anså ”deprivation of liberty” for å være for generelt slik at det også omfattet ”educational and other types of deprivation of liberty applied to minors”⁷⁷.

⁷⁵ UN Treaty Collection (2010)

⁷⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30

⁷⁷ NOU 2008:15 pkt. 7.3.2.6

Barnekomiteen har imidlertid i sine generelle uttalelser slått fast at også art. 37 litra b kommer til anvendelse ved internering av enslige mindreårige utlendinger.⁷⁸

Det følger dessuten av the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (JDL-reglene), som ble enstemmig vedtatt av FNs Generalforsamling, at ”**deprivation of the liberty** of a juvenile should be [...] for the minimum necessary period”⁷⁹ (min utheving). I litteraturen⁸⁰ oppfordres Barnekomiteen til å se hen til disse reglene ved anvendelsen av Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b.⁸¹ Barnekomiteen praksis i relasjon til statsrapport-ordningen gir inntrykk av dette gjøres, og at artikkel 37 litra b derfor har fått et større saklig virkeområde enn det som følger av ordlyden.⁸² Etter dette må det konkluderes med at Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b også forplikter medlemsstatene med hensyn til slik utlendingsrettslig fengsling returdirektivet sikter til.

Sist, men ikke minst er ordlyden i direktivets artikkel 17(1), ”shortest appropriate period of time”, identisk med den i Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b, og på bakgrunn av direktivforarbeider og fortalens henvisning til Barnekonvensjonen bør det kunne legges til grunn at uttrykket har sitt opphav i sistnevnte bestemmelse. Likheten taler i seg selv for at artikkel 17(1) tolkes likt som Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b. Som tidligere bemerket i drøftelsen av direktivforarbeidene ble forslaget om en uttrykkelig henvisning til Barnekonvensjonen i direktivets artikkel 17(1) ikke tatt til følge. Dette kan, isolert sett, tale for at begrepet må forstås annerledes etter direktivet enn etter konvensjonen. Det faktum at bestemmelsenes virkeområde fullt ut overlapper hverandre, og at medlemsstatene er folkerettslig forpliktet etter Barnekonvensjonen tilsier at direktivet i hvert fall ikke tolkes mindre restriktivt enn konvensjonen på dette punkt. Det må etter dette legges til grunn at

⁷⁸ General Comment no. 6 (2005) par. 61 og General Comment no. 10 (2007) par. 11 note 1

⁷⁹ JDL-reglene, rule 2

⁸⁰ Schabas/Sax (2006)

⁸¹ NOU 2008:15 pkt. 7.3.2.6

⁸² Schabas/Sax (2006) s. 60-61

Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b vil være en tungtveiende faktor ved tolkingen av returdirektivets artikkel 17(1).

2.2.1 Konvensjonens ordlyd

Som allerede nevnt i drøftelsen av ordlyden til direktivets artikkel 17(1), er ”shortest appropriate period of time” et vidt og skjønnsmessig begrep. Barnekonvensjonens artikkel 3 slår på samme måte som returdirektivet fast at barnets beste skal være ”a primary consideration” i alle handlinger som berører barn. Sett i lys av sistnevnte bestemmelse, må altså barnets beste være en avgjørende faktor i fastsettelsen av hva som kan anses som ”appropriate” etter artikkel 37 litra b. Barnets beste må avgjøres etter en grundig vurdering av den konkrete situasjonen, der flere momenter må trekkes inn. Betydningen av barnets-beste-vurderinger, både for forståelsen av Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b og returdirektivets artikkel 17(1), vil behandles inngående under pkt. 2.2.3 i drøftelsen. Utover det allerede nevnte er det lite å hente i konvensjonens ordlyd, og en nærmere fastlegging av innholdet krever en gjennomgang av andre relevante rettskildefaktorer. For Barnekonvensjonens vedkommende er det særlig Barnekomiteens uttalelser som er av relevans for tolkingen.

2.2.2 Barnekomiteens uttalelser

FNs Barnekomité har utgitt to generelle kommentarer som er av særlig relevans for tolkingen av Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b. General Comment no. 6 (2005) – ”Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin” retter seg direkte mot frihetsberøvelse av enslige mindreårige utlendinger. General Comment no. 10 (2007) – ”Children’s rights in juvenile justice” gjelder først og fremst strafferettslig frihetsberøvelse, men den inneholder likevel uttalelser som også er relevante i forhold til utlendingsrettslig frihetsberøvelse. I denne drøftelsen vil jeg dessuten vise til tre av Barnekomiteens ”concluding observations” som omtaler lengden av frihetsberøvelse i forhold til Barnekonvensjonen. Uttalelsene er gitt til henholdsvis Østerrike, Canada og Japan.

I Rt. 2009 side 1261 har Høyesterett tatt stilling til betydningen av Barnekomiteens uttalelser som rettskildefaktor ved tolkingen av Barnekonvensjonen. Førstvoterende uttaler om de generelle kommentarenes rettskildevekt at:

*”Det avgjørende vil [...] være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og den berørte staten”.*⁸³

Dommen viser også at komiteens ”concluding observations” og ”recommendations” blir tatt i betraktning når konvensjonen skal tolkes. Som argument for sin tolkning peker førstvoterende på at komiteen i sine bemerkninger til Norges statsrapport for 2003 ikke rettet kritikk mot foreliggende praksis.⁸⁴ Videre legges det vekt på komiteens merknader til Sveriges statsrapport for 2007.⁸⁵

FNs Barnekomité har i General Comment no. 6 (2005) uttalt at konvensjonens artikkel 37 litra b innebærer at enslige mindreårige som hovedregel ikke skal fengsles, men der fengsling unntaksvis (jf. ”exceptionally”) kan rettferdiggjøres, skal det bare benyttes som siste utvei og ”for the shortest appropriate period of time”.⁸⁶ Det faktum at barnet er enslig kan ikke alene rettferdiggjøre fengsling, ei heller barnets utlendingsrettslige status

⁸³ Rt. 2009.1261 avsnitt 44

⁸⁴ Rt. 2009.1261 avsnitt 63

⁸⁵ *ibid.* avsnitt 65-67

⁸⁶ General Comment no. 6 (2005) par. 61

(”migratory or residence status”) i seg selv.⁸⁷ Der fengsling unntaksvis kan rettferdiggjøres, krever bestemmelsen at alle ressurser settes inn med sikte på fortgang i prosessen og en snarlig (”immediate”) løslatelse.⁸⁸ Uttalelsene gjør det klart at terskelen for fengsling av enslige mindreårige utlendinger ligger svært høyt, og kun skal benyttes i unntakstilfelle. Den høye terskelen tilsier i seg selv at fengslingstiden settes særlig lavt der fengsling unntaksvis kan rettferdiggjøres. En slik tolkning harmonerer godt med ordvalget, ”immediate”, i tolkningsuttalelsen.

Barnekomiteens General Comment no. 10 (2007) inneholder også kommentarer til Barnekonvensjonen i forhold til fengsling av mindreårige. Uttalelsen gjelder rettighetene til barn i konflikt med loven⁸⁹, og angår således ikke utlendingsrettslig frihetsberøvelse direkte. Det må imidlertid antas at kommentarene knyttet til artikkel 37 litra b i stor grad har gyldighet også i forhold til slik frihetsberøvelse. Mange av hensynene som trekkes frem gjør seg gjeldende uavhengig av frihetsberøvelsens årsak, nettopp fordi det i begge tilfelle er snakk om barn, og fordi Barnekonvensjonens artikkel 37 like fullt gjelder utlendingsrettslig- som strafferettslig frihetsberøvelse.⁹⁰

Det fremholdes i kommentaren at frihetsberøvelse har svært negative konsekvenser for barnets harmoniske utvikling, at barnets reintegrering i samfunnet hemmes, og at frihetsberøvelse derfor kun må benyttes som siste utvei og for kortest mulig tid.⁹¹ De nevnte virkningene gjør seg neppe mindre gjeldende der det er snakk om utlendingsrettslig fengsling. Komiteen påpeker at det i mange land benyttes varetektsfengsling av barn i opptil flere måneder, og til og med år, hvilket må anses å være et grovt brudd på artikkel 37 litra b.⁹²

⁸⁷ *ibid.* par. 61

⁸⁸ *ibid.* par. 61

⁸⁹ General Comment no. 10 (2007) par. 4

⁹⁰ *ibid.* par. 11 note 1

⁹¹ *ibid.* par. 11

⁹² *ibid.* par. 80

I tilfelle av strafferettslig varetektsfengsling skal barnet formelt siktes og bringes for retten, eventuelt et annet dømmende organ, senest 30 dager etter at frihetsberøvelsen tok til.⁹³ Videre anmodes statene om å innføre bestemmelser som sikrer en endelig avgjørelse av siktelsen senest 6 måneder etter at den ble fremsatt.⁹⁴ Uttalelsen knytter seg til konvensjonens artikkel 37 litra d om rettslig prøving av fengslingen, men er samtidig av interesse for forståelsen av ”shortest appropriate period of time” i artikkel 37 litra b da den sier noe om hvor lenge barnet kan sitte i varetektsfengsel (”pretrial detention”) uten straffedom. Utlendingsrettslig fengsling, slik returdirektivet gir hjemmel for, kan riktignok ikke karakteriseres som ”pretrial detention”; det er ikke snakk om fengsling i påvente av rettslig forfølgning, men i påvente av effektueringen av et allerede truffet returvedtak. Det foreligger imidlertid likheter mellom reaksjonene som tilsier at en tilsvarende tidsbegrensning bør gjelde også i sistnevnte tilfelle. I likhet med strafferettslig varetektsfengsling er utlendingsrettslig fengsling frihetsberøvelse uten (bevist) utvist skyld. Ofte vil begrunnelsen for fengslingen være tilnærmet den samme, nemlig fare for unndragelse fra henholdsvis straffeforfølgning og utsendelse. Dessuten befinner den fengslede seg i begge tilfelle i en uforutsigbar og uavklart situasjon, med den ekstra belastningen det innebærer.

På den annen side vil saksbehandlingen i forbindelse med en utlendingsrettslig fengsling ofte være særlig tidkrevende. Norske myndigheter vil ofte være avhengige av utenlandske myndigheters bistand, og behandlingstiden vil således ofte ligge utenfor norske myndigheters kontroll. I slike tilfelle er det undertiden lite å legge norske utlendingsmyndigheter til last, og klare tidsgrenser vil heller ikke kunne bidra til fortløp i behandlingen ettersom sakens fremgang vil bero på utenlandske myndigheter. Disse forholdene taler for at det opereres med mer skjønnsmessige tidsbegrensninger enn i strafferetten, eventuelt at de absolutte grensene som skal gjelde må være videre. Hvorvidt tidsbegrensningene fra den nevnte komitéuttalelsen vil ha relevans for utlendingsrettslig

⁹³ *ibid.* par. 83

⁹⁴ *ibid.* par. 83

fengsling er etter dette noe tvilsomt. Det må dessuten poengteres at uttalelsen har karakter av en anmodning til konvensjonsstatene, og ikke en påstand om at slike absolutte grenser følger av konvensjonen. Dette svekker uttalelsens vekt som tolkningsfaktor.⁹⁵

I tillegg til de generelle uttalelsene utgir Barnekomiteen ”concluding observations” basert på statsrapportene medlemsstatene plikter å utarbeide regelmessig. Disse dokumentene utgjør en viktig tolkningsfaktor for konvensjonens bestemmelser.⁹⁶ I forhold til Østerrike har Barnekomiteen uttrykt bekymring over lovgivning som tillater frihetsberøvelse av mindreårige asyløkere i påvente av deportering.⁹⁷ Også Canada har blitt kritisert for mangelen på nasjonale retningslinjer i forhold til enslige mindreårige asyløkere.⁹⁸ Barnekomiteen anbefaler Canada å avstå fra (”as a matter of policy”) å fengsle enslige mindreårige, og samtidig gjøre det klart i lovgivningen at slik fengsling er siste utvei.⁹⁹ I 2004 omtalte komiteen en lovendring i Japan som økte tillatt varetektsfengsling av mindreårige kriminelle fra fire til åtte uker som ”not in the spirit of the principles and provisions of the convention and international standards on juvenile justice”.¹⁰⁰ Uttalelsen kan ikke forstås slik at åtte uker varetektsfengsling overskrider lovlig fengslingstid etter konvensjonen, men den understreker nok en gang målet om å begrense bruken av varetektsfengsling både med hensyn til hyppighet og lengde, og at en økning av fengslingstiden ikke er i tråd med dette.

