

## EMD og Høyesterett – hva betyr signalene?

- Hva innebærer gjenforeningsmålsetningen og når kan denne forlates?
- Hvordan kan tjenestene ivareta kulturperspektivet uten å få «berøringsangst»?

# Kort om foredragsholderen

- Arbeidet som advokat siden 2006 i samme firma med barnevernsrett som en betydelig del av porteføljen
- Ett av landets ledende fagmiljøer innen barnevernsrett
- Omfattende prosedyreerfaring for samtlige instanser
- Bistår både offentlig og privat side i barnevernssaker
- Erstatningssaker mot kommuner med bakgrunn i barnevernssaker
- Kurs og undervisningsvirksomhet

# Hva vi skal gjennom

- Hva er betydningen av dommer fra EMD og hvor treffer kritikken nasjonalt?
- Hva er de viktigste læringspunktene etter de siste års dommer fra EMD og Høyesterett?
  - Skjerpet krav til utredning og begrunnelse, hva betyr dette i praksis?
  - Hvordan forholde seg til gjenforeningsmålsetningen?
  - Når kan gjenforeningsmålsetningen forlates?
  - Hvordan skal tjenestene ivareta kulturperspektivet ute å få «berøringsangst»?

# EMD – en felles Europeisk menneskerettsdomstol

## Domstolens betydning

- 47 medlemsland i Europarådet, med over 800 millioner innbyggere
- EMD ble opprettet i 1959
- Hver medlemsstat har en uavhengig dommer som velges av Europarådet
- Bestemmelsene i EMK er åpent og generelt formulert. Dette gir domstolen en viktig rettslig posisjon. Prinsipp om «dynamisk fortolkning»
- EMD gir nasjonale myndigheter et visst rom for å utøve politisk skjønn om hvordan EMKs rettigheter best ivaretas og balanseres mot andre rettigheter eller kollektive samfunnsbehov (skjønnsmargin)



# EMD – en felles Europeisk menneskerettsdomstol

## Om klagemulighetene

- Individuelle klager på medlemsstatenes brudd på EMK (klager kommer aldri andre veien)
- Klager må ha brukt alle nasjonale klagemuligheter
- Klagen må skje innen 4 måneder etter siste avgjørelse (nylig redusert fra 6 mnd)
- Det må påberopes brudd på en konkret rettighet etter konvensjonen
- Finner domstolen at det er handlet i strid med konvensjonen vil det bli konstatert en krenkelse, og den krenkede kan gis en etter omstendighetene rimelig økonomisk kompensasjon eller erstatning
- Ministerkomiteen i Europarådet ser til at dommene blir overholdt



# EMD – Betydning i norsk rett

- Norge har vært bundet av EMK og EMD helt siden 1950 tallet
- Dommer fra EMD har fått stadig større betydning i norsk rett særlig fra 1990 tallet
- EMK er en del av norsk rett gjennom Menneskerettsloven fra 1999 med fortrinnsrett ved motstrid med annen norsk lovgivning
- Grunnloven fikk i 2014 et eget kapittel om menneskerettigheter
- EMD på barnevernsfeltet
  - «Adelesaken» fra 1996
  - EMD har de siste årene tatt 43 saker mot Norge om barnevern til behandling
  - Norge er dømt for konvensjonskrenkelse i 24 av dem
  - De siste saker ble avgjort i september 2023

# Hvor treffer kritikken fra EMD?

Det er staten Norge som er part i sakene og EMD prøver først og fremst nemndenes og domstolenes behandling av barnevernssaker

## Barneverntjenesten



## Nemnda



## Domstolene



## Skjerpet krav til utredning og begrunnelse – Et sentralt punkt i kritikken fra EMD

- Jo mer inngripende tiltak, desto større krav stilles det til et forsvarlig beslutningsgrunnlag og en grundig begrunnelse.
- Skjerpede krav når foreldrene gjør gjeldende at omsorgsevnen har utviklet seg i positiv retning eller at livssituasjonen har endret seg med betydning for tidligere vurderinger som er gjort
- Når barneverntjenesten vurderer at det ikke er aktuelt at barnet tilbakeføres og det konkluderes med at omsorgsovertakelsen skal være langvarig eller permanent, må det «fremgå uttrykkelig av begrunnelsen hvorfor gjenforening ikke er aktuelt», og i begrunnelsen må en «få frem hva barnevernet har gjort for å muliggjøre tilbakeføring».





