

# Tvangsadopsjon – etter inkorporeringen av EMK og FNs barnekonvensjon

Av HILDE WEIK KORTNER<sup>1</sup>

*Har inkorporeringen av EMK og FNs barnekonvensjon svekket barnets rettslige stilling i adopsjonssaker? EMD trekker flere og andre momenter inn i sin vurdering av barnets beste enn det som følger av norsk rettspraksis. Men EMDs anvendelse av barnets beste-kriteriet er foreldet og ikke basert på et riktig kunnskapsfundament. EMDs anvendelse av barnets beste-kriteriet harmonerer dessuten dårlig med Barnekonvensjonen. Dette reiser spørsmål om hvordan en skal løse motstrid i forholdet mellom EMK, Barnekonvensjonen og norsk rett.*

## 1 INNLEDNING

Adopsjon er det mest inngripende vedtaket som kan treffes etter barnevernloven. Det kan foretas uten de biologiske foreldrenes samtykke. Selve vedtaket om adopsjon treffes av Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen etter at fylkesnemnda har gitt sitt samtykke.<sup>2</sup> Reglene om fratakelse av foreldreansvar og fylkesnemndas adgang til å samtykke til adopsjon er hjemlet i barnevernloven av 1992. Selve adopsjonsvedtaket og virkningene av adopsjonen er regulert i adopsjonsloven av 1986.

Hensikten med denne artikkelen er å redegjøre for hvordan norsk rett stiller seg til saker om tvangsadopsjon etter inkorporasjonen av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og FNs barnekonvensjon. Et spørsmål som reiser seg er om inkorporeringen har medført en svekkelse av barnets rettslige stilling. Jeg vil underveis foreta en sammenligning av regelverkene og praksis for å

---

<sup>1</sup> Hilde Weik Kortner ble cand.jur i 2004. Artikkelen bygger på hennes 10 vekttall spesialoppgave innlevert november 2003. E-post: hilde.weik.kortner@trygdeetaten.no

<sup>2</sup> Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen (BUFA) er underlagt barne- og familiedepartementet (BFD).

avgjøre om det foreligger motstrid.<sup>3</sup> Ved en eventuell motstrid følger det av menneskerettsloven § 3 at EMK og FNs barnekonvensjon går foran norsk lov. Forrangsreglen løser imidlertid ikke behovet for at norske regelverk bør være i harmoni med internasjonale forpliktelser. Jeg vil også gå inn på forholdet mellom EMK og FNs barnekonvensjon.

## 2 FORTOLKNING OG UTVIKLING AV INTERNASJONALE KONVENSJONER OG DEN NORSKE MENNESKERETTIGHETSLOVEN

Både EMK og FNs barnekonvensjon har egne organer til å overvåke statenes etterlevelse av konvensjonene. Konvensjonsorganenes avgjørelser og uttalelser har som hovedregel stor vekt som rettskildefaktor. Det er gjennom disse rekkevidden av konvensjonene blir klargjort.<sup>4</sup> EMK fastslår uttrykkelig at dens håndhevelsesorganer tar avgjørelser som er rettslig bindende for den innklagede stat, jmfør artikkel 32 (4) og 53. FNs komité for barnets rettigheter har kun kompetanse til å gi uttrykk for sine synspunkter overfor vedkommende stat, jmfør artikkel 43-45. Dette innebærer et prinsipielt skille, men skillet er også av praktisk betydning for forståelsen av menneskerettighetsloven.

Menneskerettighetsloven avklarer ikke spørsmålet om hvilken vekt avgjørelser fra EMD skal ha for norske domstoler. Det er likevel klart at en må ta utgangspunkt i hva EMD har lagt i konvensjonen. Det som kan bli problematisk, er tilfeller hvor det ikke foreligger klar praksis fra EMD.<sup>5</sup> En avklaring kom i Rt. 2000 side 996 *Bøhlersaken*. Høyesterett fremhevet at hvorvidt det foreligger motstrid, ikke kan løses ved hjelp av et generelt prinsipp. Løsningen må bero på en nærmere tolkning av de aktuelle rettsregler. I både Rt. 2002 side 557 og Rt. 2002 side 764 legges til grunn denne forståelsen av plenumsdommen fra 2000. Når det er tvil om hvordan konvensjonen skal forstås, må norske domstoler foreta en selvstendig tolkning. Det er da viktig å benytte seg av de samme tolkningsprinsipper som EMD.

---

<sup>3</sup> Motstrid foreligger ikke dersom norsk lovgivning gir en bedre beskyttelse av den samme rettigheten enn det som følger av konvensjonene, jmfør EMK artikkel 60 og barnekonvensjonen artikkel 41. Men i saker om tvangsadopsjon foreligger det motstridende private interesser som gjør at en ikke kan legge til grunn at dersom barnet har en sterkere rettighet etter norsk intern rett så vil denne gå foran. En slik tolkning vil da gå utover foreldrenes rettigheter etter EMK.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr 3 (1998–1999) i kapittel 12 under § 3; Innst.O. nr 51 (1998–1999) side 5–6; og NOU 1993:18 side 88–89.

<sup>5</sup> I Rt. 1994 side 610 *Bølgepappsaken* kom Høyesterett frem til at den folkerettslige regelen måtte fremtre som tilstrekkelig klar og entydig for at norske domstoler bør fravike de nasjonale regler. Ordlyden i menneskerettsloven inneholder ikke noe krav om klar motstrid. Hvorvidt klarhetskravet også gjelder i forhold til motstridsbestemmelsen i menneskerettsloven, var oppe i Rt. 1999 side 961 *Rest-Jugoslaviasaken*.

