

AVGJØRELSE FRA EMD I SAKER OM VERN AV PRIVAT- OG FAMILIELIV FRA 2018

Karl Harald Søvig

Karl Harald Søvig, cand.jur. 1995, dr. juris 2005. Professor ved det Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Han har tidligere blant annet jobbet som konstituert tingretts- og lagdommer og som ekstraordinær fylkesnemndsleder.

karl.sovig@uib.no

I denne oppsummeringsartikkelen gis en oversikt over utvalgte dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i Strasbourg. Sakene gjelder EMK artikkel 8 om retten til privat- og familieliv, og dommene er avsagt i perioden 6. februar 2018 til 15. juni 2019. Denne oversikten er en årvisst gjennomgang av EMDs praksis som gjelder avgjørelser som faller inn under temaene for tidsskriftet.

Nøkkelord: familieliv, barnebortføring, vold mot barn, EMD, menneskerettigheter

1 Innledning

I alt avsa EMD 115 dommer i saker om EMK artikkel 8 (privat- og familieliv) i perioden 6. februar 2018 til 15. juni 2019. Fra disse er det gjort et redaksjonelt utvalg med sikte på å velge ut avgjørelser som faller inn under «familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål».¹ F.eks. er verken saker som gjelder familieliv på utlendingsrettens område eller innsattes rett til familieliv under soning presentert. Sakene mot Norge som gjelder barnevern, er viet særlig oppmerksomhet, og her er også tidsperioden utvidet ved å inkludere sakene som er kommunisert sommeren 2019.

I flere av sakene som er presentert, tar EMD også opp forholdet til andre bestemmelser enn EMK artikkel 8, typisk om saksbehandlingstiden er forenlig med EMK artikkel 6. Av hensyn til omfanget er disse sidene ved sakene stort sett ikke tatt med her.

2 Saker om barnevern

2.1 Kort om de rettslige utgangspunktene

Barnevernssaker har lenge utgjort en sentral del av EMDs portefølje. De første dommene mot Sverige var for mange en vekker om at menneskerettsbrudd ikke bare var forbeholdt fjerntliggende regimer, jf. *Olsson [I og II] mot Sverige*.² Staten ble innrømmet en romslig skjønnsmargin i spørsmål om omsorgsovertakelse, og krenkelsene var i første rekke knyttet til gjennomføringen og manglende tilrettelegging for tilbakeføring. For norske forhold var

¹ En stor takk til vit.ass. Kristine Skorpen for hjelp med å lese gjennom og velge ut relevante avgjørelser.

² Klagenr. 10465/83, dom 24. mars 1988, og klagenr. 13441/87, dom 27. november 1992.

«Adele-saken» skjellsettende, hvor EMD konstaterte krenkelse på grunn av fratakelse av foreldreansvar og avskjæring av samvær med sikte på adopsjon, jf. *Johansen mot Norge*.³ EMD har i senere saker også konstatert krenkelse knyttet til selve vedtaket om omsorgsovertakelse, jf. bl.a. *K. og T. mot Finland*, som gjaldt midlertidig omsorgsovertakelse av nyfødt (og flere andre spørsmål).⁴ En rekke saker er også knyttet til saksbehandlingen, hvor EMD har innfortolket ulike prosessuelle garantier som et element i retten til respekt for familielivet, jf. bl.a. *W. mot Storbritannia*, hvor EMD stilte krav om foreldrenes involvering (kontradiksjon) og til saksbehandlingstiden.⁵

2.2 Nærmere om saker fra siste år

V.D. mfl. mot Russland gjelder klage fra fostermor- og søsken for avskjæring av familieliv etter tilbakeføring etter omsorgsovertakelse.⁶ Fostersønnen var født med alvorlige skader og tilbrakte sine åtte første måneder på sykehus. De biologiske foreldrene så seg ikke i stand til å ta vare på sønnen, og samtykket til at fostermoren overtok omsorgen og ansvaret som verge. Fostermoren var barnelege og tok seg av fostersønnen fra han ble utskrevet. Han bodde hos fostermoren frem til han var ti år, da han ble flyttet til de biologiske foreldrene etter at disse hadde krevd samvær og tilbakeføring og etter hvert hadde vunnet frem for russiske domstoler. Fostermoren hadde motsatt seg tilbakeføring. Hun hadde subsidiært krevd samvær, men uten å nå frem. Hun klaget saken inn for EMD, både på egne vegne, på vegne av fostersønnen og på vegne av sine seks andre fosterbarn som hadde mistet kontakten med sin fosterbror.

EMD måtte først ta stilling til de prosessuelle spørsmålene knyttet til første klagers evne til å representere fostersønnen. I tillegg kom spørsmål knyttet til hennes evne til å representere de øvrige fosterbarna, men disse er av mindre interesse. EMD fremhevet at barn var avhengige av å være representert av voksne for å ivareta sine interesser, og at en måtte unngå restriktive og formalistiske tilnærminger. EMD har tidligere latt biologiske foreldre representere egne barn tross manglende foreldreansvar, men EMD mente at disse sakene ikke hadde overføringsverdi. På grunn av helseproblemene kunne barnet selv ikke involveres, og var nå representert av de biologiske foreldre, som ikke ønsket å fremme saken. På denne bakgrunn kom EMD til at fostermoren ikke kunne klage saken inn på fostersønnens vegne. Hun kunne imidlertid klage saken inn på vegne av seg selv og de øvrige fosterbarna.

EMD måtte deretter ta stilling til hvorvidt det eksisterte et familieliv etter artikkel 8 mellom fostermor og fostersønn, og mellom fostersøsknene. I tråd med tidligere praksis fremhevet EMD at et familieliv i konvensjonens forstand er et spørsmål om den faktiske situasjonen og om det eksisterer nære personlige bånd. Fostermoren hadde hatt den daglige omsorgen gjennom ni år. Deres familieliv var derfor beskyttet av artikkel 8. Det samme gjaldt for fostersøsknernes del.