Som vist finnes det flere ”concluding observations” som understreker kravet om at frihetsberøvelse av barn skal skje for et kortest mulig tidsrom. Det er imidlertid vanskelig å finne uttalelser som gir noen antydning om en konkret øvre tidsbegrensning. Stort sett begrenser uttalelsene seg til å uttrykke en generell bekymring over mer eller mindre

⁹⁵ Rt.2009.1261

⁹⁶ Rt.2009.1261

⁹⁷ CRC/C/15/Add.98 pkt.27

⁹⁸ CRC/C/15/Add.215 pkt.46 litra a

⁹⁹ ibid. pkt.47 litra c

¹⁰⁰ CRC/C/15/Add.231 pkt.53

omfattende bruk av frihetsberøvelse og en henvisning til ordlyden i konvensjonens artikkel 37 litra b. Uttalelsene er stort sett av politisk karakter, i form av oppfordringer om en mer barnevennlig praksis, mer enn tolkningsuttalelser, noe som svekker uttalelsenes rettskildevekt betraktelig. Antallet uttalelser som går i samme retning gir imidlertid inntrykk av at flere konvensjonsstater fører en praksis på dette området som etter komiteens syn overskrider det som ligger i ”shortest appropriate period of time”.

2.2.3 Art. 3 – Barnets beste – som tolkningsfaktor

Som foran nevnt fremgår det av konvensjonens artikkel 3(1) at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Som Barnekomiteen har uttalt, knesetter bestemmelsen et av grunnprinsippene i konvensjonen.¹⁰¹ Dette innebærer at barnets beste vil måtte tillegges betydelig vekt når man skal avgjøre om og i så fall hvor lenge et barn kan underlegges frihetsberøvelse.

Frihetsberøvelse er et svært inngripende tiltak, og det må kunne legges til grunn at det i de fleste tilfeller vil stride mot barnets beste å underlegge det frihetsberøvelse. Riktignok kan det tenkes situasjoner der et barn på grunn av sin mentale tilstand eller andre forhold, har behov for den overvåkning og kontroll som en frihetsberøvelse legger til rette for. I mange tilfelle vil man kunne ty til andre, mindre inngripende og mer omsorgs- eller behandlingsrettede tiltak. I den grad slike alternative ordninger foreligger, og de anses tilstrekkelige, vil frihetsberøvelse neppe være til barnets beste. En slik forståelse harmonerer med bestemmelsen i konvensjonens artikkel 37 litra b, som gjør frihetsberøvelse til ”a measure of last resort”. Der alternative tiltak ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til barnets helse og sikkerhet, kan frihetsberøvelse undertiden være til barnets beste. Det er neppe tvilsomt at frihetsberøvelse, for eksempel i form av innleggelse på institusjon etter psykisk helsevernlov¹⁰², vil kunne være til barnets beste.

¹⁰¹ CRC General Comment no. 5 (2003) par. 12 (side 3 og 4)

¹⁰² Lov 2. juli 1999 nr. 62

For denne oppgavens vedkommende må konvensjonen tolkes med utlendingsrettslig fengsling for øye. Det ligger ikke primært noe beskyttelsesmotiv bak slik frihetsberøvelse, men snarere et hensyn til effektiv utsendelse. Dette går klart frem av vilkårene for slik fengsling, som etter returdirektivets artikkel 15(1) knytter seg til faren for unndragelse fra eller vanskeliggjøring av en utsendelse. En mindreårige som ankommer et fremmed land uten omsorgsperson vil nok i de fleste tilfelle ha behov for beskyttelse og oppfølging i det daglige. Utlendingsrettslig fengsling vil riktignok innebære plassering i en institusjon der barnet vil kunne sikres slik oppfølging og beskyttelse. Sånn sett vil man i valget mellom å fengsle og å avstå fra å gripe inn i det hele tatt lett kunne argumentere for at fengsling er til barnets beste. I den vestlige verden er det imidlertid etablert en rekke mindre inngripende ordninger som ivaretar barnets behov for omsorg og beskyttelse uten at det berøves sin frihet. Slike ordninger må tas i betraktning når man vurderer barnets beste i forhold til utlendingsrettslig fengsling, og som oftest vil nok alternativene fremstå som mer samsvarende med barnets interesser. I tilfelle der barnet på grunn av mentale problemer eller liknende utgjør en fare for seg selv, vil behovet for kontroll og konsekvensene av mangel på oppfølging kunne være så store at frihetsberøvelse anses å være til barnets beste. Her vil imidlertid hensynene som begrunner frihetsberøvelsen stemme dårlig overens med formålet bak utlendingsrettslig fengsling, som er effektiv gjennomføring av utsendelsesvedtak. Det vil neppe være legitimt å begrunne et tvangstiltak med forhold som ligger såpass fjernt fra hjemmelsbestemmelsens formål. I et slikt tilfelle ville dessuten muligheten til å frihetsberøve barnet med hjemmel i psykisk helsevernlov fort føre til at utlendingsrettslig fengsling måtte anses å stride mot barnets beste. Plassering i en institusjon med særlige forutsetninger for å håndtere pasienter med mentale problemer ville unektelig være et bedre alternativ for barnet. Som drøftelsen viser vil utlendingsrettslig frihetsberøvelse sjelden være til barnets beste, og jeg vil derfor ikke utdype hensynets innhold nærmere.

2.2.3.1 Avveiningen mellom hensynet til barnets beste og øvrige hensyn

Barnekonvensjonens artikkel 37 sett i sammenheng med artikkel 3 forutsetter imidlertid en fengslingsadgang også der dette ikke vil være til barnets beste. Ser man nærmere på

ordlyden i artikkel 3(1), er det kun slått fast at barnets beste skal være et (av flere mulige) grunnleggende hensyn, ”a primary consideration” (min utheving). Dette er utslag av et bevisst valg fra konvensjonskonsipistenes side; både ”the paramount consideration” og ”the primary consideration” ble forkastet under utarbeidelsen av konvensjonen i det de ble ansett å være for vidtrekkende.¹⁰³ Det ble fremholdt under utarbeidelsen at bredere samfunnsinteresser eller rettferdighetsbetraktninger i det enkelte tilfellet kan veie tyngre enn hensynet til barnets beste.¹⁰⁴ Den forutsatte fengslingsadgangen i artikkel 37 litra b tar høyde for nettopp dette.

Det interessante for denne drøftelsens vedkommende blir derfor hvilke andre interesser det er legitimt å vektlegge i denne vurderingen og hvilken vekt hensynet til barnets beste skal tillegges i avveiningen mot de relevante hensyn som taler i favør av frihetsberøvelse.¹⁰⁵ Sentralt i denne avveiningen vil være de negative konsekvensene en eventuell frihetsberøvelse får for barnet i forhold til de samfunnsmessige fordelene man kan oppnå ved fengslingen. Både formuleringen i Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b og eksistensen av artikkel 3 tilsier at sistnevnte interesser må veie vesentlig tyngre for at fengsling i det konkrete tilfellet skal kunne besluttes, eventuelt opprettholdes.

Mens de negative virkningene og hensynet til barnets beste taler mot fengsling, foreligger det som nevnt også hensyn som tilsier bruk av fengsling overfor enslige mindreårige utlendinger i forbindelse med iverksetting av et utsendelsesvedtak. Det at svært mange land har lovgivning som tillater utlendingsrettslig fengsling på grunnlag av ukjent identitet eller med sikte på effektivering av returvedtak vitner om statenes erkjennelse av behovet for en slik fengslingsadgang. Det primære formålet bak frihetsberøvelsen er minimering av risikoen for at utlendingen unndrar seg utsendelsen, enten ved å være utilgjengelig for myndighetene under deres forberedende undersøkelser, eller gjemme seg når vedtaket skal iverksettes. Det er altså først og fremst effektivitetshensyn som begrunner utlendingsrettslig

¹⁰³ NOU 2008:15 pkt. 7.3.2.2

¹⁰⁴ *ibid.* pkt. 7.3.2.2

¹⁰⁵ *ibid.* pkt. 7.3.2.2

fengsling. Det er svært lett å unndra seg utsendelse, særlig for utlendinger som ikke er etablert i landet og derfor har få eller ingen faste tilknytningspunkter som for eksempel fast eiendom, familie eller venner. Dessuten krever etterforskning og forberedende handlinger i stor grad bistand fra utlendingen selv, og prosessen kan bli svært ressurskrevende dersom utlendingen stadig gjemmer seg. For at det skal være noen realitet overhodet i reglene om oppholdstillatelse, og ikke ubegrenset innvandring, er det en nødvendighet at vedtakene respekteres og effektueres. Fengsling er her et effektivt virkemiddel for å sikre at dette oppfylles.

I proposisjonen til ny utlendingslov heter det videre at det kan være ”uheldig om en utlending som skjellig kan mistenkes for å ha oppgitt uriktig identitet og som ikke reelt samarbeider for å avklare sin rette identitet, skal kunne bevege seg fritt i samfunnet mens myndighetenes arbeid med å klarlegge identiteten pågår”.¹⁰⁶ Uttalelsen gjelder fengsling i identifiseringshensikt, men må ha samme relevans for fengsling i iverksettingshensikt der utlendingens identitet ikke er brakt på det rene, et fengslingsgrunnlag som omfattes av returdirektivet. Det utdypes ikke nærmere hvorfor dette kan være ”uheldig”, men det er åpenbart at dersom vedkommende for eksempel er kriminell og utgjør en potensiell fare for omgivelsene, vil myndighetenes manglende kunnskap om personens identitet lett kunne medføre tilsvarende dårlig oversikt over hvor han befinner seg og hva han bedriver. I mangel av kjent identitet vil myndighetene heller ikke ha noen kontroll med vedkommendes eventuelle kriminelle bakgrunn, hvilket i verste fall kan få konsekvenser for omgivelsenes sikkerhet.

Det må antas at trusselen om frihetsberøvelse i seg selv har en viss allmennpreventiv effekt. Mange vil nok ha større betenkeligheter med å ta opphold på mottakerstatens territorium uten nødvendig tillatelse med vissheten om at mer eller mindre langvarig frihetsberøvelse og en etterfølgende uunngåelig utsendelse kan bli konsekvensen. Fengslingsadgangen sender signaler om at ulovlig opphold ikke tolereres, men snarere slås hardt ned på, og at et

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) pkt. 17.2.7.1

forsøk fort kan komme til å koste mer enn det smaker. Uten slike regler vil en unndragelse fra utsendelsen være betydelig lettere, og flere vil kanskje fristes til å prøve lykken selv om de egentlig ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse og opphold. Både nedgangen i antall oppholdssøkende og nedgangen i antall utlendinger med endelig avslag som går i dekning for politiet vil ha positive ressursmessige virkninger for utlendingsmyndighetene. Denne ressursbesparelsen kan i sin tur komme lovlige migranter til gode i form av raskere saksbehandling, et bedre mottaksapparat etc. Dette vil være til fordel for flyktninger med et reelt beskyttelsesbehov. Frykten for fengsling vil imidlertid også kunne ramme mennesker med et berettiget beskyttelsesbehov, og hindre dem i å søke den nødvendige beskyttelse de har krav på. Faren for ikke å bli trodd er alltid tilstede, og trusselen om frihetsberøvelse kan innebære en ytterligere skranke for å gå til det skritt å søke beskyttelse i et annet land.