EMD legger til grunn en dynamisk tolkningsstil i sine saker. Synspunktet kom først frem i *Tyrer mot Storbritannia*.<sup>6</sup> Tankegangen er at konvensjonen må tolkes i lys av samfunnsutviklingen. Konvensjonen må være «a living instrument.» Dette er også blitt lagt til grunn i senere saker som for eksempel *Marckx mot Belgia* og *Dudgeon mot Storbritannia*.<sup>7</sup> I disse sakene og flere andre dommer har EMD trukket frem betydningen av samfunnsutviklingen.

I forhold til tvangsadopsjon kan en slik dynamisk tolkningsstil være svært viktig. Til nå har både rettstilstand og verdivurderinger i flere land i Europa vært sterkt preget av foreldrenes interesser. Slike tradisjonelle tankesett er i ferd med å forandre seg. Dette kan blant annet illustreres ved utarbeidelsen av FNs barnekonvensjon, hvor barns rettigheter settes i sentrum. Forhåpentligvis vil EMD utvikle seg i takt med denne utviklingen. Selv om Norge i utgangspunktet er avhengig av at EMD utvikler seg i takt med endringer i samfunnet, har Carsten Smith påpekt betydningen av en dialog mellom Høyesterett og EMD.<sup>8</sup> Smith fremhever at hvis en dialog skal bli effektiv, må norske rettsverdier bli synliggjort ved EMD. I saker hvor Norge har vesentlige interesser, må Høyesterett kunne hevde disse i sine avgjørelser inntil de måtte bli underkjent ved EMD. I tråd med dette er det viktig at vi ikke er for forsiktige i vår tolkning av EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet og domstolspraksis. Norske domstoler må kunne bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning. Dermed kan vi inngå et i samspill med EMD, og bidra til å påvirke EMDs praksis. Dette er særdeles viktig når det gjelder tvangsadopsjon da det kan hevdes at det norske regelverk ivaretar barns rettigheter i større grad enn EMK.

### 3 KORT OM ADOPSJON ETTER NORSK LOVGIVNING OG RETTSPRAKSIS

En forutsetning for at adopsjon kan gjennomføres er at foreldrene er fratatt omsorgen, jamfør barnevernloven § 4-8 og § 4-12. I tillegg forutsetter § 4-20 tredje ledd at foreldrene er fratatt foreldreansvaret før fylkesnemnda kan gi sitt samtykke til adopsjon, jamfør barnevernloven § 4-20 første og annet ledd. Selve adopsjonssamtykket avgjøres etter § 4-20 tredje ledd. Hjemmel for bevilning til adopsjon er adopsjonsloven § 2.

<sup>6</sup> I *Tyrer mot Storbritannia* A 26 (1978) fant EMD at avstraffelse med bjerkeris krenket artikkel 3. Det ble lagt vekt på utviklingen i medlemsstatene, selv om denne form for straff fortsatt var i samsvar med rettsoppfatningen på Isle of Man. (Avgjørelser fra EMD finnes på <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>).

<sup>7</sup> I *Marckx mot Belgia* A 31 (1979) la EMD til grunn at både barn født i og utenfor ekteskap faller inn under familiebegrepet i artikkel 8. I *Dudgeon mot Storbritannia* A 45 (1981) la EMD til grunn at det i dag forelå en økt toleranse og kunnskap om homoseksuell adferd, og at homoseksualitet i de fleste av Europarådets medlemsland ikke lenger var straffbart. Selv om moraloppfatningene i Nord-Irland var strenge, ble forholdet ansett som et uforholdsmessig inngrep.

<sup>8</sup> *Juristkontakt* 5 (2002).

Betingelsene i § 4-20 tredje ledd er kumulative, slik at både a, b, og c må være oppfylt. I bokstav a må det kunne legges til grunn at omsorgsovertakelsen er varig. Dette kan skyldes foreldrenes manglende omsorgsevne eller begrunnes ut ifra barnets behov.<sup>9</sup> Av bokstav b går det frem at vilkåret om barnets beste må være oppfylt for at det kan gis samtykke til adopsjon. Høyesterett vil foreta en konkret helhetsvurdering om det vil være til barnets beste å bli adoptert. Til nå har det blitt lagt vekt på hva de sakkyndige mener, og at tvangsadopsjon er et svært inngripende vedtak. Momenter som taler til fordel for tvangsadopsjon er at barnet var lite ved plasseringen, at det har hatt minimal kontakt med de biologiske foreldrene og at fosterhjems plasseringen antas å bli varig. Behovet for ro, trygghet, følelsesmessig tilknytning og rettslig sosial status er andre relevante momenter. I bokstav c er betingelsene at adoptivsøkerne har vært fosterforeldre, og har vist seg skikket til å oppdra barnet som sitt eget. Departementet fant det ikke hensiktsmessig å gå nærmere inn på hvor lenge fosterhjems plasseringen skal ha vart før det skal gis samtykke til adopsjon. Også etter bokstav c foretas en konkret vurdering. Først når vilkårene i a, b og c er oppfylt «kan» samtykke til adopsjon vurderes, jamfør § 4-20 tredje ledd.

I de to siste avgjørelsene fra høyesterett vedrørende tvangsadopsjon (Rt. 1997 side 534 og Rt. 2001 side 14) har den sentrale grunnen til at adopsjon er blitt nektet vært behovet for kontakt med de biologiske foreldrene. Bevisbyrdemessig har høyesterett kommet frem til at det må foreligge sterke grunner for å treffe et vedtak om tvangsadopsjon, men dersom det med relativ stor sikkerhet kan sies å være til barnets beste å bli adoptert vil dette være avgjørende.