Spørsmålet var så om inngrepet i familielivet var rettmessig etter EMK artikkel 8 nr. 2. Inngrepet var hjemlet i lov og forfulgte et legitimt formål. Det springende punkt var derfor om tiltaket var nødvendig i et demokratisk samfunn. EMD diskuterte særskilt selve tilbakeføringen og nektelsen av samvær. Utgangspunktene er i begge situasjonene en vurdering av barnets situasjon, hvor EMD har fremhevet at barnets beste

³ Klagenr. 17383/90, dom 7. august 1996.

⁴ Klagenr. 25702/94, dom 12. juli 2001 (Storkammer, dissens).

⁵ Klagenr. 9749/82, dom 8. juli 1987.

⁶ Klagenr. 72931/10, dom 9. april 2019 (saken er søkt brakt inn for Storkammer).

skal være et bærende hensyn («must be paramount»). Samtidig er de biologiske foreldrenes interesser en faktor i den avveiningen som skal foretas, og statene har en positiv forpliktelse til å sørge for gjenforening.

Når det gjaldt tilbakeføring, pekte EMD på at de biologiske foreldrene hele tiden hadde hatt foreldreansvaret for sønnen og hadde sørget for økonomisk underhold og medisiner. Riktignok hadde de ikke hatt kontakt med sønnen de første åtte årene, men de hadde gjenopptatt samvær før tilbakeføringen. EMD kom til at de nasjonale myndighetene hadde foretatt en forsvarlig avveining av de motstridende interessene. De hadde forkastet de biologiske foreldrenes første begjæring om tilbakeføring, på grunn av manglende kontakt, og hadde foretatt en vurdering av guttens særlige behov ut fra hans sårbarhet. Saksbehandlingen hadde også vært forsvarlig. Tilbakeføringen innebar altså ingen krenkelse av artikkel 8.

Når det gjaldt manglende samvær, pekte EMD på at artikkel 8 fordrer at statene foretar en konkret vurdering av om en tilknytning mellom familiemedlemmer er så sterk at den må beskyttes gjennom samværsordninger etter en endring av hvem som skal være barnets primære omsorgspersoner. EMD viste her til *Nazarenko mot Russland* som gjaldt klage fra en mann som var nektet samvær etter at en DNA-test viste at han ikke var barnets far.⁷ Mannen hadde her bodd sammen med barnet siden fødselen. Mens foreldretvisten pågikk, reiste moren farskapssak som viste at den tidligere ektefellen ikke var barnets far. EMD konstaterte i *Nazarenko*-dommen krenkelse fordi den russiske lovgivingen utelukket samvær for andre enn biologiske slektninger. På lignende vis hadde russiske domstoler her avslått kravet om samvær på grunn av manglende biologisk tilknytning. EMD avsto fra å gå inn i vurderingen av om samvær her ville være til barnets beste, men konstaterte krenkelse fordi samvær etter russisk rett prinsipielt var utelukket for tidligere fosterforeldre og søsken. Klagerne ble samlet tilkjent 16 000 euro i erstatning for ikke-økonomisk tap.

Wunderlich mot Tyskland gjaldt kortvarig omsorgsovertakelse etter at foreldrene gjennom en årrekke hadde unndratt barna skolegang.⁸ Foreldrene var bosatt i Hessen som gjennom delstatslovgivningen har knesatt obligatorisk opplæring enten i statlig eller privat skole. Unntak er mulig etter søknad, men opplæringen skal da skje i skolens regi. Foreldrene nektet skolegang av prinsipielle grunner og var flere ganger bøtelagt for dette. Far hadde også uttalt at barna var foreldrenes eiendom. Barnevernsmyndighetene overtok omsorgen for barna og foretok blant annet vurdering av deres utdanningsnivå og prøvde å gjennomføre skolegang. Tiltaket ble opphevet etter tre uker fordi det ville være et uforholdsmessig tiltak med en permanent omsorgsovertakelse for å tvinge gjennom opplæring på den måten som var fastsatt i delstatslovgivningen. EMD innledet med å presisere tema for den aktuelle klagesaken. Det har vært flere saker knyttet til den obligatoriske skolegangen i Tyskland, jf. 2. tilleggsprotokoll artikkel 1. Alle disse tidligere klagenes hadde vært forkastet, og klagenes anførsel i så måte ble avvist som åpenbart grunnløs. Spørsmålet var altså om tvangstiltak for å gjennomføre skolegang var rettmessig etter artikkel 8. Partene var enige om at det forelå et inngrep i familielivet etter artikkel 8, og det springende punktet var om tvangstiltaket var nødvendig i et demokratisk samfunn. EMD kom til at tiltaket var basert på fyllestgjørende grunner og var forholdsmessig. Basert på informasjonen som forelå, var det grunnlag for myndighetene til å tro at barna var isolerte og kunne være utsatt for omsorgssvikt. At det i ettertid viste seg at barna hadde tilegnet seg

⁷ Klagenr. 39438/13, dom 16. juli 2015.

⁸ Klagenr. 18925/15, dom 10. januar 2019.

tilstrekkelig med kunnskaper og ferdigheter, var ikke grunnlag for å kritisere den vurderingen som var foretatt av nasjonale myndigheter i forkant. På dette grunnlag forelå ikke krenkelse av artikkel 8.