Argumentene mot fengsling gjør seg også sterkt gjeldende, og taler for at hensynet til barnets beste må veie ekstra tungt. Frihetsberøvelse vil oppleves belastende for mange, uavhengig av vedkommendes alder. Det at barn per definisjon er underlagt voksnes myndighet kunne tilsi at frihetsberøvelsen føles mindre belastende for dem enn det gjør for voksne. I visse henseender vil nok det å være underlagt en voksens myndighet kunne føles mer som en trygghet enn et onde. Det må imidlertid bemerkes at det er stor forskjell på å være underlagt myndigheten til en forelder eller annen omsorgsperson man kjenner og har tillit til enn en totalt fremmed. Det kan dessuten anføres flere argumenter som taler for at belastningen vil være særlig stor når vedkommende er mindreårig. I NOU 2008:15, som blant annet omhandler bruk av fengsel overfor barn i strafferettspleien, påpekes det at barns tidshorisont og opplevelse av tid er annerledes enn den til voksne. Horisonten er kortere, og opplevelsen av tid i øyeblikket er annerledes.¹⁰⁷ Dertil kommer at barn er under utvikling, og derfor rammes ekstra hardt av å rives løs fra sine ”vanlige lærings- og sosialiseringssammenheng”.¹⁰⁸ Uttalelsene er gitt med tanke på fengselsstraff, men det er grunnlag for å si at noe tilsvarende må gjelde ved utlendingsrettslig frihetsberøvelse. Riktignok vil en mindreårig utlending som nettopp har kommet til riket ofte mangle slike

¹⁰⁷ NOU 2008:15 pkt. 3.2

¹⁰⁸ *ibid.* pkt. 3.2

rammer. Det sentrale poenget må likevel være den negative effekten av å nektes slike faste, normale rammer i en periode da man er under sterk utvikling. Til forskjell fra frihetsberøvelse etter straffedom, vil lengden av en utlendingsrettslig fengsling ofte være usikker. Riktignok vil fengslingsbeslutningen angi et opphørstidspunkt, men det er stor adgang til å forlenge oppholdet frem til returen kan effektueres. Denne usikkerheten gjør det vanskelig å forutse fremtiden og innrette seg deretter, noe som i seg selv kan utgjøre en ekstra belastning.

Det må antas at frihetsberøvelsen vil være særlig tyngende når barnet dessuten er enslig og utlending på grunn av en rekke omstendigheter knyttet til en slik situasjon. Manglende evne til å kommunisere grunnet språkproblemer er et eksempel. Muligheten for sosialisering og tilpasning er avhengig av det å forstå og å bli forstått. Dessuten befinner vedkommende seg utenfor sitt eget land, kanskje i en kultur som er vidt forskjellig fra den han kjenner, og med svært begrensede muligheter for kontakt med foreldre. Ofte vil barnet heller ikke ha andre slektninger eller bekjente i landet han befinner seg i. Mange migranter kommer fra områder preget av krig og konflikt og har gjennomgått traumatiske opplevelser. Så kan være tilfelle selv om barnet ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse og derfor besluttes tilbakesendt. Der dette har resultert i psykiske ettervirkninger vil frihetsberøvelsen kunne være desto vanskeligere å takle.

Asylsøkere som har fått avslag på sin søknad må antas å utgjøre en stor andel av den gruppen det er aktuelt å undergi utlendingsrettslig fengsling. I en artikkel¹⁰⁹ publisert på Europaparlamentets hjemmeside refereres det til en dansk undersøkelse¹¹⁰ fra 2007 om danske asylsøkerbarns mentale helse. Undersøkelsen ble utført blant alle foreldreledsagede barn i alderen 4-16 år bosatt på Dansk Røde Kors' seks asylsentre. Resultatene tydet på at så mye som 35 % av danske asylbarn i alderen 4-16 år har psykiske lidelser, et tall som ifølge undersøkelsen ligger vesentlig høyere enn for danske barn i samme aldersgruppe.¹¹¹

¹⁰⁹ Europaparlamentet (2008)

¹¹⁰ Nielsen (2007)

¹¹¹ *ibid.* s. 3663

Som det påpekes i en norsk rapport¹¹² fra 2010 om eksisterende forskning og kunnskap om enslige mindreårige flyktninger, viser forskning ”[...] at gruppen er særlig utsatt for psykiske lidelser, i sær depresjon, angst, traumatisk stress reaksjoner og somatiske lidelser”.¹¹³ I rapporten vises det også til en nederlandsk studie fra 2005 der to omsorgssentre ble sammenliknet; det ene et senter der beboerne kunne forlate området på dagtid, motta besøk og bli kjent med det nederlandske samfunnet; det andre et senter med en meget strukturert hverdag, vektlegging av mulig retur til hjemlandet, begrensede muligheter til å forlate campusområdet og kontinuerlig overvåkning av voksent personale. Alle hendelser i løpet av en seks måneders periode ble registrert og resultatene fra hvert senter ble deretter sammenliknet. Studien konkluderte med at blant annet for strenge restriksjoner, fokus på tilbakesendelse og manglende tilgang til vertslandet medførte økt rapportering av angst og andre psykiske lidelser.¹¹⁴

Undersøkelsene understøtter at enslige mindreårige utlendinger gjennomgående er en særlig sårbar gruppe, noe som tilsier at de også rammes særlig hardt av påkjenningene en frihetsberøvelse kan innebære. Det foreligger som vist også forskning som peker i retning av en direkte kobling mellom frihetsberøvelse og psykiske plager. Dette tilsier at de hensynene som taler for frihetsberøvelse må veie vesentlig tyngre enn hensynet til barnets beste for at fengsling i det hele tatt skal være aktuelt, og at fengslingen kun varer så lenge denne overvekten gjør seg gjeldende. Jo lengre barnet har vært utsatt for frihetsberøvelse, jo strengere krav må stilles til hensynene som kan begrunne fengslingen.

På den annen side vil en utlendingsrettslig fengsling, til forskjell fra en strafferettslig fengsling, ikke utsette vedkommende for den belastning det er å være anklaget for en straffbar handling. Man skal dessuten holdes adskilt fra kriminelle og skånes sånn sett for påvirkning fra det tøffe miljøet som typisk preger normale fengsler. Etter returdirektivet skal frihetsberøvelsen normalt gjennomføres i egne interneringssentre. Det kan imidlertid

¹¹² Eide og Broch (2010)

¹¹³ *ibid.* s. 56-57

¹¹⁴ *ibid.* s. 50

ikke forutsettes at forholdene nødvendigvis er noe bedre der enn i ordinære fengsler. I en rapport¹¹⁵ publisert i 2009, uttrykker Europaparlamentet bekymring over de fengselsliknende forholdene som preger flere av mottakssentrene.¹¹⁶ Rapporten er basert på inspeksjoner foretatt av ”The Civil Liberties Committee” i perioden 2005-2007 på mottakssentre for utlendinger i en rekke medlemsland. Forfalne bygninger og dårlig hygiene blir også fremhevet som kritikkverdige forhold.¹¹⁷ Også fra Norge har vi i den senere tid eksempler på sterkt kritikkverdige forhold ved landets eneste utlendingsinternat på Trandum. I 2007 gjennomførte Sivilombudsmannen et besøk til institusjonen. I sin rapport uttalte han blant annet at:

”Politiets utlendingsinternat på Trandum fremstår som en fengselsliknende institusjon, men uten det regelverk som fengsler er underlagt”.¹¹⁸ Videre ble det fremholdt at: ”På enkelte måter er oppholdet ved internatet ”mykere” enn et opphold i et fengsel[...]. Det er imidlertid andre sider ved oppholdet som jeg antar må oppleves som hardere enn opphold i fengsel. Dette gjelder blant annet kostholdet slik det var tidligere, aktivitetstilbudet, inspeksjonsrutinene og deling av soverom.”¹¹⁹

Så sent som mars 2010 ble det iverksatt inntaksstopp på utlendingsinternatet grunnet kritikkverdige forhold, først og fremst alvorlig underbemanning med konsekvenser for de ansattes sikkerhet.¹²⁰ Den siste tiden har det vært brannstifting, rømminger, tilløp til opptøyer og trusselsituasjoner på internatet, forhold som selvfølgelig også i stor grad

¹¹⁵ P6_TA(2009)0047

¹¹⁶ ibid. pkt. 33

¹¹⁷ ibid. pkt. 34

¹¹⁸ Særskilt melding fra Sivilombudsmannen, Dokument nr. 4:1 (2006-2007) ”Ombudsmannens undersøkelse av Politiets utlendingsinternat på Trandum” pkt. 10 (Avsluttende bemerkninger)

¹¹⁹ ibid. pkt. 10

¹²⁰ Sandvig (2010)

berører innsatte.¹²¹ Dessuten har internatet gjenopptatt bruken av ufaglærte vektere, noe blant annet Europarådets torturkomité og Sivilombudsmannen kritiserte i 2006.¹²²

Som drøftelsen ovenfor viser er det mye som taler for en særlig sterk vektlegging av barnets beste når fengslingstiden skal fastsettes. Dette taler for at tillatt fengslingslengde settes til et minimum. Det er også mange hensyn som taler for mer eller mindre langvarig fengsling til tross for at vedkommende er enslig og mindreårig. Som allerede fastslått vil slike hensyn, ved siden av hensynet til barnets beste, kunne tas i betraktning når ”shortest appropriate period of time” etter Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b skal fastsettes. Konvensjonen er imidlertid taus om hvilke hensyn det er legitimt å ta med i vurderingen utover hensynet til barnets beste. Barnekomiteen har i relasjon til retur av mindreårige uttalt at:

*”Exceptionally, a return to the home country may be arranged, after careful balancing of the child’s best interests and other considerations [...] Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations”.*¹²³

Uttalelsen gjelder riktignok returbeslutninger og det er derfor noe tvilsomt om den også har gyldighet når det er spørsmål om fengsling. Det er imidlertid vanskelig å finne holdepunkter for hvorfor innvandringspolitiske hensyn skulle ha større vekt i fengslingsspørsmålet enn i returspørsmålet.

Barnekomiteen viser til ”other considerations” uten noen nærmere presisering. I mangel av andre holdepunkter må det konkluderes med at alle hensyn i utgangspunktet kan vektlegges. Når det gjelder innvandringspolitiske hensyn er det imidlertid nærliggende å forstå uttalelsen slik at disse er relevante for returvurderingen, men at de aldri kan veie

¹²¹ *ibid.*

¹²² *ibid.*

¹²³ CRC General Comment no. 6 (2005) par. 86

tyngre enn hensynet til barnets beste. Konsekvensen av en slik forståelse vil være at barnet ikke kan returneres på grunnlag av innvandringspolitiske hensyn så fremt hensynet til barnets beste taler for at barnet får bli værende.

Høyesterett ser derimot ut til å ha lagt en annen forståelse til grunn i Rt. 2009.1261.

Førstvoterende uttaler her om pkt. 86 i Barnekomiteens generelle kommentar:

”Slik jeg forstår det, mener barnekomitéen at innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnet i utgangspunktet er i en situasjon som ikke tilsier retur. Det er derimot ikke grunnlag for å forstå anbefalingen slik at innvandringspolitiske hensyn aldri kan tas i betraktning ved vurdering av søknad om oppholdstillatelse fra enslige mindreårige asylsøkere. Spesielt må dette gjelde innvandringspolitiske hensyn som ikke er helt generelle, men som nettopp er basert på et ønske om å beskytte andre barn mot å komme i samme situasjon. Jeg tilføyer at uttalelsen i så fall ville ha svært stor rekkevidde, slik at det måtte forventes at den var klarere utformet og kommunisert til medlemsstatene.”¹²⁴

Sett med utgangspunkt i komiteuttaalelsens ordlyd er ikke Høyesteretts tolkning åpenbar. Man kan ikke uten videre legge til grunn at EF-domstolen vil trekke samme slutning som det Høyesterett her har gjort. Ettersom det er returdirektivet som uttrykk for norsk rett som er gjenstand for denne oppgaven må imidlertid Høyesteretts forståelse av Barnekonvensjonens artikkel 3 legges til grunn her. Det må derfor konkluderes med at også innvandringspolitiske hensyn etter omstendighetene kan veie tyngre enn hensynet til barnets beste. Disse retningslinjene for avveiningen mellom barnets interesser og øvrige interesser får betydning for fastleggelsen av ”shortest appropriate period of time” etter Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b, og dermed også for forståelsen av den likelydende bestemmelsen i returdirektivets artikkel 17(1).