#### 4 DEN EUROPEISKE MENNESKERETTS- KONVENSJON SAMMENLIGNET MED NORSK RETT

##### 4.1 Er norsk rett i samsvar med våre forpliktelser etter EMK?

Vedtaket om tvangsadopsjon kan reise flere problemstillinger i forhold til EMK. I første rekke er det artikkel 8 om retten til familieliv som berøres. Inngrep fra det offentlige kan bare finne sted på de betingelser som er angitt i bestemmelsens nr 2. Artikkel 8 nr 2 forutsetter at inngrepet er i samsvar med loven, har ett eller flere formål som nevnt i nr 2 og er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Det er flere omstendigheter som indikerer at norsk rett ikke er helt i samsvar med våre forpliktelser etter EMK. For det første er bestemmelsene utformet forskjellig. For det andre er regelverkene ulike ved at de har noe forskjellig formål, og bygger på ulike syn og tilnærminger.<sup>10</sup> EMK er særlig utformet med tanke på å hindre statene i å begå overgrep mot borgerne, mens norsk rett har

<sup>9</sup> Ot.prp. nr 44 (1991–1992) side 53.

<sup>10</sup> Shazia Choudhry *The Adoption and Children Act 2002, the welfare principle and the Human Rights Act 1998 – a missed opportunity.*

som utgangspunkt å beskytte barnet. For det tredje har domstolsorganene kommet frem til ulike resultater.

Det norske lovverket bygger delvis på et utilitaristisk syn.<sup>11</sup> Målet er likevel ikke å finne en løsning som gir et best mulig resultat for alle involverte, men bare for barnet. EMK har på den andre siden en mer rettighetsbasert tilnærming. Retten til respekt for familielivet er basert på en naturgitt rettighet, som i seg selv anses som fundamental. Hva slags konsekvenser utøvelse av denne retten kan få for barnet, er ikke det sentrale i en slik rettighetsbasert tilnærming.

#### 4.2 Rett til samvær etter EMK illustrerer noen viktige ulikheter til norsk rett

EMK artikkel 8 angir retten til familieliv. Selve utformingen av bestemmelsen tilsier at alle familiemedlemmene har rettigheter på lik linje. Barnets beste er ikke utformet som en retningslinje for praktiseringen av denne bestemmelsen. EMD har lagt til grunn at målet i saker der omsorgen er overtatt er gjenforening, og at foreldrene har rett til samvær. Dette er noe av kjernen i artikkel 8. Dersom de nasjonale myndighetene skal gripe inn i denne grunnleggende retten, må det være klart at inngrepet er nødvendig og proporsjonalt i forhold til artikkel 8 (2).

Vår nasjonale lovgivning har et noe annet utgangspunkt. I alle saker som vedrører barn skal barnets beste stå i sentrum. Også etter det norske regelverket har foreldre og barn rett til samvær med hverandre, og loven bygger på at samvær mellom barn og foreldre er et gode. Det er imidlertid slik at samvær ikke alltid vil være til barnets beste. Dette er det tatt høyde for i barnevernloven § 4-19 annet ledd. Etter denne bestemmelsen skal fylkesnemnda ved omsorgsovertakelse alltid ta standpunkt til omfanget av samværet. Dersom det skulle vise seg at samvær ikke er et gode for barnet i den konkrete saken, vil samværet kunne begrenses eller utelates helt.

Den ulike tilnærmingen i artikkel 8 og barnevernloven § 4-19 kan medføre at beviskravene for eller mot retten til samvær blir noe forskjellige. Det kan se ut til at § 4-19 krever mindre bevis for å nekte samvær enn artikkel 8, som krever at inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det norske regelverk tar utgangspunkt i barnets beste, og spørsmålet avgjøres ut fra en helt konkret vurdering. EMK tar til sammenligning en mer normativ stilling til saken. Spørsmålet for EMD blir om den tenkelige skaden som samværet vil påføre barnet er tilstrekkelig for at kravet til nødvendighet er oppfylt. EMDs utgangspunkt er retten alle i familien har på familieliv, der barnets beste ikke skal være overordnet. Hver av familiemedlemmenes krav på respekt for privatlivet skal etter dette vektlegges likt. Det er ikke før nødvendighetskravet i artikkel 8 (2) b at barnets beste blir relevant. Praksis illustrerer også denne

<sup>11</sup> Utilitarisme er en etisk teori som ble skapt av de engelske filosofene Jeremy Bentham og John Stuart Mill, men man kan finne lignende tanker allerede i antikkens Hellas. Teorien går ut på at den gode handling vil være den som vil føre til størst mulig velvære for flest mulig mennesker.

forskjellen. I saker hvor det foreligger et familieliv tar EMD alltid utgangspunkt i at hver og en av familiemedlemmene har krav på respekt for familielivet. I de tilfeller hvor familiemedlemmene har motstridende interesser, vil EMD foreta en nødvendighetsvurdering, og først på dette tidspunkt blir barnets beste relevant.

#### 4.3 Adopsjon etter EMK og etter norsk rett

Adopsjon uten foreldrenes samtykke griper uten tvil inn i foreldrenes rettigheter under artikkel 8. Dette gjelder spesielt «lukkede adopsjoner» som i Norge.<sup>12</sup>