S.S. mot Slovenia gjelder manglende samvær, og senere fratakelse av foreldreansvar og adopsjon.⁹ Klager fødte datteren i 2011 og hadde forlatt henne kort tid etter fødselen. Klager var diagnostisert med paranoid schizofreni. Datteren vokste opp hos fosterforeldrene, som adopterte henne da hun var fire år. Den første delen av klagen gjaldt manglende samvær, og EMD fremholdt at moren hadde mulighet for kontakt med datteren de første leveårene, men at hun sjelden benyttet seg av denne. Den andre delen av klagen gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. Det var ingen realistisk mulighet for at klager igjen ville kunne ta omsorg for barnet, og samværene som hun hadde hatt, viste at det forelå mangel på emosjonell tilknytning. Klager hadde på tilstrekkelig vis vært involvert i avgjørelsesprosessen. Klager hevdet at avgjørelsen var truffet på grunnlag av hennes psykiatriske diagnose, men EMD fremholdt at tiltaket var truffet ut fra en konkret vurdering av hennes manglende mulighet for å ta hånd om barnet, som var basert på sakkyndig utredning. Barnet hadde behov for stabile oppvekstvilkår. Det forelå derfor ekstraordinære omstendigheter som rettferdiggjorde adopsjon. To dommere hadde en særmerknad. De fremhevet at saken gjaldt et særegent saksforhold, og ikke måtte tas til inntekt for at slovenske myndigheter i større grad skulle bruke adopsjon som barnevernstiltak.

S.J.P. og E.S. mot Sverige gjelder omsorgsovertakelse og nektelse av samvær.¹⁰ Klagerne var et svensk-iransk foreldrepar, bosatt i Norge. Familien kom i kontakt med svenske barnevernsmyndigheter etter at det yngste av tre barn var født i 2007. Etter utredning fattet svenske myndigheter vedtak om omsorgsovertakelse, men denne ble ikke iverksatt fordi familien flyttet til Iran og senere til Norge. Norske barnevernsmyndigheter holdt på med en utredning av familien etter meldinger om at faren hadde slått barna. Familien dro til Sverige, og familien ble stoppet på flyplassen i Stockholm på vei til Iran. Svenske myndigheter fattet da midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse, som senere ble opprettholdt av domstolene. Barna ble plassert i fosterhjem på sperret adresse. Foreldrene ble i en periode på to år også nektet samvær, før de fikk samvær seks timer i måneden. Når det gjaldt omsorgsovertakelsen, kom EMD til at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8, og viste bl.a. til at de eldste barna hadde fortalt om fysisk vold. Når det gjaldt manglende tilbakeføring, tok EMD utgangspunkt i at omsorgsovertakelse er et midlertidig tiltak, og myndighetenes plikt til å sørge for gjenforening. Imidlertid manglet klagerne forståelse for barnas særlige behov, og alle tre barna ønsket å bli boende i fosterhjem. Det forelå derfor relevante og fyllestgjørende grunner for å opprettholde tiltaket, og manglende tilbakeføring innebar derfor ingen krenkelse av artikkel 8. For så vidt gjaldt perioden hvor foreldrene var avskåret fra samvær, hadde svenske domstoler tatt utgangspunkt i at dette var et drastisk tiltak som var begrunnet i klagerne manglende evne til å samarbeide med barnevernsmyndighetene og deres manglende forståelse for barnas behov. Foreldrene hadde etter hvert fått begrenset samvær med sine barn. Flertallet kom til at samværsrestriksjonene hadde vært nødvendige for å sikre barnas interesser (dissens fra én dommer).

⁹ Klagenr. 40938/16, dom 30. oktober 2018.

¹⁰ Klagenr. 8610/11, dom 28. august 2018.

Wetjen mfl. mot Tyskland gjelder omsorgsovertakelse på grunn av fysisk avstraffelse av barn.¹¹ Klagerne var medlemmer av et religiøst samfunn som praktiserte fysisk avstraffelse som ledd i barneoppdragelsen, enten ved barnets foreldre eller andre medlemmer som hadde oppsyn med barna. EMD kom til at omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar var et nødvendig tiltak for å beskytte barn (for enkelte av klagerne konstaterte EMD krenkelse for så vidt gjaldt saksbehandlingstiden for den midlertidige avgjørelsen). EMD holdt åpent om avstraffelsen var av en slik karakter at vernet etter artikkel 3 mot inhuman eller nedverdiggende behandling ble aktivert, men en var i alle fall innenfor virkeområdet til bestemmelsen. Foreldrene hadde ikke ønsket å endre atferd, og saksbehandlingen hadde involvert dem på tilstrekkelig vis.

Lazoriva mot Ukraina, klagenr. 6878/14, dom 17. april 2018, gjelder manglende mulighet for en tante til å adoptere sin nevø. Klager hadde allerede adoptert søsterens datter, men fikk ikke adoptere nevøen etter at søsteren ikke kunne ta hånd om ham. EMD kom til at det ikke forelå et familieliv mellom klager og nevøen, men at relasjonen var vernet av retten til privatliv. Selve adopsjonsprosessen krenket de prosessuelle kravene etter artikkel 8.

Bogonosovy mot Russland, klagenr. 8201/16, dom 5. mars 2019, gjelder manglende samværsmuligheter for besteforeldre etter adopsjon. Barnet hadde bodd med morforeldrene under deler av oppveksten og var adoptert bort etter morens bortgang. Morfaren (og mormoren som senere døde) hadde forgjeves søkt om samværsrett. Russisk lovgivning åpnet for slik kontakt, men kun dersom begjæringen var fremmet under selve adopsjonssaken. Det springende punktet i saken var nasjonale domstolars orientering til besteforeldrene om de prosessuelle regler knyttet til samværsrett, og EMD konstaterte krenkelse av artikkel 8 på grunn av manglende klarhet i nasjonal lovgivning.