¹²⁴ Rt. 2009.1261 avsnitt 62

2.3 EMK art. 5(1) som tolkningsfaktor

Det følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 5(1) annet punktum at "[n]o one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law". Av bestemmelsens litra f fremgår det at et av de lovlige grunnlagene er "the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition".

Av interesse for denne oppgaven er adgangen til å fengsle en utlending "[...]against whom action is being taken with a view to deportation[...]"¹²⁵. Ettersom oppregningen av fengslingsgrunnlag i artikkel 5(1) må anses uttømmende¹²⁵ kan det motsetningsvis slutes at frihetsberøvelse er utelukket der personen ikke befinner seg i en slik situasjon som angitt. Bestemmelsen trekker derfor grenser for hvordan returdirektivets fengslingsbestemmelser kan forstås uten å komme i strid med folkeretten. Menneskerettighetsdomstolen har slått fast at vilkårene må være oppfylt under hele frihetsberøvelsen slik at denne opphører å være lovlig i det øyeblikk vilkårene ikke lenger er oppfylt.¹²⁶ Bestemmelsen får derfor betydning ikke bare for fengslingsbeslutningen, men også for hvor lenge man kan holde personen fengslet på dette grunnlaget. De eneste kravene artikkel 5(1) litra f oppstiller er at frihetsberøvelsen må være "lawful" og at "action is being taken with a view to deportation". Det er ikke noe krav etter bestemmelsen at frihetsberøvelse anses nødvendig, eksempelvis på grunn av frykt for unndragelse eller liknende.¹²⁷

For å finne ut hva bestemmelsen innebærer i forhold til tillatt fengslingslengde er det nødvendig å undersøke hva som ligger i kravet om at "action is being taken with a view to deportation". Fengslingen er bare lovlig så lenge vilkåret er oppfylt. Det foreligger flere

¹²⁵ A and Others v. United Kingdom para. 163 og Saadi v. United Kingdom para. 43

¹²⁶ A and Others v. United Kingdom para. 164 og Chahal v. United Kingdom para. 113

¹²⁷ Saadi v. United Kingdom para. 72

avgjørelser fra EMD som behandler spørsmålet. Domstolen har uttalt at ”any deprivation of liberty under article 5 §1(f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible [...]”.¹²⁸ Som eksempel på slike relevante “deportation proceedings” kan nevnes dialog og forhandlinger med eventuelle mottakerstater, undersøkelse av hvorvidt retur til hjemstaten eller en annen stat vil være mulig og arbeid med å fastlegge utlendingens identitet.¹²⁹ At slike undersøkelser kan ta lang tid er i utgangspunktet uproblematisk så lenge det faktisk arbeides aktivt med saken. Et godt eksempel er saken *Chahal* mot Storbritannia som gjaldt frihetsberøvelse i 6 år etter artikkel 5(1) litra f. Domstolen uttalte her at:

”Mr Chahal’s case involves considerations of an extremely serious and weighty nature. It is neither in the interests of the individual applicant nor in the general public interest in the administration of justice that such decisions be taken hastily, without due regard to all the relevant issues and evidence. Against this background, and bearing in mind what was at stake for the applicant and the interest that he had in his claims being thoroughly examined by the courts, none of the periods complained of can be regarded as excessive, taken either individually or in combination”.¹³⁰

Selv om utgangspunktet er klart nok, tyder avgjørelsen på at det må være en viss forholdsmessighet mellom tidsforløpet og sakens alvorlighet, herunder hvilke interesser som står på spill. Dette må i hvert fall gjelde når det er snakk om så langvarig frihetsberøvelse som i *Chahal*-saken, og 6 år vil nok i de fleste tilfeller være mer enn det som kan godtas. Domstolen konkluderte med at:

¹²⁸ *Chahal v. United Kingdom* para. 113

¹²⁹ *A and Others v. United Kingdom* para. 168

¹³⁰ *Chahal v. United Kingdom* para. 117

*”Mr. Chahal has undoubtedly been detained for a length of time which is bound to give rise to **serious concern** However, in view of the **exceptional circumstances** of the case and the facts that the national authorities have acted with due diligence throughout the deportations proceedings against him [...], this detention complied with the requirements [...]”¹³¹ (mine uthevninger).*

Mens 6 år ble funnet lovlig i Chahal-saken, ble en frihetsberøvelse på like under 2 år ansett konvensjonsstridig i Quinn mot Frankrike¹³². Frihetsberøvelse på 2 år og 8 måneder ble derimot ansett å være greit i saken Kolompar mot Belgia¹³³. Praksis tyder på at det vanskelig kan oppstilles en absolutt grense for frihetsberøvelsens lengde etter artikkel 5(1) litra f.

Som allerede nevnt krever EMK artikkel 5(1) litra f også at frihetsberøvelsen skal være ”lawful”. Dette fremgår både av uttrykket ”in accordance with a procedure prescribed by law” i artikkel 5(1) og ”the lawful arrest or detention” i bestemmelsens litra f. Vilkåret er utdypet gjennom flere av Domstolens avgjørelser. For det første innebærer kravet at frihetsberøvelsen må skje i henhold til både materielle- og prosessuelle bestemmelser i nasjonal lov.¹³⁴ Overensstemmelse med nasjonal rett er imidlertid ikke tilstrekkelig. Domstolen har slått fast at ”[a]rticle 5 §1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness”.¹³⁵ Hva angår ”arbitrariness” i forhold til artikkel 5(1) litra f har Domstolen uttalt følgende:

“To avoid being branded as arbitrary, detention [...] must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the Government; the place and conditions of detention should be appropriate; and the

¹³¹ Ibid. para. 123

¹³² Quinn v. France

¹³³ Kolompar v. Belgium

¹³⁴ A and Others v. United Kingdom para. 164

¹³⁵ ibid. para. 164

*length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued”.*¹³⁶

Slik jeg forstår Domstolens praksis krever artikkel 5(1) litra f at myndighetene, så lenge frihetsberøvelsen består, aktivt og kontinuerlig arbeider for å få gjennomført utsendelsen. Domstolen har gjort det klart at det ikke kreves at frihetsberøvelsen anses nødvendig. Det at lengden av frihetsberøvelsen ikke skal overstige ”that reasonably required for the purpose pursued” kan gi inntrykk av det motsatte, nemlig at frihetsberøvelsen må være påkrevd for å få gjennomført utsendelsen. Sees uttalelsene i sammenheng er det imidlertid mest nærliggende å forstå det slik at så lenge myndighetene aktivt arbeider for utsendelsen er man innenfor det som er ”reasonably required”. En slik forståelse ser det også ut som Domstolen har lagt til grunn i en avgjørelse fra 2010: ”If [deportation] proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible [...]. **In other words**, the length of the detention for this purpose should not exceed that reasonably required” (min uthevning).¹³⁷

Som det fremgår setter ikke artikkel 5(1) litra f strenge grenser når det gjelder lengden av utlendingsrettslig frihetsberøvelse. Det gjelder ingen absolutt grense, men bestemmelsen setter krav til kontinuerlig aktiv handling fra myndighetenes side med sikte på utsendelse. Riktignok ser det ut til at Domstolen i Chahal-saken har foretatt en proporsjonalitetsvurdering mellom interneringslengde og de interesser som står på spill. Det dreide seg imidlertid her om en svært spesiell sak der en person hadde vært underlagt frihetsberøvelse i 6 år og der vedkommende risikerte tortur og henrettelse ved tilbakesending. 6 år ble for øvrig ansett lovlig. Som nevnt finnes det senere avgjørelser som ser ut til å gå i motsatt retning, noe som kan tyde på at proporsjonalitetskravet bare er en sikkerhetsventil forbeholdt de tilfeller der frihetsberøvelsen har vært særlig lang.

¹³⁶ *ibid.* para. 164 og *Saadi v. United Kingdom* para. 74

¹³⁷ *Raza v. Bulgaria* para. 72

EMK artikkel 5(1) litra f får betydning for tolkningen av direktivets artikkel 15(1) som i sin tur influerer på fastleggelsen av ”shortest appropriate period of time” etter returdirektivets artikkel 17(1). Som det fremgår av drøftelsen av henholdsvis direktivets artikkel 15(1) og konvensjonens artikkel 5(1) litra f slik den er tolket av EMD, stiller bestemmelsene vesentlig de samme kravene til fengslingen, sin ulike utforming til tross. Begge bestemmelsene oppstiller som hovedvilkår at det kontinuerlig arbeides med utsendelsen mens vedkommende sitter fengslet. Direktivets artikkel 15(1) gir en mer detaljert og utfyllende angivelse av vilkåret enn EMK artikkel 5(1) litra f. Flere av formuleringene i direktivbestemmelsen er å gjenfinne i EMDs praksis rundt konvensjonens artikkel 5(1) litra f. Dette tyder på at direktivteksten er utformet med konvensjonsbestemmelsen i mente. På denne bakgrunn må det konkluderes med at EMK artikkel 5(1) litra f har liten selvstendig betydning på direktivets område ved siden av direktivets artikkel 15(1). Konvensjonen utgjør imidlertid en skranke for tolkningen av direktivbestemmelsen, ved at sistnevnte må tolkes innenfor de rammene artikkel 5(1) litra f til enhver tid trekker. Tatt i betraktning EF-domstolens dynamiske tolkningsstil er dette ikke uten betydning for den fremtidige rettsutviklingen på området.

Som rettskildefaktor ved tolkningen av direktivets artikkel 15(1), får EMK artikkel 5(1) litra f indirekte betydning for fastleggelsen av ”shortest appropriate period of time” i direktivets artikkel 17(1). Fengsling av enslige mindreårige utlendinger kan ikke skje så lenge myndighetene ikke oppfyller sin plikt til kontinuerlig, effektivt innsats med sikte på utsendelse. Kun den tid vilkåret er oppfylt kan anses som ”appropriate” etter returdirektivets artikkel 17(1). Uten en slik bestemmelse ville det lett kunne argumenteres for at ”shortest appropriate period of time” også måtte omfatte perioder der myndighetene egentlig hadde gitt opp utsendelsen, men av andre grunner så det hensiktsmessig å beholde utlendingen i sin varetekt.

2.4 Er det grunnlag for å trekke sikre konklusjoner vedrørende hvordan uttrykket ”shortest appropriate period of time” må forstås som uttrykk for fremtidig gjeldende rett i Norge?

Jeg vil i dette avsnittet gi en oppsummering av innholdet i uttrykket ”shortest appropriate period of time” i returdirektivets artikkel 17(1) som uttrykk for norsk rett, basert på de funnene jeg har gjort. Begrepets innhold gir uttrykk for hvilke grenser som vil gjelde med hensyn til fastsettelse av fengslingstid for enslige mindreårige utlendinger etter at direktivet er implementert i norsk rett.

Det rettslige vurderingstema, ”shortest appropriate period of time”, er i direktivet gitt en svært skjønnsmessig utforming. Det følger av ordlyden at frihetsberøvelsen skal være kortest mulig passende, men det kan ikke utledes fra ordlyden hvilke momenter som vil være relevante i vurderingen av hva som er mulig eller passende. Ordlyden gir heller ikke grunnlag for å fastsette en absolutt maksimalgrense med hensyn til fengslingslengden.