##### a) EMDs praksis

EMD har til nå behandlet to saker vedrørende tvangsadopsjon, der Norge har vært innklaget i en av dem. En sentral avgjørelse er *Adele Johansen mot Norge*. Saken dreide seg om fratakelse av omsorg like etter fødsel, og deretter fratakelse av foreldreansvar med tanke på adopsjon da barnet var seks måneder gammelt. Det var klart at det forelå et inngrep i retten til familieliv. Det var skjedd i samsvar med lov, og vedtaket ivaretok legitime hensyn. Ved nødvendighetsvurderingen uttalte domstolen prinsipielt at det var delte oppfatninger innenfor Europarådets medlemsland om hensiktsmessigheten av at det offentlige griper inn i foreldrenes omsorg. Dette har gitt seg utslag i at statene har blitt tilgjengelig i en vid skjønnsmargin i saker om omsorgsovertakelse. På grunn av adopsjonsvedtakets alvorlige karakter er prøvingsintensiteten i slike saker mer inngående. De grunnene som ble anført for å frata foreldreansvaret med tanke på adopsjon var etter EMDs oppfatning i denne saken relevante, men ikke tilstrekkelige. Moren hadde hatt samvær med barnet to ganger i uken, og livssituasjonen hadde endret seg til det bedre.<sup>13</sup> Norge anså imidlertid sjansen for samarbeid for minimale blant annet på grunn av dårlige erfaringer fra et tidligere forhold. EMD mente at erfaringer fra tidligere forhold ikke var en tilstrekkelig begrunnelse for at myndighetene kunne fritas fra sin plikt til å arbeide for gjenforening. EMD la til grunn at tvangsadopsjon bare bør anvendes i ekstraordinære tilfeller og hvor det vil være til barnets beste:

78. I denne sak har klageren blitt fratatt sitt foreldreansvar og sin rett til samvær i forbindelse med varig plassering av datteren i fosterhjem med sikt på adopsjon av fosterforeldrene (se punktene 17 og 22 ovenfor). Disse tiltakene var spesielt vidtrekkende idet de fratok klageren sitt familieliv med barnet og de var ikke i samsvar med målet om å gjenforene dem. Slike

<sup>12</sup> En lukket adopsjon innebærer at alle bånd med de biologiske foreldrene brytes. Samvær og kontakt vil være utelukket.

<sup>13</sup> Datteren ble plassert i korttidsfosterhjem den 19. desember 1989. Adele Johansen hadde på dette tidspunktet fått tilgang til samvær med datteren to ganger i uken. 30. mai 1990 ble imidlertid datteren plassert i fosterhjem, og etter dette tidspunktet hadde mor og datter ikke hatt adgang til samvær (premiss 22 annet avsnitt).

tiltak bør bare anvendes i ekstraordinære tilfeller og kan bare rettferdiggjøres hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste.<sup>14</sup>

Den andre saken om tvangsadopsjon, *P., C. og S. mot Storbritannia*, gikk ut på at barnet ble flyttet kort tid etter fødselen for senere å klargjøre for adopsjon. Også her er det nødvendighetskriteriet som tas opp. EMD kom frem til at vedtaket ikke var støttet av relevante og tilstrekkelige grunner. De var enige i at det forelå en risiko for barnet, men mente den ikke var av livstruende art. De mente det burde vært redegjort for andre, mindre inngripende tiltak som kunne ha beskyttet barnet i tilstrekkelig grad.<sup>15</sup>

#### *b) Høyesteretts praksis*

I forhold til norsk rettspraksis er det i første rekke Adele Johansen-saken som har hatt betydning. Praksis fra Høyesterett kan tyde på at adgangen til å foreta tvangsadopsjon er blitt innsnevret.

I Rt. 1997 side 534 anførte kommunen at *Adele Johansen mot Norge* ikke innebar noen skjerpelse av betingelsene for tvangsadopsjon. Høyesterett tok ikke stilling til dette. Flertallet konkluderte imidlertid med at adopsjonssamtykket måtte oppheves. At Høyesterett ikke nevner dommen eller EMK artikkel 8 kan tale for at Høyesterett var av den oppfatning at den norske rettstilstanden var i samsvar med EMK. Hadde flertallet kommet til at adopsjonssamtykke skulle opprettholdes, ville en drøftelse av forholdet til EMK antakelig vært påkrevet. Dommen innebærer en kursendring i vektleggingen av samvær. Dette kommer blant annet frem ved at flertallet først og fremst begrunner avgjørelsen i barnas behov for samvær med sin biologiske mor:

Det som taler mot at det gis adopsjonssamtykke i denne saken, er forholdet mellom guttene og deres biologiske mor, i første rekke deres behov for samvær med henne.

Høyesteretts vektlegging av kontakt og samvær i denne saken er i overensstemmelse med de krav som stilles av EMK.

I Rt. 2001 side 14 ble forholdet til EMK og praksis i EMD drøftet. Dette er den første høyesterettsdommen som angår tvangsadopsjon etter inkorporasjonen av EMK (vedtagelsen av menneskerettighetsloven). Både flertallet og mindretallet gir uttrykk for at kravene som følger av artikkel 8 må være oppfylt for at adopsjonssamtykke skal kunne gis. Flertallet trekker kravet til ekstraordinære omstendigheter inn i forståelsen av kravet om sterke grunner i norsk rett. Vilkårene for samtykke til adopsjon etter barnevernloven § 4-20 har dermed blitt skjerpet.

<sup>14</sup> *Adele Johansen mot Norge* RJD 1996 premiss 78.

<sup>15</sup> *P., C. og S. mot Storbritannia* av 16. juli 2002. På grunn av manglende juridisk bistand ble det også konstatert en krenkelse av artikkel 6 nr 1.