2.3 Særlig om sakene mot Norge

Siden desember 2015 har EMD kommunisert 32 klager mot Norge. Av disse gjelder 26 tvangsinngrep fra barnevernet. Noen av disse er avgjort, mens vi venter på utfallet av *Strand Lobben mot Norge*. I denne saken konstaterte EMD i kammer under dissens 4-3 at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8.¹² Hovedspørsmålet var om fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon var en krenkelse av retten til familieliv. I tillegg kom prosessuelle spørsmål knyttet til klagerett for barna i saken og besteforeldrene.¹³ Storkammeret holdt muntlig høring 17. oktober 2018, og dommen er avsagt, men resultatet og premissene blir offentlig i september 2019.

EMD konstaterte krenkelse i *Jansen mot Norge*.¹⁴ Klagen gjaldt manglende samvær etter omsorgsovertakelse, jf. Rt. 2014 s. 976 som er en del av sakskomplekset. Den bærende begrunnelsen for tiltaket var frykt for kidnapping av barnet av mors familie. EMD fant enstemmig at selv om samværsnektelsen var begrunnet i hensynet til barnets beste, var tiltaket for vidtrekkende og tok ikke høyde for de potensielt negative langtidskonsekvensene av å nekte samvær mellom mor og barn. EMD tilkjente klager en erstatning på 25 000 euro for ikke-økonomisk tap.

I *Hasan mot Norge* konstaterte EMD ved dom at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8 ved klage fra en mor etter fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon av hennes

¹¹ Klagenr. 68125/14 og 72204/14, dom 22. mars 2018. Se også *Tlapak mfl. mot Tyskland*, klagenr. 11308/16, dom 22. mars 2018, som gjelder samme tematikk.

¹² Klagenr. 37283/13, dom 30. november 2017.

¹³ Se Karl Harald Søvig, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2017», *FAB* 2018, s. 123–140, om saksforholdet og argumentasjonen til flertallet og mindretallet.

¹⁴ Klagenr. 2822/16, dom 6. september 2018.

to barn.¹⁵ I *M.L. mot Norge* konstaterte EMD ved dom at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8 ved klage fra en mor over at hennes yngste sønn ikke var plassert i samme fosterhjem som sin halvbror (saken gjaldt også forholdet til artikkel 6).¹⁶

I.D. mot Norge gjaldt klage fra en mor over manglende tilbakeføring.¹⁷ *T.S. og J.J. mot Norge* gjaldt klage fra far og hans mor over begrenset samvær etter omsorgsovertakelse og manglende kontakt med sitt kulturelle opphav.¹⁸ *J.M.N. og C.H. mot Norge* gjaldt klage fra et foreldrepar etter omsorgsovertakelse.¹⁹ I alle disse tre sakene fant EMD i kammer at klagen var åpenbart grunnløse, og ingen av disse sakene var kommunisert til Norge.

De 22 kommuniserte sakene som ennå ikke er avgjort, gjelder ulike former for barnevernstiltak. Ni saker gjelder adopsjon og/eller fratakelse av foreldreansvar,²⁰ tolv gjelder omfang eller avskjæring av samvær etter omsorgsovertakelse,²¹ fem gjelder manglende tilbakeføring,²² og åtte gjelder selve omsorgsovertakelsen.²³ Enkelte av klagen gjelder flere tiltak. Hovedspørsmålet i alle sakene er vernet om familieliv etter artikkel 8, men enkelte saker reiser også spørsmål om andre bestemmelser, først og fremst retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6.

Så langt har de siste avgjorte sakene mot Norge endt med at EMD ikke har funnet krenkelser, med unntak av *Jansen mot Norge*. Saksforholdet her var atypisk. Barnevernsmyndighetene fryktet at besteforeldrene ville kidnappe barna. Gitt forhistorien var frykten begrunnet. Sandberg har kritisert dommen, og hun finner det vanskelig å akseptere at EMD legger så stor vekt på gjenforeningsformålet når plasseringen hadde vært langvarig.²⁴ Det er også interessant å holde Jansen-dommen opp mot *S.J.P. og E.S. mot Sverige*. Her aksepterte flertallet på seks dommere at samvær opphørte i en periode på halvannet år på grunn av foreldrenes manglende evne til å samarbeide med barnevernsmyndighetene og deres manglende forståelse for barnas behov.

Det er knyttet stor spenning til saksutfallet i *Strand Lobben mot Norge*. Det er vanskelig å spå hva konklusjonen til Storkammeret vil bli, men sannsynligheten for dissenser er svært høy. EMD har etter hvert en rikholdig praksis knyttet til adopsjon, også saker mot Norge. Saksutfallet var forskjellig i *Johansen mot Norge* og *Aune mot Norge*.²⁵ De to sakene

¹⁵ Klagenr. 27496/15, dom 28. april 2018.

¹⁶ Klagenr. 43701/14, dom 7. september 2017.

¹⁷ Klagenr. 51374/16, avgjørelse 4. april 2017.

¹⁸ Klagenr. 15633/15, avgjørelse 11. oktober 2016.

¹⁹ Klagenr. 3145/16, avgjørelse 11. oktober 2016.

²⁰ *S.S. og J.H.*, klagenr. 15784/19; *K.F. og A.F.*, klagenr. 39769/17; *M.A. og M.A.*, klagenr. 48372/18; *E.M. mfl.*, klagenr. 53471/17; *M.L.*, klagenr. 64639/16; *F.Z.*, klagenr. 64789/17; *S.E. mfl.*, klagenr. 9167/18; *Abdi Ibrahim*, klagenr. 15379/16; *Pedersen mfl.*, klagenr. 39710/15 (saken gjelder Rt. 2015 s. 110).