## Skjerpet krav til utredning og begrunnelse – Et sentralt punkt i kritikken fra EMD

- Høyesterett og EMD mener det er behov for en innskjerping av kravene som stilles til utredning før tiltak besluttet og de begrunnelser som gis når beslutningen treffes. Tiltak som besluttet må bygge på et tilstrekkelig «forsvarlig faktisk beslutningsgrunnlag» og de må begrunnes på en måte som viser at det er «foretatt en grundig vurdering», hvor «alle tungtveiende momenter er trukket frem» og hvor motstridende argumenter er veid mot hverandre «på en balansert måte».
- Høyesterett og EMD uttaler at man må være forsiktige med å trekke konklusjoner om foreldrenes omsorgsevne og samværskompetanse ut fra begrenset eller utilfredsstillende samvær alene, jfr. HR-2020-661-S avsnitt 155, med videre henvisning til blant annet Strand Lobben hvor dette utgjorde et problem, avsnitt 221.
- Det er nødvendig med et bredt beslutningsgrunnlag. Høyesterett og EMD sier at man etter omstendighetene bør være forsiktig med å bygge på opplysninger kun fra fosterforeldre, jfr. HR-2020-661-S avsnitt 157 og A.S. avsnitt 69 fordi det kan gi et for snevert beslutningsgrunnlag.

## Gjenforeningsmålet – et hovedpunkt i kritikken fra EMD

- Målet om gjenforening går ut på å tilbakeføre barn til deres foreldre etter en omsorgsovertakelse. En omsorgsovertakelse skal som utgangspunktet være midlertidig. Utslag av det biologiske prinsipp.
- For å oppnå dette, må forholdet mellom barnet og foreldrene ivaretas, og dette gjøres som den klare hovedregel ved regelmessig samvær. Etter omstendigheten har staten også andre forpliktelser for å utvikle bevare familiebåndene (arbeide for gjenforening) – særlig hvis lite samvær.
- EMD har i flere av sakene mot Norge hatt kritiske bemerkninger til at norske myndigheter på et for tidlig tidspunkt implisitt har gitt opp gjenforeningsmålsettingen, og uten en tilstrekkelig grundig vurdering.
- I *Strand Lobben-saken* uttrykker domstolen at:
  - ***[...]Accordingly, in the case of imposition of public care restricting family life, a positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible [...]. (avsnitt 205).***
- Gjenforeningsmålet er likevel ikke noe nytt i EMDs praksis, jf. f.eks *Olsson mot Sverige*, avsnitt 81, og *Adele Johansen mot Norge* avsnitt 78

## Gjenforeningsmålet – et hovedpunkt i kritikken fra EMD

- I samtlige av sakene der Norge er domfelt for krenkelse av artikkel 8 er domstolens (EMD) begrunnelse helt eller delvis konsentrert om mangler ved ivaretagelse av gjenforeningsmålet.
- Det dreier seg om at:
  - Gjenforeningsmålet har vært oppgitt implisitt og med manglende begrunnelse.
  - Andre prosessuelle mangler som fravær av oppdaterte sakkyndigerklæringer, mangel på positive tiltak som kan understøtte gjenforeningsmålet.
  - Mangler knyttet til samværsfastsettelsen. Ikke i samsvar med gjenforeningsmålet.

## Gjenforeningsmålet – et hovedpunkt i kritikken fra EMD

- I flere av sakene der Norge er domfelt for fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon, er den manglende ivaretagelsen av gjenforeningsmålet i tiden etter omsorgsovertakelsen sentral for vurderingen av konvensjonskrenkelse.
- EMD har f.eks vist til at der barnet er plassert med sikte på langvarig omsorgsovertakelse er begrensninger i samværet noe som «cemented the situation at the very outset» (*Pedersen and others mot Norge*, avs 68).
- Når myndighetene er ansvarlige for brudd mellom foreldre og barn fordi de ikke har arbeidet for gjenforening, kan ikke en beslutning om adopsjon baseres på manglende bånd mellom foreldre og barnet (*Strand Lobben mot Norge*, avs 208)
- Ny barnevernslov § 8-3 tredje ledd: *Dersom hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barnevernstjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, jf. § 5-7. Barnevernstjenesten skal systematisk og regelmessig vurdere om det er nødvendig å endre tiltaket, eller om vedtak om omsorgsovertakelse kan oppheves*

# Når kan gjenforeningsmålsetningen forlates?

- Heller ikke gjenforeningsmålsettingen er absolutt, og det vil derfor være situasjoner hvor gjenforeningsmålsettingen kan forlates, jf. HR-2020-661-S avs 137
- EMDs praksis krever ikke at det gjøres endeløse eller åpenbart ugjennomførbare forsøk på gjenforening.
- Det kreves bare at det tas alle nødvendige skritt med sikte på gjenforening som *med rimelighet* kan forventes i den konkrete saken
- Høyesterett legger til grunn at det avgjørende er at myndighetene gjør det de kan for å oppnå tilbakeføring jf. HR-2020-661-S avs 146

# Når kan gjenforeningsmålsetningen forlates?

1. Når foreldrene er «particularly unfit», eller
2. Hvis tilbakeføring vil «harm the child's health and development»
3. Kan også være aktuelt «when a considerable period of time has passed» siden omsorgsovertakelsen - da kan hensynet til stabilitet for barnet veie tyngre en hensynet til gjenforening<sup>3</sup>.