Mindretallet gjør det noe annerledes. De konkluderer først med at kravene etter barnevernloven er oppfylt, for deretter å drøfte vilkårene etter artikkel 8. Mindretallet i denne dommen kommer med en interessant og snever tolkning av kravet til ekstraordinære omstendigheter. De henviser til premiss 78 i *Adele Johansen mot Norge* hvor EMD oppgir målet om gjenforening i de saker hvor dette vil skade barnets helse og utvikling. Kravet om ekstraordinære omstendigheter er nevnt i premiss 78 annet avsnitt i sammenheng med tiltak som skal benyttes i situasjoner hvor gjenforening er aktuelt. I de saker hvor gjenforening ikke er noe mål, mener mindretallet derfor at det ikke er nødvendig å tilfredsstille kravet til ekstraordinære tilfeller. Synspunktet til mindretallet når det gjelder oppgivelse av gjenforeningsmålet som argument for å ikke tilfredsstille kravet til ekstraordinære tilfeller er interessant, og det hadde vært spennende å se hvordan EMD hadde tatt stilling til denne argumentasjonen.

Videre i dommen gav flertallet uttrykk for at generelle erfaringssetninger talte for adopsjon, men at vurderingen i slike saker skal være konkret. I forhold til flertallets drøftelse av generelle erfaringssetninger kan dette standpunktet ikke utledes av *Adele Johansen mot Norge*. Etter barnevernloven skal vurderingen være konkret, men om de generelle betraktningene slår til i enkelttilfellet må de kunne vektlegges. Styrken av disse ville være avgjørende i forhold til om det er nødvendig med individuelle forhold utover dette. Mindretallet la mer vekt på de generelle erfaringssetningene, og mente det ikke kunne stilles opp enda flere konkrete momenter enn de som var kommet frem. Etter inkorporasjonen av EMK må en kunne komme frem til den konklusjon at norsk praksis, i alle fall flertallets syn, er i samsvar med EMD.

#### 4.4 Oppsummering og vurdering

Som en oppsummering kan det sies slik at EMD i spørsmål om tvangsadopsjon vil prøve å finne en rettferdig balanse mellom hver enkelt av familiemedlemmene i lys av individuelle forhold i saken, og i betraktning av de nasjonale myndighetenes skjønnsmargin.<sup>16</sup> Dette er noe ulikt det norske regelverk som bygger på at det er barnets beste som skal stå i sentrum. Dersom EMD kommer til at hensynet til barnets beste skal gå foran, er det etter en vurdering hvor hensynene til alle de innblandede er vektlagt. Domstolen legger riktignok spesielt vekt på hva som er best for barnet, og dette kan men må ikke føre til at foreldrenes interesser må settes til side. Poenget er at denne vurderingen er knyttet opp til arten og alvoret i barnets interesser, slik at en hvilken som helst interesse fra barnets side ikke vil være utslagsgivende.<sup>17</sup> En yttergrense ble trukket opp i *Adele Johansen mot Norge* hvor det ble fastslått at foreldrene uansett ikke kan kreve tiltak som vil skade barnets helse og utvikling.

<sup>16</sup> Som nevnt overfor er skjønnsmarginen i saker om tvangsadopsjon liten.

<sup>17</sup> Kirsten Sandberg *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (2003) side 164.



Jeg er kritisk til EMDs sterke vektlegging av foreldrenes rett til gjenforening. Konsekvensen av en slik praksis vil være at barn i mange år lever i uvisshet med hensyn til sin fremtidige bosituasjon. Gjennomgående har EMD en mer foreldrevennlig holdning enn norsk barnevernlov. Disse ulike holdningene kan begrunnes ut fra de store nasjonale forskjellene som finnes innenfor Europa i forhold til familieband og forholdet mellom barn og foreldre. Dette kom uttrykkelig frem i *Adele Johansen mot Norge*.

Men kanskje kan de ulike familiesynene, spesielt de som åpner for en økende prioritering av barns interesser, trekkes sterkere inn i tolkningen av nødvendighetskriteriet med hensyn til hvor vid statenes skjønnsmargin bør være.<sup>18</sup> Et slikt synspunkt vil være i samsvar med barnekonvensjonen.

## 5 FNS BARNEKONVENSJON

### 5.1 Er norsk rett i samsvar med FNs barnekonvensjon?

FN-konvensjonen om barnets rettigheter av 20. november 1989 er en konvensjon som tar sikte på å bedre barns rettslige stilling. Først og fremst er konvensjonen viktig fordi den pålegger alle statene som har underskrevet den å arbeide for å oppfylle konvensjonens mål. Hovedbudskapet er at barn er selvstendige individer med egne rettigheter. Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven, og vi er av den grunn bundet av de krav konvensjonen stiller.<sup>19</sup> Aktuelle artikler i denne sammenheng vil blant annet være artikkel 3, 9 og 20.

Artikkel 3 nr 1 inneholder det grunnleggende direktiv om barnets beste. Formuleringen i konvensjonsteksten er «*a primary consideration*» og ikke «*the primary consideration*.» Dette gir uttrykk for at det kan være andre konkurrerende interesser som har like stor eller kanskje større berettigelse enn barnets interesser. Det gis ingen nærmere retningslinjer for hva som anses som barnets beste. I vår nasjonale lovgivning er prinsippet om barnets beste nedfelt flere steder, i overensstemmelse med kravene som stilles i artikkel 3. Artikkel 9 tar for seg spørsmålet om barnets atskillelse fra foreldrene. Etter denne artikkelen settes foreldrenes vilje tilside der det er nødvendig av hensynet til barnet. Dette tilsvarende norsk nasjonal rett. Forholdet til EMK kan her være interessant, fordi en etter EMK artikkel 8 skal forsøke å finne frem til «en rimelig balanse» mellom barnets og foreldrenes interesser.<sup>20</sup> Artikkel 20 fastslår barnets rett til vern og omsorg når det ikke kan være i sitt familiemiljø.

Nasjonale lovgivning tilfredsstiller kravene til barnekonvensjonen når det gjelder tvangsadopsjon. Men det kan stilles spørsmål ved om norsk praksis er helt i overensstemmelse med konvensjonen. Konvensjonen stiller krav til at alle

<sup>18</sup> Jeg er her enig med Kirsten Sandberg som uttaler at hun vanskelig kan se at EMD har grunn til å slå ned på et familiesyn som prioriterer barnet.