²¹ *S.A.*, klagenr. 26727/19 (omfang); *A.L. mfl.*, klagenr. 45889/18 (omfang, også klage fra barn og besteforeldre); *E.M. mfl.*, klagenr. 53471/17; *E.M. og T.A.*, klagenr. 56271/17 (omfang); *K.E. og A.K.*, klagenr. 57678/18 (omfang); *M.F.*, klagenr. 5947/19 (omfang); *R.O.*, klagenr. 49452/18 (omfang); *O.S.*, klagenr. 63295/17 (omfang); *D.R.*, klagenr. 63307/17 (omfang og avskjæring, gjelder flere barn); *K.O. og V.M.*, klagenr. 64808/16 (omfang); *Abdi Ibrahim*, klagenr. 15379/16 (avskjæring, gjelder også plassering i fosterhjem i familie med annen religiøs tilknytning); *A.S.*, klagenr. 60371/15 (avskjæring og plassering på sperret adresse).

²² *C.E.*, klagenr. 50286/18; *E.M. mfl.*, klagenr. 53471/17; *E.M. og T.A.*, klagenr. 56271/17; *Hernehult*, klagenr. 14652/16; *A.S.*, klagenr. 60371/15.

²³ *A.L. mfl.*, klagenr. 45889/18; *K.E. og A.K.*, klagenr. 57678/18; *M.F.*, klagenr. 5947/19; *R.O.*, klagenr. 49452/18; *O.S.*, klagenr. 63295/17; *S.E. mfl.*, klagenr. 9167/18; *Bodnariu*, klagenr. 73890/16 (akutt plassering); *K.O. og V.M.*, klagenr. 64808/16.

²⁴ Se kritikken av dommen i Kirsten Sandberg, «Ulogisk av EMD?», *FAB* 2018, s. 265–268.

²⁵ Klagenr. 17383/90, dom 7. august 1996, og klagenr. 52502/07, dom av 28. oktober 2010. Om sistnevnte, se Lena Bendiksen, «Adopsjon som barnevernstiltak Aune mot Norge», *FAB* 2012, s. 236–249.

har likhetstrekk med Strand Lobben ved at mor hadde fått yngre barn som hun hadde beholdt omsorgsansvaret for.

Johansen-dommen har vært førende for senere saker om adopsjon. Utgangspunktet til EMD er at terskelen for adopsjon er høy, siden alle rettslige bånd mellom foreldre og barn blir brutt. Flertallet og mindretallet i kammerdommen i Strand Lobben var enige om utgangspunktene. Dissensen er knyttet til avveiningen og hvor langt EMD skal gå i å overprøve nasjonale myndigheter. Den forventete uenigheten i Storkammeret vil gå langs de samme skillelinjene. Sannsynligvis vil dissensen også gjenspeile rettskulturelle forskjeller knyttet til beskyttelsen av familieliv, hvor dommere fra Sør- og Øst-Europa erfaringsvis er mer skeptiske til statlige inngrep. Det er også verdt å merke seg kritikken fra FN-organ mot norsk praksis i barnevernssaker.²⁶

EMD har gjentatte ganger fremhevet at omsorgsovertakelse er et midlertidig tiltak, som gir myndighetene en positiv plikt til å legge til rette for gjenforening. Høyesterett har lagt til grunn at vilkårene for omsorgsovertakelsen i barnevernloven § 4-12 samsvarer med EMDs praksis under EMK artikkel 8,²⁷ men Høyesterett har aldri på samme vis som EMD fremhevet at omsorgsovertakelse skal være et midlertidig tiltak.²⁸

Jeg fikk høsten 2016 oversendt de to siste avgjørelsene om omsorgsovertakelse fra hver av landets 12 fylkesnemnder.²⁹ Én av sakene gjaldt andre spørsmål, og i alt gikk jeg gjennom 23 vedtak som gjaldt 30 barn. Kommunen fikk medhold i 21 av 23 saker. I de 19 sakene hvor det var aktuelt å gå inn på tematikken, skrev fylkesnemndene uttrykkelig i 17 saker at omsorgsovertakelsen vil være langvarig. I 2 saker manglet uttrykkelige opplysninger om dette. En skal være svært varsom med å trekke konklusjoner på grunnlag av et så lite materiale, men det gir grobunn for diskusjoner, både knyttet til EMDs prinsipielle utgangspunkt og praksis i norske fylkesnemnder. Ut fra en tradisjonell forholdsmessighetstenkning skal inngripende vedtak være så kortvarige så mulig. Slik sett er EMDs tilnærming forståelig. Samtidig er ikke barn pakker, og flytting utgjør normalt en belastning for dem, enten ut fra foreldre- eller fosterhjemmet. En lav terskel for tilbakeføring, og eventuelt påfølgende ny omsorgsovertakelse, vil kunne føre til hyppige flyttinger og mange brudd. I tillegg må tilbakeføringsforpliktelsen ses i forhold til de rettslige vilkårene for omsorgsovertakelse og det faktiske grunnlaget for denne. Jo høyere terskelen for omsorgsovertakelse er, jo mindre sannsynlig vil tilbakeføring i nær fremtid være. Dessuten vil enkelte foreldre ha utfordringer som gjør det lite sannsynlig at de i overskuelig fremtid kan ta hånd om egne barn. For egen del mener jeg derfor at EMD med fordel bør nyansere synspunktet om at omsorgsovertakelse alltid skal være et midlertidig tiltak. Samtidig er det utvilsomt behov for en diskusjon om vi i Norge i for stor grad tar for gitt at omsorgsovertakelse er et langvarig tiltak. I forlengelsen av dette trenger vi en diskusjon av praksis knyttet til varigheten og omfang av samvær etter omsorgsovertakelse.