# De «særlig uegnede» foreldre

- Dersom de biologiske foreldrene er *særlig uegnet* kan gjenforeningsmålsetningen fravikes
- Det er ikke helt klart ut fra EMDs praksis hvor terskelen for slik uegnethet ligger, men det er grunn til å anta at den ligger forholdsvis høyt, jf. begrepet «particularly», sett i sammenheng med grunnvilkåret om «very exceptional circumstances»
- For at gjenforeningsmålsettingen skal kunne oppgis ut fra foreldrenes manglende egnethet, må det fastslås at de er uegnet til å få barnet tilbakeført, **også på lang sikt**. I dette ligger det at en ikke ser det som en mulighet at foreldrenes omsorgskompetanse i tilstrekkelig grad vil bedre seg i framtiden
- Det er kun unntaksvis at forholdene ligger slik an at myndighetene allerede ved, eller tidlig etter en omsorgsovertakelse, har forutsetninger for å avgjøre om tilbakeføring vil være utelukket i framtiden. Mulig eks: psykisk utviklingshemmede foreldre eller omfattende grov vold

# De «særlig uegnede» foreldre

- I en del saker vil man kunne forlate gjenforeningsmålsetningen tidlig
- I enkelte andre tilfeller vil sakens historikk kunne vise at foreldrene er «særlig uegnet» etter at myndighetene i en periode har arbeidet for gjenforening
- Også de særlig uegnede foreldre skal i utgangspunktet ha samvær mens barnet er i fosterhjem da foreldrene kan være egnet til å utøve samvær selv om tilbakeføring ikke er aktuelt
- Opprettholdelse av familieband har fortsatt en egenverdi selv om gjenforening ikke er målet



# Et fortsatt gjenforeningsmål kan skade barnets helse og utvikling

- For det andre legger EMD og Høyesterett til grunn at foreldre ikke kan kreve iverksatt tiltak som kan *skade barnets helse og utvikling*
- Dette betyr f.eks at adopsjon kan tillates dersom fortsatt fosterhjemsplassing (uten adopsjon) vil kunne skade barnets helse eller utvikling, jf. Strand Lobben avsnitt 209
- Det må også bety at gjenforeningsmålsettingen kan oppgis – uten at det besluttes adopsjon – dersom et fortsatt gjenforeningsmål vil være skadelig for barnets helse og utvikling. Dette vil være et mindre inngripende tiltak enn adopsjon, da barnet og foreldrene fortsatt vil ha rett til samvær, selv om formålet er begrenset til at barnet skal kjenne til sine biologiske røtter

# Et fortsatt gjenforeningsmål kan skade barnets helse og utvikling

- Det vil trolig være lite aktuelt å oppgi gjenforeningsmålsettingen på dette grunnlag samtidig med, eller kort tid etter omsorgsovertakelsen, da det er en presumsjon for at gjenforening er til barnets beste, og det på dette tidspunktet vanskelig kan avgjøres om et gjenforeningsmål vil skade barnets helse og utvikling
- Dette må eventuelt, på grunnlag av en grundig og konkret vurdering, besluttes på et senere tidspunkt, når en har bedre forutsetninger for å avgjøre om gjenforeningsmålet, med den usikkerheten og ustabiliteten det kan skape, skader barnets helse og utvikling
- Sakkyndig kan f.eks få til oppdrag å vurdere om fortsatt arbeid for gjenforening vil skade barnets helse og utvikling

# Der det har gått særlig lang tid

- For det tredje legger EMD og Høyesterett til grunn at gjenforening kan være utelukket dersom det er gått *betydelig tid* siden omsorgsovertakelsen, slik at barnets behov for stabilitet veier tyngre enn hensynet til gjenforening
- Strand Lobben avsnitt 208:

*However, when a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care, the interest of a child not to have his or her de facto family situation changed again may override the interests of the parents to have their family reunited (see K. and T. v. Finland, cited above, § 155).*
- Dette innebærer at det forhold at foreldrene har gjenvunnet sin omsorgsevne, ikke alltid kan tillegges avgjørende vekt. Jf. HR-2020-661-S avsnitt 129, 137 og 147

# Der det har gått særlig lang tid

- Barnets interesse i stabilitet i omsorgssituasjonen (status quo), kan i slike situasjoner veie tyngre enn hensynet til gjenforening. Selv om foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, eller det kan antas at foreldrene i fremtiden vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg, kan altså gjenforeningsmålet likevel oppgis dersom barnet, som følge av den tiden som er gått, har knyttet seg til fosterfamilien på en slik måte at barnets behov for stabilitet må gå foran gjenforeningsmålet

- I Pedersen og andre mot Norge avs 65 minner EMD om at:

*«decisive weight cannot always be attached to the fact that a parent has recovered his or her capacity to assume care»*

- Ved spørsmål om oppgivelse av gjenforeningsmålet vil det, til forskjell fra om tilbakeføring skal nektes måtte legges større vekt på muligheten for at barnet i fremtiden kan tilbakeføres uten at det påføres «alvorlige problemer».