<sup>19</sup> Ikrafttredelsesdato var 1. oktober 2003.

<sup>20</sup> Kirsten Sandberg side 173.

avgjørelser som er rettet mot barn først og fremst skal ta hensyn til barnets beste. I saker hvor barnets behov for et trygt og godt hjem kommer i konflikt med de biologiske foreldrenes ønske om å beholde den juridiske tilknytningen til barnet, kan avgjørelser fra Høyesterett tyde på at hensynet til barnet lett må stå tilbake for foreldrenes ønsker.

Høyesterett synes å prioritere de biologiske foreldrene ved spørsmålet om å la fosterforeldrene få adoptere barnet.<sup>21</sup> I Rt. 1991 side 557 ble det lagt til grunn at adopsjon mot foreldrenes vilje krever «sterke grunner,» og at dette tilsier at adopsjonssamtikke ikke skal gis med mindre det med «relativt stor sikkerhet» kan sies å være til det beste for barnet. Disse synspunktene er gjentatt i Rt. 1997 side 534 og Rt. 2001 side 14. Det er altså ikke tilstrekkelig at adopsjon etter en interesseavveining fremstår som den beste løsningen for barnet. Etter en ren ordlydstolkning av artikkel 3 burde den ordning som alt i alt fremstår som den beste for barnet være bestemmende.

## 5.2 FNs barnekonvensjon som tolkningsfaktor for EMD

EMK og FNs barnekonvensjon er ulike ved at de har forskjellige tilnærminger og virkefelt. EMK har som utgangspunkt at den skal sikre borgerne mot overgrep fra staten, mens barnekonvensjonen har som formål å fremme barnets interesser.

Siden konvensjonen trådte i kraft i 1990 har EMD i flere saker henvist til barnekonvensjonen, noe som har medført en økende betydning av konvensjonen.<sup>22</sup> Barnekonvensjonens påvirkning av tolkningen av EMK artikkel 8 har medført at praksis på dette rettsområdet kanskje har fått et mer barnevennlig preg.<sup>23</sup> Ursula Kilkelly ser to ulike faktorer som forklaring på dette. For det første medfører den generelle utformingen av EMK det enklere å supplere med spesielle hensyn, som behov og rettigheter for barn. Artikkel 8 (1) inneholder for eksempel retten til privat- og familieliv. Denne retten har imidlertid også blitt oppfattet som en rett som beskytter retten til fysisk integritet og retten til et sunt oppvekstmiljø.<sup>24</sup> For det andre har den dynamiske tolkningen som EMD har benyttet seg av for å være i pakt med tidens sosiale og juridiske forhold, også åpnet for å benytte andre konvensjoner i sin tolkning av EMK.<sup>25</sup> Denne utviklingen kan sees i avgjørelser fattet av EMD i senere tid om betydningen av barnets beste-kriteriet.

<sup>21</sup> Dette skyldes lovens biologiske utgangspunkt, men konsekvensen blir en økt prioritering av foreldrenes interesser.

<sup>22</sup> Se for eksempel *Keegan mot Irland* (1994) hvor domstolen refererer spesielt til artikkel 7, som tar for seg barnets rett til å kjenne samt rett til å få bli tatt vare på av sine foreldre, med videre henvisninger i Deirdre Fottrell (red.) *Revisiting Children's Rights* (2000) kapittel 6.

<sup>23</sup> Ursula Kilkelly «The Best of Both Worlds for Children's Rights?» 23 (2001) *Human Rights Quarterly* side 308. I artikkelen tolkes EMK i lys av barnekonvensjonen.

<sup>24</sup> Se *X og Y mot Nederland* A 91 (1985) hvor retten til fysisk integritet blir behandlet og *Lopez Ostra mot Spania* A 303 C (1994) hvor retten til et sunt oppvekstmiljø blir tatt opp.

<sup>25</sup> Shazia Choudhry *The Adoption and Children Act 2002, the welfare principle and the Human Rights Act 1998 – a missed opportunity?* side 129.

I *Olsson mot Sverige II* uttalte domstolen følgende:

... the interests, as well as the rights and freedoms of all concerned, must be taken into account, *notably* the children's best interests and their rights under Article 8 of the convention.<sup>26</sup>

I *Hokkanen mot Finland* gikk EMD noe lenger i å fremheve barnets beste:

... the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account *and more particularly* the best interests of the child ... Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them.<sup>27</sup>

I begge disse sakene var EMD enig i vurderingene til de nasjonale myndighetene om at en ikke kunne tvinge et barn til å gjenforenes med sine biologiske foreldre, dersom dette var mot barnets interesser og vilje, fordi dette ikke ville være i samsvar med barnets rettigheter etter barnekonvensjonen artikkel 3.

Et par år senere, i *Adele Johansen mot Norge*, gikk det frem at dersom sakens karkter og alvorlighetsgrad tilsier det, kan hensynet til barnet gå foran foreldrenes interesser:

... a fair balance has to be struck between the interests of the child in remaining in public care and those of the parent in being reunited with the child. In carrying out this balancing exercise, the court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent.<sup>28</sup>

EMD presiserte videre i samme sak at foreldrenes interesser uansett ikke kan gå på bekostning av forhold som vil skade barnets helse og utvikling:

In particular ... the parent cannot be entitled under Article 8 ... to have such measures taken as would harm the child's health and development.<sup>29</sup>

I *L mot Finland* benyttet EMD seg av en noe sterkere ordbruk i favør av barnet sammenlignet med de tidligere dommene:

<sup>26</sup> *Olsson mot Sverige II* A 250 (1992).