Etter at EMD siden 2015 hadde kommunisert flere saker mot Norge,³⁰ kom en ny vending den 17. juni i år da EMD på samme dag kommuniserte 16 saker. En skal være varsom med å trekke konklusjoner, men det er vanskelig å tolke avgjørelsene om å

²⁶ Se den siste rapporten fra FNs barnekomité til Norge, jf. CRC/C/NOR/CO/5-6, avsn. 20–21 (som er mindre krass enn tidligere, sml. CRC/C/15/Add.263, avsn. 24) og den siste rapporten fra FNs ØSK-komité, E/C.12/NOR/CO/5, avsn. 11.

²⁷ Se Rt. 2002 s. 875 (s. 879) og HR-2016-2262-A, avsnitt 84.

²⁸ Se merknaden i Rt. 2015 s. 110, avsn. 67.

²⁹ Takk til Sentralenheten for fylkesnemndene som ga tilgang til materialet og som sørget for anonymisering.

³⁰ Se også Marius Emberland, «Det norske barnevernet under lupen», *Lov og Rett* 2016, s. 329–330, og «Det norske barnevernet under lupen – del 2», *Lov og Rett* 2017, s. 435–436.

kommunisere så mange avgjørelser på samme dag som annet enn et ønske fra EMDs side om en grundig gjennomgang av norsk barnevern.

Uansett saksutfall i Storkammer-dommen og de kommuniserte sakene er det viktig med en nasjonal diskusjon om barnevernstiltak.³¹ EMD kan bare komme inn som et mulig korrektiv i et fåtall saker. EMD kan dessuten ikke gå inn i mer systemorienterte diskusjoner. Vi har i Norge store regionale forskjeller. I Akershus er 5,5 av 1000 barn under det offentliges omsorg, mens forekomsten er nesten tre ganger så høy i Finnmark (15,3).³² Vi har også hatt en økning på nær 50 % i antall omsorgsovertakelser siden 2003. Vi trenger derfor både en nasjonal diskusjon om hvorvidt myndighetene på barnevernsfeltet fatter de riktige vedtakene til rett tid, og også manglende inngrep kan reise menneskerettslige spørsmål. Kanskje kan det også være behov for en europeisk debatt om EMDs rolle på barnevernsfeltet.

3 Barnefordeling

3.1 Kort om de rettslige utgangspunktene

EMD har etter hvert hatt en rekke klager som stammer fra nasjonale tvister om barnefordeling. Blant de tidlige sakene er *Hoffmann mot Østerrike*,³³ som gjaldt bostedstvist hvor et bærende argument for nasjonale domstoler var mors tilknytning til Jehovas vitner, og *Hokkanen mot Finland*, som gjaldt manglende tilbakeføring til far etter midlertidig plassering hos besteforeldre etter morens død.³⁴ Barnefordelingssaker – på samme måte som saker om internasjonal barne bortføring – skiller seg fra barnevernsaker ved at spørsmålet ikke er om barna skal vokse opp hos familien, men i hvilken del av familien. Slik sett har de ikke samme preg av statlig inngrep i familielivet. EMD bygger likevel i stor grad på egen praksis fra saker om barnevern og internasjonal barne bortføring når de skal ta stilling til klager over barnefordeling.

I norsk lovspråk er «foreldretvister» nå tatt i bruk som betegnelse for saker når foreldrene er uenige om bosted eller samvær, jf. Prop. 85 L (2012–2013) hvor endret uttrykksmåte er nærmere forklart. Til tross for at «barnefordeling» kan gi uheldige assosiasjoner til at barn er en gjenstand som skal gis til den ene eller andre av opphavet, har jeg beholdt betegnelsen siden saker for EMD kan involvere andre omsorgspersoner enn foreldrene.

3.2 Nærmere om saker fra siste år

Khusnutdinov mot Russland er en barnefordelingssak, selv om den er spesiell siden den gjelder tvist over landegrensene.³⁵ Klagerne var en far og hennes datter. Familien var opprinnelig fra Russland, og hadde bosatt seg i USA. Kort tid før moren døde, ble datteren plassert hos besteforeldrene i Usbekistan. Faren reiste forgjeves søksmål for russiske

³¹ Se høringsvarene til utkastet til ny barnevernslov, hvor mange tar opp menneskerettslige spørsmål <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-barnevernslov/id2639982/> (sist besøkt 1. september 2019).

³² https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barnevernet/Barn_og_unge_plassert utenfor_hjemmet/Omsorgsovertakelser/ (sist besøkt 1. september 2019).

³³ Klagenr. 12875/87, dom 23. juni 1993.

³⁴ Klagenr. 19823/92, dom 23. september 1994.

³⁵ Klagenr. 76598/12, dom 18. desember 2018.

domstoler om daglig omsorg. Hovedbegrunnelsen for å nekte gjenforening var datterens ønske om å bli boende hos besteforeldrene. Hun var da 13 år.

EMD måtte først ta stilling til om faren kunne fremme klagen på datterens vegne. Da EMD avsa sin dom, var hun myndig. EMD kom enstemmig til at faren kunne opptre på datterens vegne. EMD fremhevet farens posisjon som eneste biologiske forelder. Han var her i konflikt med barnets mormor, som var oppnevnt som datterens verge. Selv om han var fratatt foreldreansvaret, ville avskjæring av hans klagerett ellers kunne medføre at EMD manglet mulighet til å ta stilling til en klage som vedgikk barnets interesser. Barnets synspunkt var etter EMDs syn mer et tema som var relevant under drøftelsen av om det forelå krenkelse etter artikkel 8.

EMD kom til at det ikke forelå et brudd på art. 8. EMD viste til at barnets mening skal tillegges mer vekt når det har tilstrekkelig modenhet. Datteren hadde i dette tilfellet gitt klart uttrykk for at hun ønsket å bo hos besteforeldrene. EMD påpekte også at klager hadde forholdt seg passiv i perioden etter at datteren flyttet til besteforeldrene. Gitt at det i første rekke er opp til nasjonale domstoler å ta stilling til bevisene, var det ingen svikt ved saksbehandlingen at sakkyndige ikke var oppnevnt. To dommere dissenterte, og én dommer hadde særmerknad. Mindretallet mente at saksbehandlingen innebar en krenkelse av artikkel 8, først og fremst fordi datteren ikke var hørt direkte av nasjonale domstoler. Dessuten burde datteren fått oppnevnt en verge som kunne representert henne.