Den absolutte grensen på 18 måneder som direktivet oppstiller i artikkel 15, gjelder også ved fengsling av enslige mindreårige. Fastsettelsen av fengslingstid etter artikkel 17(1) kan derfor ikke overstige 18 måneder. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det etter artikkel 17(1) må oppstilles en absolutt grense for barn som er lavere enn dette. Direktivet må også forstås slik at fengslingstiden skal være kortere for barn enn for voksne. Et av grunnvilkårene for fengsling etter direktivet er at myndighetene arbeider aktivt for en effektivering av utsendelsesvedtaket. All den tid slik innsats ikke nedlegges, vil en ligge utenfor det som kan anses ”appropriate” etter artikkel 17(1).

Hensynet til barnets beste vil være et sentralt moment ved fastsettelsen av ”shortest appropriate period of time” etter direktivets artikkel 17(1). Dette følger uttrykkelig av direktivet. Men det fremgår ikke hvilke kriterier som skal legges til grunn ved fastsettelsen av barnets beste. Direktivet sier heller ikke noe om hvilke andre interesser som kan tas med

i vurderingen eller hvilken vekt barnets beste skal ha i avveiningen mellom disse. Utgangspunktet må være at alle interesser er relevante.

Direktivets artikkel 17(1) må tolkes i lys av Barnekonvensjonens artikkel 37 litra b jf. artikkel 3. Barnekomiteen har slått fast at etter Barnekonvensjonen forbyr utlendingsrettslig fengsling utelukkende på det grunnlag at vedkommende mangler lovlig opphold. Dessuten har Barnekomiteen gitt uttrykk for at det må gjelde visse begrensninger med hensyn til vektleggingen av innvandringspolitiske hensyn versus barnets beste. Høyesterett har tolket Barnekomiteens uttalelser slik at Barnekonvensjonen ikke utelukker at innvandringspolitiske hensyn etter omstendighetene kan veie tyngre enn hensynet til barnets beste. Dette gjelder særlig der slike hensyn er basert på et ønske om å beskytte barn mot å komme i en vanskelig situasjon.

Flere samfunnsmessige hensyn taler for mer eller mindre langvarig frihetsberøvelse, også når vedkommende er enslig og mindreårig. Utsendelsesprosessen, herunder arbeidet med verifisering av utlendingens identitet, kan være svært tidkrevende. Myndighetene vil ofte ha manglende kontroll med fremgangen når prosessen involverer fremmede lands myndigheter. Dessuten vil myndighetene ofte mangle kunnskap om utlendingens bakgrunn, og hensynet til rikets og borgernes sikkerhet kan derfor tilsi at utlendingen holdes under oppsyn. Bruk av langvarig frihetsberøvelse må også antas å kunne ha en viss allmennpreventiv effekt, med den konsekvens at antallet utlendinger uten lovlig opphold over tid reduseres. Dette kan bidra til å frigjøre ressurser som i sin tur kan komme utlendinger med lovlig opphold til gode.

Barnets beste vil oftest tilsi at barnet ikke fengsles i det hele tatt, og der fengsling besluttes, vil hensynet tale for at fengslingstiden settes til et minimum. For å bestemme hvilken vekt barnets beste skal tillegges i avveiningen mot øvrige interesser i fastsettelsen av ”shortest appropriate period of time”, må det sees hen til de negative konsekvensene fengslingen kan få for barnet. Mye tyder på at de negative virkningene av frihetsberøvelse vil være store for barn fordi de befinner seg på et tidlig utviklingsstadium og har behov for faste, normale

rammer. Enslige mindreårige utlendinger utgjør en særlig sårbar gruppe fordi de er alene, befinner seg utenfor kjente omgivelser, og statistisk sett ofte sliter med mentale problemer. Dette kan gjøre frihetsberøvelsen ekstra vanskelig å takle. Det foreligger undersøkelser som tyder på at opphold på lukkede mottak har en negativ effekt på barnets mentale helse. Når de negative virkningene er av så alvorlig karakter, er det grunn til å legge særlig stor vekt på hensynet til barnets beste når fengslingstiden skal fastsettes etter returdirektivets artikkel 17(1). Fengslingstiden bør i så fall settes så kort at risikoen for de nevnte virkningene minimeres.

Direktivet gjør også fengslingstiden til gjenstand for en proporsjonalitetsvurdering i forhold til "objectives pursued". Det er uklart hva som omfattes av dette begrepet. Utsendelse vil alltid være formålet med en fengsling fattet innenfor rammene av returdirektivet. Det kan også ligge andre interesser bak en konkret sak om utsendelse, eksempelvis ønsket om å oppnå en signaleffekt overfor potensielle migranter, eller hensynet til rikets eller allmennhetens sikkerhet. Spørsmålet blir om også slike interesser er relevante for proporsjonalitetsvurderingen. En tolkning i lys av EMK artikkel 5(1) gir holdepunkter for at vurderingen ikke knytter seg til slike bakenforliggende interesser. Etter EMK vil fengslingen trolig være proporsjonal så lenge myndighetene aktivt arbeider med utsendelsen. EMD-praksis er imidlertid noe uklar på dette punkt. Det er også uklart hvorvidt det samme kan legges til grunn etter returdirektivet.

3 I hvilken grad bidrar returdirektivets artikkel 17(1) til å styrke enslige mindreårige utlendingers menneskerettslige vern?

Jeg vil i dette avsnittet ta stilling til hvorvidt returdirektivet bidrar til å styrke enslige mindreårige utlendingers menneskerettslige vern. Redegjørelsen baserer seg på de funnene jeg har gjort. Det understrekes at fremstillingen derfor ikke kan sies å utgjøre en

selvstendig normativ vurdering av spørsmålet. En viss indikasjon på hva svaret på spørsmålet vil være, kan funnene likevel bidra til.

Direktivet innfører en absolutt grense på 18 måneders fengsling. En slik absolutt grense finnes verken i EMK eller i Barnekonvensjonen. Det må imidlertid bemerkes at Barnekomiteen, i forhold til strafferettslig varetektsfengsling, har gitt signaler om hva som er konvensjonskonform praksis. Denne ligger betraktelig lavere enn 18 måneder. Uttalelsene gjelder ikke utlendingsrettslig fengsling. Det kan antas at de likevel gir en viss veiledning om konvensjonens grenser også i forhold til slik fengsling. Mange av Schengenstatene har frem til nå operert med absolutte maksimalgrenser for utlendingsrettslig fengsling som ligger lavere enn 18 måneder. Direktivet kan dermed oppfattes som en legitimering av lengre fengslinger. Direktivet kommer dessuten på en tid der Europa er preget av store migrasjonsstrømmer, hvilket tilsier at mange av Schengenstatene som opererer med strengere grenser vil la seg friste til å utvide den lovlige fengslingstiden til 18 måneder. Innføringen av en øvre tidsbegrensning for utlendingsrettslig fengsling er prinsipielt viktig for utlendingens vern. Men den innebærer i realiteten en svekkelse av vernet når den settes høyere enn det som følger av lov eller praksis i de fleste Schengenstatene.

Direktivet fremhever også barnets beste som et viktig hensyn når fengslingstiden skal fastsettes for enslige mindreårige utlendinger etter artikkel 17(1). Det bidrar imidlertid ikke til noen oppklaring av hvordan barnets beste skal avgjøres, eller hvilken vekt barnets beste skal tillegges i avveiningen mot andre hensyn. Heller ikke Barnekonvensjonen gir særlig god veiledning her. En rettslig avklaring hadde vært nyttig. Tilknytningen til Barnekonvensjonen har også kommet vagt til uttrykk i direktivet. Dette kan innebære en risiko for at de retningslinjer Barnekomiteen gir for forståelsen- og vektingen av barnets beste etter Barnekonvensjonen, fravikes ved tolkningen og anvendelsen av returdirektivet. Det må antas at nasjonale myndigheter og domstoler i hvert fall i enkelte tilfeller vil kunne være mer tilbøyelige til å la andre hensyn enn barnets beste få gjennomslag når fengslingstiden skal fastsettes.

Direktivet innfører et proporsjonalitetskrav med hensyn til fengsling. Det er grunn til å tro at kravet bygger på formuleringer fra EMD-praksis rundt EMK artikkel 5(1). Det er positivt med en regelfesting av en slik proporsjonalitetsvurdering i forhold til utlendingsrettslig fengsling. I likhet med proporsjonalitetsvurderingen som følger av EMK, er det imidlertid uklart hvilke interesser fengslingstiden skal holdes opp mot i interesseavveiningen som må foretas.

Direktivets forhold til folkeretten kunne med fordel ha kommet tydeligere frem i direktivet, særlig med hensyn til hvilke konvensjoner som utgjør relevante tolkningsfaktorer. Den vage angivelsen av hva som er relevant kan tyde på et ønske om å etablere regler i overensstemmelse med menneskerettighetene, men uten å binde EU-retten for tett til den fremtidige rettsutviklingen i folkeretten som blant annet EMD og Barnekomiteen har stor innflytelse over.

4 Vedlegg

4.1 Vedlegg I: Direktiv 2008/115/EC (Returdirektivet) (engelsk utgave)

Kilde: Eur-lex [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:01:EN:HTML)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:01:EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:01:EN:HTML)

Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals

Official Journal L 348 , 24/12/2008 P. 0098 - 0107

Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council

of 16 December 2008

on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 63(3)(b) thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty [1],

Whereas:

(1) The Tampere European Council of 15 and 16 October 1999 established a coherent approach in the field of immigration and asylum, dealing together with the creation of a

common asylum system, a legal immigration policy and the fight against illegal immigration.

(2) The Brussels European Council of 4 and 5 November 2004 called for the establishment of an effective removal and repatriation policy, based on common standards, for persons to be returned in a humane manner and with full respect for their fundamental rights and dignity.

(3) On 4 May 2005 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted "Twenty guidelines on forced return".

(4) Clear, transparent and fair rules need to be fixed to provide for an effective return policy as a necessary element of a well managed migration policy.

(5) This Directive should establish a horizontal set of rules, applicable to all third-country nationals who do not or who no longer fulfil the conditions for entry, stay or residence in a Member State.

(6) Member States should ensure that the ending of illegal stay of third-country nationals is carried out through a fair and transparent procedure. According to general principles of EU law, decisions taken under this Directive should be adopted on a case-by-case basis and based on objective criteria, implying that consideration should go beyond the mere fact of an illegal stay. When using standard forms for decisions related to return, namely return decisions and, if issued, entry-ban decisions and decisions on removal, Member States should respect that principle and fully comply with all applicable provisions of this Directive.

(7) The need for Community and bilateral readmission agreements with third countries to facilitate the return process is underlined. International cooperation with countries of origin at all stages of the return process is a prerequisite to achieving sustainable return.

(8) It is recognised that it is legitimate for Member States to return illegally staying third-country nationals, provided that fair and efficient asylum systems are in place which fully respect the principle of non-refoulement.

(9) In accordance with Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status [2], a third-country national who has applied for asylum in a Member State should not be regarded as staying illegally on the territory of that Member State until a negative decision on the application, or a decision ending his or her right of stay as asylum seeker has entered into force.

(10) Where there are no reasons to believe that this would undermine the purpose of a return procedure, voluntary return should be preferred over forced return and a period for voluntary departure should be granted. An extension of the period for voluntary departure

should be provided for when considered necessary because of the specific circumstances of an individual case. In order to promote voluntary return, Member States should provide for enhanced return assistance and counselling and make best use of the relevant funding possibilities offered under the European Return Fund.

(11) A common minimum set of legal safeguards on decisions related to return should be established to guarantee effective protection of the interests of the individuals concerned. The necessary legal aid should be made available to those who lack sufficient resources. Member States should provide in their national legislation for which cases legal aid is to be considered necessary.