<sup>27</sup> *Hokkanen mot Finland* A 299-A (1994).

<sup>28</sup> *Adele Johansen mot Norge* RJD 1996.

<sup>29</sup> *Adele Johansen mot Norge* RJD 1996.

... the consideration of what is in the best interests of the child was of crucial importance.<sup>30</sup>

I *Elsholz mot Tyskland* ble det igjen vektlagt at det måtte foretas en vurdering av hensyn både til foreldrene og barnet. Også her legges det til grunn at barnets interesser kan gå foran interessene til foreldrene. Vurderingen må igjen knyttes opp mot sakens alvorlighetsgrad:

... that in doing so particular importance must be attached to the best interests of the child which depending upon their nature and seriousness, may override those of the parent.<sup>31</sup>

Når en tar i betraktning EMDs tilnærming til barnesakene, kan en vanskelig utlede at de har som utgangspunkt at barnets beste skal være av overordnet betydning. Et slikt rettslig standpunkt ville forutsette at dersom det finnes ulike løsninger, og en løsning vil være noe bedre for barnet enn de andre, så er det denne løsningen som skal velges.<sup>32</sup> Dette er ikke i samsvar med avgjørelser fra EMD som forutsetter en avveining av de ulike interessene. Denne vurderingsmåten ble så sent som i 2002 gjentatt i *P., C. og S. mot Storbritannia*.

Nylig avsa EMD dom i en sak hvor de henvist til barnets beste som det overordnede hensyn. Denne dommen skiller seg ut i forhold til de tidligere sakene, hvor forholdet mellom barnet og foreldrene har blitt drøftet. I *Yousef mot Nederland* går det frem at:

...the court reiterates that in judicial decisions where the rights under Art 8 of parents and those of a child are at stake, the child's rights must be the paramount consideration. If any balancing of interests is necessary, the interests of the child must prevail (see *Elsholz v Germany* ... and *TP and KM v United Kingdom*) ... This applies also in cases such as the present.<sup>33</sup>

Det er vanskelig å ta stilling til om denne uttalelsen representerer en kursendring. Dommens bruk av ordet «reiterates» vil si å gjenta noe, og jeg kan ikke se at EMD har gått så langt i å ta hensyn til barnets beste tidligere. Dette taler for at domstolen ikke har endret standpunkt i den materielle delen, men på den andre siden uttaler de at «the child's rights be the paramount consideration,»

---

<sup>30</sup> *L. mot Finland* av 27. april 2000.

<sup>31</sup> *Elsholz mot Tyskland* av 13. juli 2000.

<sup>32</sup> FNs barnekonvensjon åpner også for at det finnes interesser som har like stor eller større berettigelse enn barnets interesser. Men av påbudet i artikkel 3 fremgår det at barnets beste skal komme i første rekke ved alle handlinger som gjelder barnet. En slik konsekvent holdning til barnesaker kan vanskelig leses ut fra EMDs praksis.

<sup>33</sup> *Yousef mot Nederland* av 5. februar 2003, premiss 73. Saken omhandler foreldreansvar og samværrett.

som vil si at barnets beste skal være av overordnet betydning. I verken *Elsholz mot Tyskland* eller *TP og KM mot Storbritannia* henviser EMD til barnets beste som det absolutt viktigste hensynet. Presedensdoktrinen i EMD er av tilsvarende karakter som i norsk rett. EMD henviser mye til tidligere avgjørelser, som illustrerer at de er opptatt av en konsekvent og forutsigbar rettspraksis. Det er vanskelig å si om denne dommen medfører en klar endring i vurderingen av barnets beste i barnesaker, eller om domstolen har gått noe langt i sine uttalelser. En slik endring kan først bli etablert dersom EMD velger å holde seg til denne formuleringen og tolkningen i senere praksis.

Har ikrafttredelsen av FNs barnekonvensjon påvirket vektlegging av barnets beste ved tolkningen av artikkel 8 i EMD? Barnets beste var et hensyn også før FNs barnekonvensjonen trådte i kraft. I tillegg er barnets beste i flere av dommene omtalt uten videre henvisning til barnekonvensjonen. Det er imidlertid to forhold som tyder på at barnekonvensjonens artikkel 3 har vært en tolkningsfaktor for EMD. For det første har et par av dommene eksplisitt henvist til barnekonvensjonen.<sup>34</sup> For det andre har selve realiteten i barnets beste endret seg i retningen av barnekonvensjons forståelse av begrepet. Hvor langt EMD vil strekke seg i retning av å vektlegge barnets interesser i tråd med barnekonvensjonen er nå noe vanskelig å si. Det er imidlertid klart at barnekonvensjonen har hatt en heldig påvirkning og har vært med på å sikre og fremme barns rettigheter etter EMK.

### 5.3 Forholdet mellom EMK, barnekonvensjonen og norsk rett

I motsetning til EMK er FNs barnekonvensjon en global konvensjon, og er åpne for de land som ønsker å tiltre den. EMK er kun åpen for land som er opptatt som medlem av Europarådet. Konvensjonene har altså ulik geografisk rekkevidde og ulike tiltredelsespremisses. Dette kan være én grunn til at komiteen til barnekonvensjonen ikke henviser til EMK i sitt arbeid og motsatt, at EMKs innvirkning på barnekonvensjonen er liten. Det må videre påpekes at det ikke er noen rangorden mellom konvensjonene og tilsynsorganene. Komiteen som er opprettet i medhold av barnekonvensjonen er på ingen måte noe overprøvingsorgan i forhold til organene i EMK.<sup>35</sup> En kan imidlertid spørre om Norge bør tillegge barnekonvensjonen som verdenskonvensjon en noe større vekt enn EMK. Barnekonvensjonen er i tillegg av nyere dato og en særkonvensjon som tar for seg barns rettigheter.