A.B.V mot Russland gjelder manglende oppfølging av samvær for far etter samlivsbrudd.³⁶ Klager bodde sammen med barnets mor, men samlivet opphørte før datteren ble født i 2010. Far og datter hadde samvær første året etter fødselen, men mor nektet så faren kontakt med datteren. Etter at farskapet var fastslått ved dom, fikk faren samværsrett, men mor nektet fremdeles samvær. Far så først datteren i 2017. EMD konstaterte enstemmig krenkelse av artikkel 8. I tråd med etablert praksis har statene en positiv plikt til å sikre samvær mellom barn og foreldre. Denne er ikke absolutt, men den nasjonale rettergangen må skje med nødvendig fremdrift, og myndighetene må sette inn tiltak for å sikre oppfølging av dommer om samværsrett. Nasjonale myndigheter har en krevende oppgave, men manglende samarbeid mellom foreldrene kan ikke uten videre fritta staten for dens positive forpliktelse etter artikkel 8. Her hadde saksbehandlingen vært for langsom, og nasjonale myndigheter hadde passivt akseptert morens rettsstridige handlemåte. EMD tilkjente klager 12500 euro i erstatning for ikke-økonomisk tap.

Grujić mot Serbia gjelder klage fra en far over manglende samvær etter skilsmisse.³⁷ Da foreldrene gikk fra hverandre, var barna syv og ni år gamle. Det yngste barnet hadde lett psykisk utviklingshemming. Faren fikk midlertidig samværsrett, men denne ble i begrenset grad fulgt opp. Årsaken var dels barnas manglende ønske om å treffe faren. Myndighetene hadde satt i verk ulike tiltak, blant annet samvær under tilsyn. Faren hadde ved enkelte anledninger oppsøkt det yngste barnet på skolen, utenom de organiserte samværene. EMD konstaterte at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8 (én dommer dissenterte). Flertallet fremholdt at statens forpliktelse etter artikkel 8 ikke er et spørsmål om resultat, men hvorvidt tilstrekkelige tiltak er satt i verk. Nasjonale myndigheter hadde her prøvd å tilrettelegge for samvær. Dessuten hadde faren forverret situasjonen ved sin handlemåte, og han hadde også uteblitt fra rettsmøter. Utover spørsmålene knyttet til artikkel 8 er dommen interessant ved å vise etterslepet av klagesaker som EMD har slitt med. Klagen kom inn i 2006, og EMD avsa dom 12 år etterpå.

³⁶ Klagenr. 56987/15, dom 2. oktober 2018.

³⁷ Klagenr. 203/07, dom 28. august 2018.

Vyshnyakov mot Ukraina gjelder klage fra far over manglende samvær etter skilsmisse.³⁸ Foreldre gikk fra hverandre da datteren var et halvt år. Far fikk samvær tre timer i uken, men avgjørelsen ble ikke fulgt opp. EMD tok utgangspunkt i statens positive forpliktelse etter artikkel 8. Myndighetene hadde verken fulgt opp med ulike frivillige løsninger i form av megling, eller med nødvendige tvangstiltak. EMD konstaterte derfor krenkelse av artikkel 8. Moren hadde senere flyttet til en annen del av landet, 600 km fra barnefaren, og faren hadde da krevd å få den daglige omsorgen. Siden barnet da over lang tid hadde bodd fast hos moren, hadde nasjonale domstoler foretatt en forsvarlig avveining av de kryssende interesser. EMD fant derfor denne delen av klagen åpenbart grunnløs.

Elita Magomadova mot Russland, klagenr. 77546/14, dom 10. april 2018, gjelder endring av fast bosted fra mor til far. Etter samlivsbruddet bodde datteren fast hos moren, mens faren hadde samværsrett. Faren tok uten mors samtykke datteren med fra Moskva til Tsjetsjenia. Moren flyttet etter og gikk til sak for lokale domstoler, som fastsatte at datteren skulle bo fast hos faren, uten at han hadde begjært dette. EMD konstaterte enstemmig krenkelse av artikkel 8, bl.a. på grunn av manglende saksutredning og bruk av sakkyndig. *Leonov mot Russland*, klagenr. 77180/11, dom 10. april 2018, gjelder klage fra far over at russiske domstoler avgjorde at datteren skulle bo fast hos moren. Han hevdet at nasjonale domstoler hadde avgjort saken ut fra en presumsjon for at små barn alltid burde vokse opp hos moren, men EMDs flertall fant at saken var avgjort ut fra en konkret vurdering av omsorgsevner hos foreldrene etter en kontradiktorisk saksbehandling. EMDs flertall fant heller ikke krenkelse av artikkel 14 om forskjellsbehandling, sammenholdt med artikkel 8. På begge punkter er dommen avsagt under dissens 6-1. *Muruzheva mot Russland*, klagenr. 62526/15, dom 15. mai 2018, gjelder manglende gjennomføring av avgjørelse om fast bosted. Russiske domstoler hadde fastsatt at barna skulle bo hos moren, men etter nær fire år var denne avgjørelsen ikke gjennomført. Selv om hovedgrunnen var fars manglende etterlevelse, hadde ikke myndighetene satt i verk tilstrekkelige tiltak. *Cristian Cătălin Ungureanu mot Romania*, klagenr. 6221/14, dom 4. september 2018, gjelder manglende muligheter etter rumensk rett for en far til å få tilkjent samværsrett så lenge skilsmisssaken ikke var avgjort. EMD fant at nasjonale myndigheter hadde sviktet sin positive forpliktelse etter artikkel 8, og kritiserte lovgivningen som utilstrekkelig. *V.D. mot Slovenia*, klagenr. 878/13, dom 9. april 2019, gjelder manglende samvær for en far med sine trillinger etter skilsmisse. Tiltakene som var satt inn av myndighetene, var utilstrekkelig for å sikre samværsrett som han var tilkjent ved dom.