(12) The situation of third-country nationals who are staying illegally but who cannot yet be removed should be addressed. Their basic conditions of subsistence should be defined according to national legislation. In order to be able to demonstrate their specific situation in the event of administrative controls or checks, such persons should be provided with written confirmation of their situation. Member States should enjoy wide discretion concerning the form and format of the written confirmation and should also be able to include it in decisions related to return adopted under this Directive.

(13) The use of coercive measures should be expressly subject to the principles of proportionality and effectiveness with regard to the means used and objectives pursued. Minimum safeguards for the conduct of forced return should be established, taking into account Council Decision 2004/573/EC of 29 April 2004 on the organisation of joint flights for removals from the territory of two or more Member States, of third-country nationals who are subjects of individual removal orders [3]. Member States should be able to rely on various possibilities to monitor forced return.

(14) The effects of national return measures should be given a European dimension by establishing an entry ban prohibiting entry into and stay on the territory of all the Member States. The length of the entry ban should be determined with due regard to all relevant circumstances of an individual case and should not normally exceed five years. In this context, particular account should be taken of the fact that the third-country national concerned has already been the subject of more than one return decision or removal order or has entered the territory of a Member State during an entry ban.

(15) It should be for the Member States to decide whether or not the review of decisions related to return implies the power for the reviewing authority or body to substitute its own decision related to the return for the earlier decision.

(16) The use of detention for the purpose of removal should be limited and subject to the principle of proportionality with regard to the means used and objectives pursued. Detention is justified only to prepare the return or carry out the removal process and if the application of less coercive measures would not be sufficient.

(17) Third-country nationals in detention should be treated in a humane and dignified manner with respect for their fundamental rights and in compliance with international and national law. Without prejudice to the initial apprehension by law-enforcement authorities, regulated by national legislation, detention should, as a rule, take place in specialised detention facilities.

(18) Member States should have rapid access to information on entry bans issued by other Member States. This information sharing should take place in accordance with Regulation (EC) No 1987/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on the establishment, operation and use of the second generation Schengen Information System (SIS II) [4].

(19) Cooperation between the institutions involved at all levels in the return process and the exchange and promotion of best practices should accompany the implementation of this Directive and provide European added value.

(20) Since the objective of this Directive, namely to establish common rules concerning return, removal, use of coercive measures, detention and entry bans, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of its scale and effects, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary to achieve that objective.

(21) Member States should implement this Directive without discrimination on the basis of sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinions, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation.

(22) In line with the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child, the "best interests of the child" should be a primary consideration of Member States when implementing this Directive. In line with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, respect for family life should be a primary consideration of Member States when implementing this Directive.

(23) Application of this Directive is without prejudice to the obligations resulting from the Geneva Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, as amended by the New York Protocol of 31 January 1967.

(24) This Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

(25) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Denmark is not taking part in the adoption of this Directive and is not bound

by it or subject to its application. Given that this Directive builds — to the extent that it applies to third-country nationals who do not fulfil or who no longer fulfil the conditions of entry in accordance with the Schengen Borders Code [5] — upon the Schengen acquis under the provisions of Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community, Denmark shall, in accordance with Article 5 of the said Protocol, decide, within a period of six months after the adoption of this Directive, whether it will implement it in its national law.

(26) To the extent that it applies to third-country nationals who do not fulfil or who no longer fulfil the conditions of entry in accordance with the Schengen Borders Code, this Directive constitutes a development of provisions of the Schengen acquis in which the United Kingdom does not take part, in accordance with Council Decision 2000/365/EC of 29 May 2000 concerning the request of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to take part in some of the provisions of the Schengen acquis [6]; moreover, in accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, and without prejudice to Article 4 of the said Protocol, the United Kingdom is not taking part in the adoption of this Directive and is therefore not bound by it in its entirety or subject to its application.

(27) To the extent that it applies to third-country nationals who do not fulfil or who no longer fulfil the conditions of entry in accordance with the Schengen Borders Code, this Directive constitutes a development of provisions of the Schengen acquis in which Ireland does not take part, in accordance with Council Decision 2002/192/EC of 28 February 2002 concerning Ireland's request to take part in some of the provisions of the Schengen acquis [7]; moreover, in accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, and without prejudice to Article 4 of the said Protocol, Ireland is not taking part in the adoption of this Directive and is therefore not bound by it in its entirety or subject to its application.

(28) As regards Iceland and Norway, this Directive constitutes — to the extent that it applies to third-country nationals who do not fulfil or who no longer fulfil the conditions of entry in accordance with the Schengen Borders Code — a development of provisions of the Schengen acquis within the meaning of the Agreement concluded by the Council of the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway concerning the association of those two States with the implementation, application and development of the Schengen acquis, which fall within the area referred to in Article 1, point C, of Council Decision 1999/437/EC [8] on certain arrangements for the application of that Agreement.

(29) As regards Switzerland, this Directive constitutes — to the extent that it applies to third-country nationals who do not fulfil or who no longer fulfil the conditions of entry in accordance with the Schengen Borders Code — a development of provisions of the Schengen acquis within the meaning of the Agreement between the European Union, the European Community and the Swiss Confederation on the Swiss Confederation's

association with the implementation, application and development of the Schengen acquis, which fall within the area referred to in Article 1, point C, of Decision 1999/437/EC read in conjunction with Article 3 of Council Decision 2008/146/EC [9] on the conclusion, on behalf of the European Community, of that Agreement.

(30) As regards Liechtenstein, this Directive constitutes — to the extent that it applies to third-country nationals who do not fulfil or who no longer fulfil the conditions of entry in accordance with the Schengen Borders Code — a development of provisions of the Schengen acquis within the meaning of the Protocol between the European Union, the European Community, the Swiss Confederation and the Principality of Liechtenstein on the accession of the Principality of Liechtenstein to the Agreement between the European Union, the European Community and the Swiss Confederation on the Swiss Confederation's association with the implementation, application and development of the Schengen acquis, which fall within the area referred to in Article 1, point C, of Decision 1999/437/EC read in conjunction with Article 3 of Council Decision 2008/261/EC [10] on the signature, on behalf of the European Community, and on the provisional application of, certain provisions of that Protocol,

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER I

GENERAL PROVISIONS

Article 1

Subject matter

This Directive sets out common standards and procedures to be applied in Member States for returning illegally staying third-country nationals, in accordance with fundamental rights as general principles of Community law as well as international law, including refugee protection and human rights obligations.

Article 2

Scope

1. This Directive applies to third-country nationals staying illegally on the territory of a Member State.

2. Member States may decide not to apply this Directive to third-country nationals who:

(a) are subject to a refusal of entry in accordance with Article 13 of the Schengen Borders Code, or who are apprehended or intercepted by the competent authorities in connection with the irregular crossing by land, sea or air of the external border of a Member State and

who have not subsequently obtained an authorisation or a right to stay in that Member State;

(b) are subject to return as a criminal law sanction or as a consequence of a criminal law sanction, according to national law, or who are the subject of extradition procedures.

3. This Directive shall not apply to persons enjoying the Community right of free movement as defined in Article 2(5) of the Schengen Borders Code.

Article 3

Definitions

For the purpose of this Directive the following definitions shall apply:

1. "third-country national" means any person who is not a citizen of the Union within the meaning of Article 17(1) of the Treaty and who is not a person enjoying the Community right of free movement, as defined in Article 2(5) of the Schengen Borders Code;

2. "illegal stay" means the presence on the territory of a Member State, of a third-country national who does not fulfil, or no longer fulfils the conditions of entry as set out in Article 5 of the Schengen Borders Code or other conditions for entry, stay or residence in that Member State;

3. "return" means the process of a third-country national going back — whether in voluntary compliance with an obligation to return, or enforced — to:

- his or her country of origin, or

- a country of transit in accordance with Community or bilateral readmission agreements or other arrangements, or

- another third country, to which the third-country national concerned voluntarily decides to return and in which he or she will be accepted;

4. "return decision" means an administrative or judicial decision or act, stating or declaring the stay of a third-country national to be illegal and imposing or stating an obligation to return;

5. "removal" means the enforcement of the obligation to return, namely the physical transportation out of the Member State;

6. "entry ban" means an administrative or judicial decision or act prohibiting entry into and stay on the territory of the Member States for a specified period, accompanying a return decision;

7. "risk of absconding" means the existence of reasons in an individual case which are based on objective criteria defined by law to believe that a third-country national who is the subject of return procedures may abscond;

8. "voluntary departure" means compliance with the obligation to return within the time-limit fixed for that purpose in the return decision;

9. "vulnerable persons" means minors, unaccompanied minors, disabled people, elderly people, pregnant women, single parents with minor children and persons who have been subjected to torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence.

Article 4

More favourable provisions

1. This Directive shall be without prejudice to more favourable provisions of:

(a) bilateral or multilateral agreements between the Community or the Community and its Member States and one or more third countries;

(b) bilateral or multilateral agreements between one or more Member States and one or more third countries.

2. This Directive shall be without prejudice to any provision which may be more favourable for the third-country national, laid down in the Community acquis relating to immigration and asylum.

3. This Directive shall be without prejudice to the right of the Member States to adopt or maintain provisions that are more favourable to persons to whom it applies provided that such provisions are compatible with this Directive.

4. With regard to third-country nationals excluded from the scope of this Directive in accordance with Article 2(2)(a), Member States shall:

(a) ensure that their treatment and level of protection are no less favourable than as set out in Article 8(4) and (5) (limitations on use of coercive measures), Article 9(2)(a) (postponement of removal), Article 14(1) (b) and (d) (emergency health care and taking into account needs of vulnerable persons), and Articles 16 and 17 (detention conditions) and

(b) respect the principle of non-refoulement.

Article 5

Non-refoulement, best interests of the child, family life and state of health

When implementing this Directive, Member States shall take due account of:

- (a) the best interests of the child;
- (b) family life;
- (c) the state of health of the third-country national concerned,

and respect the principle of non-refoulement.

CHAPTER II

TERMINATION OF ILLEGAL STAY

Article 6

Return decision

1. Member States shall issue a return decision to any third-country national staying illegally on their territory, without prejudice to the exceptions referred to in paragraphs 2 to 5.
2. Third-country nationals staying illegally on the territory of a Member State and holding a valid residence permit or other authorisation offering a right to stay issued by another Member State shall be required to go to the territory of that other Member State immediately. In the event of non-compliance by the third-country national concerned with this requirement, or where the third-country national's immediate departure is required for reasons of public policy or national security, paragraph 1 shall apply.
3. Member States may refrain from issuing a return decision to a third-country national staying illegally on their territory if the third-country national concerned is taken back by another Member State under bilateral agreements or arrangements existing on the date of entry into force of this Directive. In such a case the Member State which has taken back the third-country national concerned shall apply paragraph 1.
4. Member States may at any moment decide to grant an autonomous residence permit or other authorisation offering a right to stay for compassionate, humanitarian or other reasons to a third-country national staying illegally on their territory. In that event no return decision shall be issued. Where a return decision has already been issued, it shall be withdrawn or suspended for the duration of validity of the residence permit or other authorisation offering a right to stay.
5. If a third-country national staying illegally on the territory of a Member State is the subject of a pending procedure for renewing his or her residence permit or other

authorisation offering a right to stay, that Member State shall consider refraining from issuing a return decision, until the pending procedure is finished, without prejudice to paragraph 6.

6. This Directive shall not prevent Member States from adopting a decision on the ending of a legal stay together with a return decision and/or a decision on a removal and/or entry ban in a single administrative or judicial decision or act as provided for in their national legislation, without prejudice to the procedural safeguards available under Chapter III and under other relevant provisions of Community and national law.

Article 7

Voluntary departure

1. A return decision shall provide for an appropriate period for voluntary departure of between seven and thirty days, without prejudice to the exceptions referred to in paragraphs 2 and 4. Member States may provide in their national legislation that such a period shall be granted only following an application by the third-country national concerned. In such a case, Member States shall inform the third-country nationals concerned of the possibility of submitting such an application.