# Der det har gått særlig lang tid

- Forholdet mellom grunn nr 2 og grunn nr 3
- Alternativet om at det har gått en betydelig tid siden omsorgsovertakelsen, stiller ikke krav om at gjenforeningsmålet gir noen skadevirkninger for barnet, men det tar i større grad sikte på en avveining mellom de motstridende interessene
- Det må her foretas en rimelig avveining mellom barnets og foreldrenes gjenforeningsinteresse på den ene siden, mot barnets behov for ro og stabilitet på den andre

# Hvordan ivareta kulturperspektivet uten å få «berøringsangst»?

- Manglende ivaretagelse av kulturperspektivet var sentralt for at EMD konstaterte krenkelse i Abdi Ibrahim mot Norge
- Dommen handler i hovedsak om forholdet mellom EMK artikkel 8 og 9; det vil si retten til familieliv og retten til religionsutøvelse
- Da barnevernet fremmet sak om omsorgsovertakelse forsøkte Bufetat å oppdrive somaliske fosterforeldre til gutten, noe moren også ønsket, men fant det ikke. Da han var 10 måneder, ble han plassert i et kristent fosterhjem. Tre år senere begjærte barnevernstjenesten fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon
- EMD kritiserer norske myndigheter for ikke å vurdere og dokumentere godt nok at det er gjort anstrengelser for å imøtekomme mors ønsker om ivaretagelse av barnets språk, kultur og religion

# Hvordan ivareta kulturperspektivet uten å få «berøringsangst»?

- Dommen i Abdi Ibrahim betyr ikke at barnevernet er juridisk forpliktet til å finne et fosterhjem som matcher foreldrenes kultur og religion
- Domstolen understreker her at nasjonale myndigheter har en innsatsforpliktelse, ikke en resultatforpliktelse
- Foreldre har ikke en rett til å få barnet plassert i et fosterhjem med samme kultur, språk og tro som de selv har, men barnevernet må vise at de gjør en innsats for å få det til
- Hvis man lander på et fosterhjem som bryter med foreldrenes kulturelle og religiøse bakgrunn, må det legges opp til så mye samvær at man ikke utelukker gjenforening

# Hvordan ivareta kulturperspektivet uten å få «berøringsangst»?

- Praksis fra EMD vedrørende ivaretagelse av kulturperspektivet er i stor grad kodifisert i ny barnevernslov
- Barnevernloven § 1-8:  
*Barnevernet skal i sitt arbeid ta hensyn til barnets etniske, kulturelle, språklige og religiøse bakgrunn i alle faser av saken. Samiske barns særskilte rettigheter skal ivaretas*
- Kulturperspektivet må alltid løftes opp og vurderes i barnevernets arbeid, men vil ikke alltid være avgjørende



# Hvordan ivareta kulturperspektivet uten å få berøringsangst?

- Ved valg av plasseringssted må kulturperspektivet vurderes som ett av flere momenter jf, barnevernloven § 5-3 fjerde ledd:
- *Når plasseringssted for barnet skal velges, skal det blant annet legges vekt på barnets mening, barnets identitet og behov for omsorg i et stabilt miljø, behovet for kontinuitet i barnets oppdragelse og barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Det skal også legges vekt på hvor lenge det er antatt at omsorgsovertakelsen skal vare, og på barnets samvær og kontakt med foreldrene, søsken og andre personer som barnet har nær tilknytning til. Dersom barnet skal bo i fosterhjem, skal barnevernstjenesten vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem, jf. § 9-4*

# Hvordan ivareta kulturperspektivet uten å få berøringsangst?

- Hvordan bør barnevernstjenestene i praksis gå fram for å ivareta kulturperspektivet uten å får berøringsangst?
- Gjør et seriøst forsøk på å finne et fosterhjem som vil ivareta barnets språk, kultur og religion
- Dersom dette ikke er mulig må tjenestene vurdere alternative måter barnet kan utvikle denne delen av sin identitet og tilhørighet til biologisk slekt på. Særlig med samvær, men ikke glem filmer, bøker, aktiviteter, matlagning m.v.
- Det er svært viktig å dokumentere arbeidet som blir gjort med dette

Takk for oppmerksomheten

Spørsmål?