Forholdet mellom EMK og barnekonvensjonen er ikke løst i menneskerettsloven. Men begge konvensjonene er innarbeidet gjennom inkorporasjonsmetoden som innebærer at de skal ha lik rettskildemessig vekt. I utgangspunkt

<sup>34</sup> *Olsson mot Sverige II* og *Hokkanen mot Finland*. I tillegg er det andre barnesaker som har henvist til andre artikler i barnekonvensjonen som bekrefter at EMD er villig til å bruke barnekonvensjonen som tolkningsfaktor, jamfør *Keegan mot Irland*.

<sup>35</sup> Erik Møse *Menneskerettigheter* (2002) side 87.

ter er det kanskje vanskelig å oppstille klare motstridstilfeller da barnekonvensjonen er av en mer vag karakter. Men i for spørsmålet om tvangsadopsjon kan problemstillingen imidlertid bli aktuell, i og med at hensynet til barnets beste etter artikkel 3 er ulik den vurderingen EMD legger til grunn ved sine avgjørelser. Det er også grunn til å tro at artikkel 9 i barnekonvensjonen om barnets atskillelse fra foreldrene og artikkel 8 i EMK ikke tolkes likt.

## 6 AVSLUTTENDE KOMMENTARER OM TEMAET

Tvangsadopsjon er et særdeles vanskelig tema. En av grunnene til dette er de sterke motstridende interessene mellom foreldre og barn. Etter min mening er det viktig å ha en realistisk tilnærming til temaet. En må innse at alternativet til tvangsadopsjon i de fleste tilfellene vil være varige fosterhjemsplasseringer. Med de usikkerhetsmomentene slik plassering innebærer med hensyn til barnets behov for stabilitet, vil adopsjon klart være å foretrekke. Høyesterett har de senere årene ført en mer restriktiv praksis når det gjelder tvangsadopsjonsaker. Dette skyldes inkorporeringen av EMK. Etter min mening er denne utviklingen svært uheldig.

Forskning har dokumentert ustabile oppvekstvilkår for barn under offentlig omsorg.<sup>36</sup> Hvordan barn kan sikres stabile oppvekstvilkår har vært drøftet over tid. «Permanency planning» var en bevegelse som oppstod i USA på slutten av 1950 tallet.<sup>37</sup> Tankegangen gikk ut på at hvis det ikke var mulig å tilbakeføre barnet til de biologiske foreldrene etter en stund, skulle barnet skaffes en alternativ familie for resten av livet. Dette kan tyde på at fosterhjemsplasseringens uvisshet om fremtiden og fosterforeldrenes uklare status skaper en betydelig utrygghet for barnet. EMD er likevel av den oppfatning at kontakt og samvær med de biologiske foreldrene er til det beste for barnet. I psykologien går imidlertid teoriene om samvær ved langsiktige fosterhjemsplasseringer i ulike retninger. Det er dermed vanskelig å trekke slutninger på vitenskapelig grunnlag når det gjelder selve verdien av samvær for barn ved slike plasseringer. At EMD inntar en holdning om at samvær vil være til det beste for barnet, bygger dermed på et foreldet og uriktig kunnskapsfundament. Muligheten for kontakt med de biologiske foreldrene når barnet er blitt voksent ivaretar etter min mening målet om gjenforening.

Etter mitt syn har inkorporeringen av EMK medført en svekkelse av barnets rettslige stilling. Det er imidlertid en mulighet for at Høyesterett kan tolke inn en større skjønnsmargin statlig i forhold til våre forpliktelser etter EMK. I *Adele Johansen mot Norge* åpnet EMD for at det forelå en adgang til å tvangs-

<sup>36</sup> Mer om disse forskningsresultatene i N.P. Svensson *Barn uten tilhørighet: om barnevern og stoffmisbruk* (1980). E. Backe-Hansen *Når fosterhjemsplassering ender med utilsiktet flytting. Hvorfor skjer det, og hvordan kunne det vært unngått?* Rapport nr 1 NOVAs senter for klinisk psykologisk forskning (1982); og M. Bohman og S. Sigvardsson *A prospective longitudinal study of adoption* (1985).

<sup>37</sup> NOU 2000:12.

adoptere. Dersom det ikke skal være mulig å tvangsadoptere i saker som Rt. 1997 side 534 og Rt. 2001 side 14, kan jeg vanskelig se situasjoner hvor tvangsadopsjon i det hele tatt er mulig. Flertallet i Rt. 2001 side 14 har etter min mening vært for forsiktige i sin tolkning av EMK. De har lagt et unødvendig bånd på norsk domstolspraksis. Flertallets tolkning er i samsvar med EMDs holdning, men spørsmålet er om ikke EMD også ville ha godkjent mindretallets vurderinger. I slike saker hvor vesentlige interesser står på spill, må vi som Smith fremhever, forsøke å synliggjøre norske rettsverdier for EMD. Norge må kunne legge sine verdivurderinger til grunn inntil de eventuelt måtte bli underkjent.

I utgangspunktet er jeg selvfølgelig en forkjemper for en styrking av menneskerettigheter, men på akkurat dette rettsområdet svekker EMK barnets rettslige stilling. Fremover håper jeg EMD vil være mer åpen for å godta en rettsstilling som prioriterer barnet i familiesaker. Dette vil være i samsvar med FNs barnekonvensjon, og samfunnsutviklingen ellers når det gjelder barns rettigheter. Et mål bør være å sikre at barn rettslig sett er godt beskyttet, da de ikke har mulighet til å beskytte seg selv.