The time period provided for in the first subparagraph shall not exclude the possibility for the third-country nationals concerned to leave earlier.

2. Member States shall, where necessary, extend the period for voluntary departure by an appropriate period, taking into account the specific circumstances of the individual case, such as the length of stay, the existence of children attending school and the existence of other family and social links.

3. Certain obligations aimed at avoiding the risk of absconding, such as regular reporting to the authorities, deposit of an adequate financial guarantee, submission of documents or the obligation to stay at a certain place may be imposed for the duration of the period for voluntary departure.

4. If there is a risk of absconding, or if an application for a legal stay has been dismissed as manifestly unfounded or fraudulent, or if the person concerned poses a risk to public policy, public security or national security, Member States may refrain from granting a period for voluntary departure, or may grant a period shorter than seven days.

Article 8

Removal

1. Member States shall take all necessary measures to enforce the return decision if no period for voluntary departure has been granted in accordance with Article 7(4) or if the

obligation to return has not been complied with within the period for voluntary departure granted in accordance with Article 7.

2. If a Member State has granted a period for voluntary departure in accordance with Article 7, the return decision may be enforced only after the period has expired, unless a risk as referred to in Article 7(4) arises during that period.

3. Member States may adopt a separate administrative or judicial decision or act ordering the removal.

4. Where Member States use — as a last resort — coercive measures to carry out the removal of a third-country national who resists removal, such measures shall be proportionate and shall not exceed reasonable force. They shall be implemented as provided for in national legislation in accordance with fundamental rights and with due respect for the dignity and physical integrity of the third-country national concerned.

5. In carrying out removals by air, Member States shall take into account the Common Guidelines on security provisions for joint removals by air annexed to Decision 2004/573/EC.

6. Member States shall provide for an effective forced-return monitoring system.

Article 9

Postponement of removal

1. Member States shall postpone removal:

(a) when it would violate the principle of non-refoulement, or

(b) for as long as a suspensory effect is granted in accordance with Article 13(2).

2. Member States may postpone removal for an appropriate period taking into account the specific circumstances of the individual case. Member States shall in particular take into account:

(a) the third-country national's physical state or mental capacity;

(b) technical reasons, such as lack of transport capacity, or failure of the removal due to lack of identification.

3. If a removal is postponed as provided for in paragraphs 1 and 2, the obligations set out in Article 7(3) may be imposed on the third-country national concerned.

Article 10

Return and removal of unaccompanied minors

1. Before deciding to issue a return decision in respect of an unaccompanied minor, assistance by appropriate bodies other than the authorities enforcing return shall be granted with due consideration being given to the best interests of the child.
2. Before removing an unaccompanied minor from the territory of a Member State, the authorities of that Member State shall be satisfied that he or she will be returned to a member of his or her family, a nominated guardian or adequate reception facilities in the State of return.

Article 11

Entry ban

1. Return decisions shall be accompanied by an entry ban:
 - (a) if no period for voluntary departure has been granted, or
 - (b) if the obligation to return has not been complied with.

In other cases return decisions may be accompanied by an entry ban.

2. The length of the entry ban shall be determined with due regard to all relevant circumstances of the individual case and shall not in principle exceed five years. It may however exceed five years if the third-country national represents a serious threat to public policy, public security or national security.
3. Member States shall consider withdrawing or suspending an entry ban where a third-country national who is the subject of an entry ban issued in accordance with paragraph 1, second subparagraph, can demonstrate that he or she has left the territory of a Member State in full compliance with a return decision.

Victims of trafficking in human beings who have been granted a residence permit pursuant to Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities [11] shall not be subject of an entry ban without prejudice to paragraph 1, first subparagraph, point (b), and provided that the third-country national concerned does not represent a threat to public policy, public security or national security.

Member States may refrain from issuing, withdraw or suspend an entry ban in individual cases for humanitarian reasons.

Member States may withdraw or suspend an entry ban in individual cases or certain categories of cases for other reasons.

4. Where a Member State is considering issuing a residence permit or other authorisation offering a right to stay to a third-country national who is the subject of an entry ban issued by another Member State, it shall first consult the Member State having issued the entry ban and shall take account of its interests in accordance with Article 25 of the Convention implementing the Schengen Agreement [12].

5. Paragraphs 1 to 4 shall apply without prejudice to the right to international protection, as defined in Article 2(a) of Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted [13], in the Member States.

CHAPTER III

PROCEDURAL SAFEGUARDS

Article 12

Form

1. Return decisions and, if issued, entry-ban decisions and decisions on removal shall be issued in writing and give reasons in fact and in law as well as information about available legal remedies.

The information on reasons in fact may be limited where national law allows for the right to information to be restricted, in particular in order to safeguard national security, defence, public security and for the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences.

2. Member States shall provide, upon request, a written or oral translation of the main elements of decisions related to return, as referred to in paragraph 1, including information on the available legal remedies in a language the third-country national understands or may reasonably be presumed to understand.

3. Member States may decide not to apply paragraph 2 to third country nationals who have illegally entered the territory of a Member State and who have not subsequently obtained an authorisation or a right to stay in that Member State.

In such cases decisions related to return, as referred to in paragraph 1, shall be given by means of a standard form as set out under national legislation.

Member States shall make available generalised information sheets explaining the main elements of the standard form in at least five of those languages which are most frequently used or understood by illegal migrants entering the Member State concerned.

Article 13

Remedies

1. The third-country national concerned shall be afforded an effective remedy to appeal against or seek review of decisions related to return, as referred to in Article 12(1), before a competent judicial or administrative authority or a competent body composed of members who are impartial and who enjoy safeguards of independence.
2. The authority or body mentioned in paragraph 1 shall have the power to review decisions related to return, as referred to in Article 12(1), including the possibility of temporarily suspending their enforcement, unless a temporary suspension is already applicable under national legislation.
3. The third-country national concerned shall have the possibility to obtain legal advice, representation and, where necessary, linguistic assistance.
4. Member States shall ensure that the necessary legal assistance and/or representation is granted on request free of charge in accordance with relevant national legislation or rules regarding legal aid, and may provide that such free legal assistance and/or representation is subject to conditions as set out in Article 15(3) to (6) of Directive 2005/85/EC.

Article 14

Safeguards pending return

1. Member States shall, with the exception of the situation covered in Articles 16 and 17, ensure that the following principles are taken into account as far as possible in relation to third-country nationals during the period for voluntary departure granted in accordance with Article 7 and during periods for which removal has been postponed in accordance with Article 9:
 - (a) family unity with family members present in their territory is maintained;
 - (b) emergency health care and essential treatment of illness are provided;
 - (c) minors are granted access to the basic education system subject to the length of their stay;
 - (d) special needs of vulnerable persons are taken into account.

2. Member States shall provide the persons referred to in paragraph 1 with a written confirmation in accordance with national legislation that the period for voluntary departure has been extended in accordance with Article 7(2) or that the return decision will temporarily not be enforced.

CHAPTER IV

DETENTION FOR THE PURPOSE OF REMOVAL

Article 15

Detention

1. Unless other sufficient but less coercive measures can be applied effectively in a specific case, Member States may only keep in detention a third-country national who is the subject of return procedures in order to prepare the return and/or carry out the removal process, in particular when:

(a) there is a risk of absconding or

(b) the third-country national concerned avoids or hampers the preparation of return or the removal process.

Any detention shall be for as short a period as possible and only maintained as long as removal arrangements are in progress and executed with due diligence.

2. Detention shall be ordered by administrative or judicial authorities.

Detention shall be ordered in writing with reasons being given in fact and in law.

When detention has been ordered by administrative authorities, Member States shall:

(a) either provide for a speedy judicial review of the lawfulness of detention to be decided on as speedily as possible from the beginning of detention;

(b) or grant the third-country national concerned the right to take proceedings by means of which the lawfulness of detention shall be subject to a speedy judicial review to be decided on as speedily as possible after the launch of the relevant proceedings. In such a case Member States shall immediately inform the third-country national concerned about the possibility of taking such proceedings.

The third-country national concerned shall be released immediately if the detention is not lawful.

3. In every case, detention shall be reviewed at reasonable intervals of time either on application by the third-country national concerned or ex officio. In the case of prolonged detention periods, reviews shall be subject to the supervision of a judicial authority.

4. When it appears that a reasonable prospect of removal no longer exists for legal or other considerations or the conditions laid down in paragraph 1 no longer exist, detention ceases to be justified and the person concerned shall be released immediately.

5. Detention shall be maintained for as long a period as the conditions laid down in paragraph 1 are fulfilled and it is necessary to ensure successful removal. Each Member State shall set a limited period of detention, which may not exceed six months.

6. Member States may not extend the period referred to in paragraph 5 except for a limited period not exceeding a further twelve months in accordance with national law in cases where regardless of all their reasonable efforts the removal operation is likely to last longer owing to:

(a) a lack of cooperation by the third-country national concerned, or

(b) delays in obtaining the necessary documentation from third countries.

Article 16

Conditions of detention

1. Detention shall take place as a rule in specialised detention facilities. Where a Member State cannot provide accommodation in a specialised detention facility and is obliged to resort to prison accommodation, the third-country nationals in detention shall be kept separated from ordinary prisoners.

2. Third-country nationals in detention shall be allowed — on request — to establish in due time contact with legal representatives, family members and competent consular authorities.

3. Particular attention shall be paid to the situation of vulnerable persons. Emergency health care and essential treatment of illness shall be provided.

4. Relevant and competent national, international and non-governmental organisations and bodies shall have the possibility to visit detention facilities, as referred to in paragraph 1, to the extent that they are being used for detaining third-country nationals in accordance with this Chapter. Such visits may be subject to authorisation.

5. Third-country nationals kept in detention shall be systematically provided with information which explains the rules applied in the facility and sets out their rights and

obligations. Such information shall include information on their entitlement under national law to contact the organisations and bodies referred to in paragraph 4.

Article 17

Detention of minors and families

1. Unaccompanied minors and families with minors shall only be detained as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time.
2. Families detained pending removal shall be provided with separate accommodation guaranteeing adequate privacy.
3. Minors in detention shall have the possibility to engage in leisure activities, including play and recreational activities appropriate to their age, and shall have, depending on the length of their stay, access to education.
4. Unaccompanied minors shall as far as possible be provided with accommodation in institutions provided with personnel and facilities which take into account the needs of persons of their age.
5. The best interests of the child shall be a primary consideration in the context of the detention of minors pending removal.

Article 18

Emergency situations

1. In situations where an exceptionally large number of third-country nationals to be returned places an unforeseen heavy burden on the capacity of the detention facilities of a Member State or on its administrative or judicial staff, such a Member State may, as long as the exceptional situation persists, decide to allow for periods for judicial review longer than those provided for under the third subparagraph of Article 15(2) and to take urgent measures in respect of the conditions of detention derogating from those set out in Articles 16(1) and 17(2).
2. When resorting to such exceptional measures, the Member State concerned shall inform the Commission. It shall also inform the Commission as soon as the reasons for applying these exceptional measures have ceased to exist.
3. Nothing in this Article shall be interpreted as allowing Member States to derogate from their general obligation to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of their obligations under this Directive.

CHAPTER V

FINAL PROVISIONS

Article 19

Reporting

The Commission shall report every three years to the European Parliament and the Council on the application of this Directive in the Member States and, if appropriate, propose amendments.

The Commission shall report for the first time by 24 December 2013 and focus on that occasion in particular on the application of Article 11, Article 13(4) and Article 15 in Member States. In relation to Article 13(4) the Commission shall assess in particular the additional financial and administrative impact in Member States.

Article 20

Transposition

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by 24 December 2010. In relation to Article 13(4), Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by 24 December 2011. They shall forthwith communicate to the Commission the text of those measures.

When Member States adopt those measures, they shall contain a reference to this Directive or be accompanied by such a reference on the occasion of their official publication. Member States shall determine how such reference is to be made.

2. Member States shall communicate to the Commission the text of the main provisions of national law which they adopt in the field covered by this Directive.

Article 21

Relationship with the Schengen Convention

This Directive replaces the provisions of Articles 23 and 24 of the Convention implementing the Schengen Agreement.

Article 22

Entry into force

This Directive shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the Official Journal of the European Union.

Article 23

Addressees

This Directive is addressed to the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community.

Done at Strasbourg, 16 December 2008.

For the European Parliament

The President

H.-G. Pöttering

For the Council

The President

B. Le Maire

[1] Opinion of the European Parliament of 18 June 2008 (not yet published in the Official Journal) and Council Decision of 9 December 2008.

[2] OJ L 326, 13.12.2005, p. 13.

[3] OJ L 261, 6.8.2004, p. 28.

[4] OJ L 381, 28.12.2006, p. 4.

[5] Regulation (EC) No 562/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (OJ L 105, 13.4.2006, p. 1).

[6] OJ L 131, 1.6.2000, p. 43.

[7] OJ L 64, 7.3.2002, p. 20.

[8] OJ L 176, 10.7.1999, p. 31.

[9] OJ L 53, 27.2.2008, p. 1.

[10] OJ L 83, 26.3.2008, p. 3.

[11] OJ L 261, 6.8.2004, p. 19.

[12] OJ L 239, 22.9.2000, p. 19.

[13] OJ L 304, 30.9.2004, p. 12.

4.2 Vedlegg II: EMK artikkel 5(1) (engelsk utgave)

Kilde: lovdata

Art 5. *Right to liberty and security*

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

- a. the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
- b. 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;
- c. the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
- d. the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
- e. the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
- f. the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

4.3 Vedlegg III: FNs barnekonvensjon artikkel 3 og artikkel 37 (engelsk utgave)

Kilde: Lovdata

Art 3.

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.
2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.
3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

Art 37.

States Parties shall ensure that:

- (a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;
- (b) 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 last resort and for the shortest appropriate period of time;
- (c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances;
- (d) Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action.

5 Litteraturliste

- Arnesen, Finn *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. 3. utg. Oslo, 1995 (IUSEF nr. 2)
- Boe, Erik *Schengen og Grunnloven*. I: IUSEF nr. 30 (1999), s.54
- Den interamerikanske
Menneskerettskommisjon. *resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno*.2008.
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6444.pdf> [sitert 10.03.10]
- Den norske EU-delegasjonen *En felles innvandringspolitikk i Europa*
http://www.eu-norge.org/Aktuelt/Rapporter/felles_innvandringspol/
[lest 26.01.10]
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5.utg. (ved Helgesen, Jan E.). Oslo, 2001 (2. opplag 2005)
- ECRE *Brev fra Amnesty International og ECRE til Europaparlamentet*. 2008.
http://www.ecre.org/resources/ECRE_actions/1080
[sitert 10.03.10]

- Eide, Ketil og Broch, Tuva *Enslige mindreårige flyktninger Kunnskapsstatus og forskningsmessige utfordringer. I: RBUP Regionsenter for barn og unges psykiske helse, Helseregion øst og sør (2010)*
- Engsig Sørensen, Karsten og Nielsen, Poul Runge *EU-retten 3.utg. København, 2004*
- Europaparlamentet *Knocking on Europe's door – A delegation to Denmark. 18.04.2008.*
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20080415FCS26634+0+DOC+XML+V0//EN> [sitert 03.03.10]
- Europarådet *Ratifikasjoner – Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=1&DF=17/04/2010&CL=ENG>
 [lest 26.03.10]
- Gitmark, Hannah *Tettere europeisk samarbeid om enslige mindreårige asylsøkere. 2009.*
<http://norwayportal.mfa.no/no/Norge--delegasjonen-til-EU/Aktuelt/Nyhetsartikler/Tettere-europeisk-samarbeid-om-enslige-mindrearige-asylsokere/> [sitert 18.03.10]
- Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter. 1. utg. Oslo, 2003 (2. opplag 2004)*

- Nielsen, Signe Smith *Psykisk helbred blandt asylbørn i Danmark. I: Ugeskrift for læger. nr.43 (2007) s.3660-3665*
- Sandvig, Jenny *Trandum: Ansatte og innsatte lever i frykt. 25.03.10.*
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3581945.ece> [sitert 04.04.10]
- Schabas and Sax ”Article 37. Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty” , in: A Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006)
- Sivilombudsmannen Særskilt melding fra Sivilombudsmannen til Stortinget, Dokument nr. 4:1 (2006-2007)
Ombudsmannens undersøkelse av Politiets utlendingsinternat på Trandum. Oslo, 2006
<http://www.sivilombudsmannen.no/getfile.php/Filer/S%C3%A6rskilte%20meldinger/Trandum.pdf> [sitert 04.04.10]
- UN Treaty Collection *Status of Treaties – Convention on the Rights of the Child.*
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TR EATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en [lest 26.03.10]

- Utlendingsdirektoratet *Asylsøknader enslige mindreårige asylsøkere 2009.* 2010. <http://www.udi.no/Oversiktsider/Statistikk-og-analyse/Statistikk-/Asyl/Enslige-mindrearige-asylsokere/Asylsoknader-enslige-mindrearige-asylsokere-2009/> [sitert 10.03.10]
- Utlendingsdirektoratet *Asylsøknader fordelt på statsborgerskap 2009.* 2010. <http://www.udi.no/Oversiktsider/Statistikk-og-analyse/Statistikk-/Asyl/Asylsoknader-fordelt-pa-statsborgerskap/Asylsoknader-fordelt-pa-statsborgerskap-2009/> [sitert 10.03.10]
- Utlendingsdirektoratet *Tall og fakta 2008.* 2009 http://www.udi.no/upload/Pub/Aasrapport/2008/UDI_Tall_og_fakta_web_rettet_versjon.pdf [sitert 10.03.10]
- Vevstad, Vigdis *Tendenser Norges rolle i utviklingen av et felles europeisk asylsystem.* I: Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 3 (2007), s.285
- Wegener, Morten *Juridisk metode.* 3. utg. København, 2000
- Norske lover**
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30
- 1999 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62

Traktater

- Barnekonvensjonen Convention on the rights of the child, FNs Generalforsamling resolusjon 44/25, New York 20. november 1989 (UNTS vol. 1577, p.3)
- Det europeiske menneskerettscharteret Charter of Fundamental Rights of the European Union, Strasbourg 12. Desember 2007 (OJ 2007/C303 p.1-16)
- EMK Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 1950 (CETS no. 005)
- EU-traktaten The treaty on European Union, Maastricht 7. Februar 1992, med senere endringer ved Amsterdam-, Nice- og Lisboa-traktaten (OJ C83 30.03.10)

Schengen-avtalen	Agreement concluded by the Council of the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway concerning the latter's association with the implementation, application and development of Schengen acquis, Brüssel 1999 (JO L 176/36)
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969 (UNTS vol. 1155, p. 331)
Direktiver	
Dir. 2003/9/EC	Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers and refugees (OJ L 31, 6.2.2003, p.18-25)
Dir. 2008/115/EC	Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (OJ L 348, 24.12.2008, p. 98-107)

Softlaw

JDL-reglene

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, A/RES/45/113 (14. Des. 1990)

http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/res45_113.pdf

Haag-programmet

The Hague Programme – strengthening freedom, security and justice in the European

Union. Presidency Conclusions – Brussels, 4/5 November 2004, annex 1
http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/the_hague_priorities/doc/hague_programme_en.pdf
[lest 17.04.10]

Den europeiske immigrasjonspakten

The European Pact on Immigration and Asylum. 16. Oktober 2008
<http://soderkoping.org.ua/files/pages/20198/1.pdf> [lest 04.04.10]

P6_TA(2009)0019

European Parliament resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=->

[//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+PDF+V0//EN](#)

P6_TA(2009)0047

European Parliament resolution of 5 February 2009 on the implementation in the European Union of Directive 2003/9/EC laying down minimum standards for the reception of asylum seekers and refugees: visits by the Committee on Civil Liberties 2005-2008

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=->

[//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0047+0+DOC+PDF+V0//EN](#)

Barnekomiteens uttalelser

- CRC Committee, General Comment no. 5(2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6) (Thirty-fourth session, 2003) (U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (2003))
- CRC Committee, General Comment no. 6(2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin (Thirty-ninth session, 2005) (U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005))

CRC Committee, General Comment no. 10(2007) Children´s rights in juvenile justice
(Forty-fourth session, 2007) (U.N. Doc.
CRC/C/GC/10 (2007))

CRC Committee, Concluding observations: Østerrike (UN. Doc. CRC/C/15/Add.98(1999))

CRC Committee, Concluding observations: Canada (UN. Doc. CRC/C/15/Add.215 (2003))

CRC Committee, Concluding observations: Japan (UN. Doc. CRC/C/15/Add.231 (2004))

Norske Forarbeider

NOU 2008:15

Barn og straff

Ot.prp.nr.75 (2006.2007)

Om lov om utlendingers adgang til riket og
deres opphold her (utlendingsloven)

Høringsnotat (2010)

*Høringsnotat om gjennomføringen i norsk rett
av Europaparlaments- og rådsdirektiv
2008/115/EF – returdirektivet.*

<http://www.regjeringen.no/upload/JD/H%C3%B8ringsnotater/H%C3%B8ringsnotat.pdf>

[sitert 09.03.10]

Direktivforarbeider

COM(2005)391 final

Proposal for a directive of the European parliament and of the council on common standards and procedures in member states for returning illegally staying third-country nationals

A6-0339/2007

Report on the proposal for a directive of the European parliament and of the council on common standards and procedures in member states for returning illegally staying third-country nationals

Domsregister

Norske dommer

Rt. 2000.996 (Bøhlerdommen)

Rt. 2000.1811 (Finanger I)

Rt. 2001.1006 (KRL-dommen)

Rt. 2002.557 (Dobbeltstraff I)

Rt. 2005.33

Rt. 2009.1261

EMD- dommer

A and Others v. The United Kingdom	EMD, Strasbourg, 19. Februar 2009
Bankovic and Others v. Belgium and Others	EMD, Strasbourg, 12. Desember 2001
Chahal v. The United Kingdom	EMD, Strasbourg, 15. November 1996
Golder v. The United Kingdom	EMD, Strasbourg, 21. Februar 1975
Kolompar v. Belgium	EMD, Strasbourg, 24. September 1992
Quinn v. France	EMD, Strasbourg, 22. Mars 1995
Raza v. Bulgaria	EMD, Strasbourg, 11. Februar 2010
Saadi v. The United Kingdom	EMD, Strasbourg, 29. Januar 2008

EF-dommer

Sag 9/67	Colditz mod Caisse d'assurance (Saml. 1967/229)
Sag 14/69	Markus & Walsh mod Hauptzollamt Hamburg-Jonas (Saml. 1969/349)
Sag 11/70	Internationale Handelsgesellschaft mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Saml. 1970/1125)
Sag 17/76	Brack mod Insurance Officer (Saml. 1976/1429)

- Sag 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardi SpA mod Sundhedsministeriet (Saml. 1982/3415)
- Sag 327/82 Ekro mod Produktschap voor Vee en Vlees (Saml. 1984/107)
- Sag 222/84 Marguerite Johnston mod The Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Saml. 1986/1651)
- Sag 374/87 Orkem mot Kommissionen (Saml. 1989/3283)
- Sag C-322/88 Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles (Saml. 1989/4407)
- Sag C-188/91 Deutsche Shell AG mod Hauptzollamt Hamburg-Harburg (Saml. 1993 I-363)
- Sag C-465/00 Rechnungshof mod Österreichischer Rundfunk m.fl (Saml. 2003 I-4989)