Så langt har det ikke vært dommer mot Norge i saker om barnefordeling, og jeg er heller ikke kjent med avvísingsavgjørelser. Likevel: Dette er en sakstype hvor risikoen for krenkelser er til stede også i Norge. For så vidt gjelder selve tvisten om hvor barnet skal bo, vil EMD ventelig innrømme norske domstoler en vid skjønnsmargin så lenge selve rettergangen tilfredsstillende saksbehandlingskravene etter artikkel 6 og 8 (inkludert kravet til tempo i saksbehandlingen).

De potensielt største utfordringene for norske forhold er knyttet til eventuell gjennomføring av tilkjent samvær mellom barn og den av foreldrene som barnet ikke bor fast med. Her står myndighetene ofte overfor vanskelige avveininger, hvor situasjonen ofte er at bostedsforelder er skeptisk til samvær. EMDs praksis viser imidlertid at nasjonale myndigheter også i slike situasjoner har et ansvar.

4 Saker om internasjonal barne bortføring

4.1 Presentasjon av de rettslige utgangspunktene

Saker om internasjonal barne bortføring er særpreget ved det rike internasjonale rettskildetilfanget. Ved vurderingen av om retten til familieliv er krenket, trekker EMD inn

³⁸ Klagenr. 25612/12, dom 24. juli 2018.

Haagkonvensjonen om de sivile sidene ved barne bortføring (1980), rådsforordning 2201/2003/EF (anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser i ekteskapsaker og i saker om foreldreansvar: Brüssel IIa) og FNs barnekonvensjon (1989). I tillegg kan Europarådets konvensjon om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar (1980) være relevant. Haagkonvensjonen står likevel i forgrunnen, og i de fleste sakene har alle de involverte landene ratifisert denne.

EMD har siden *Ignaccolo-Zenide mot Romania* hatt en rekke saker om barne bortføring.³⁹ Skjellsettende avgjørelser fra nyere tid er storkammerdommene i *Neulinger og Shuruk mot Sveits* og *X. mot Latvia*.⁴⁰ *Neulinger og Shuruk* gjaldt tilbakeføring til Israel av en gutt født i 2003. Etter at far hadde sluttet seg til et ortodokst miljø og samlivsbrudd mellom foreldrene, hadde moren urettmessig tatt sønnen med seg til Sveits og bosatt seg der. Sveitsiske domstoler hadde avgjort at sønnen skulle tilbakeføres, men avgjørelsen var ikke iverksatt. EMD kom under dissens 16-1 (og med flere særuttalelser) til at en eventuell tvungen tilbakeføring til Israel ikke ville være til barnets beste, og dermed en krenkelse av moren og sønnens rettigheter etter artikkel 8. Også *X. mot Latvia* gjaldt en klage fra den av foreldrene som var utsatt for tilbakeføring. Mor klagde her over gjennomført tilbakeføring til Australia, og EMD kom under dissens 9-8 til at hennes rettigheter etter artikkel 8 var krenket. Den bærende begrunnelsen for flertallet var at de prosessuelle garantiene innbakt i artikkel 8 ikke var ivaretatt, ved at de nasjonale domstoler ikke i tilstrekkelig grad hadde utredet om tilbakeføring ville være til skade for barnet.

Sakene om internasjonal barne bortføring er preget av at nasjonale myndigheter må manøvrere i et rettslig terreng med grøfter på begge sider av veien:⁴¹

«Both a refusal to take account of objections to the return capable of falling within the scope of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections would be contrary to the requirements of Article 8 of the Convention and also to the aim and purpose of the Hague Convention.»

I tillegg må nasjonale myndigheter behandle sakene med tilbørlig hurtighet. Innbakt i artikkel 8 ligger etter praksis også flere saksbehandlingskrav.

4.2 Saker fra siste år

Adžić mot Kroatia (nr. 2) gjelder klage fra en far over manglende tilbakeføring til USA.⁴² Etter et ferieopphold i Kroatia hadde moren holdt barnet tilbake der. Klager hadde tidligere fått medhold i at saksbehandlingen var langdryg.⁴³ Klagen gjaldt nå selve tilbakeføringsavgjørelsen. EMD konstaterte krenkelse av artikkel 8 ved at klager i utilstrekkelig grad var involvert i den sakkyndige utredningen, noe som hadde skapt en prosessuell ubalanse mellom partene. Den sakkyndige hadde hatt samtaler med barnet, som da var fem år gammelt, men uten at faren hadde vært til stede eller var involvert på annet

³⁹ Klagenr. 31679/96, dom 25. januar 2000. For en analyse av tidligere praksis, se bl.a. Torunn Elise Kvisberg, *Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barne bortføring*, 2009, s. 618–649; Paul Beaumont, Katarina Trimmings, Lara Walker & Jayne Holliday, «Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly* 2015, s. 39–63; og Peter McElevy, «The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?», *Netherlands International Law Review* 2015, s. 365–405.

⁴⁰ Henholdsvis klagenr. 41615, dom 6. juli 2010, og klagenr. 27853/09, dom 23. nov. 2013.

⁴¹ *X. mot Kroatia*, avsn. 106.

⁴² Klagenr. 19601/16, dom 2. mai 2019.

⁴³ Klagenr. 22643/14, dom 12. mars 2015 (dissens 6-1).

vis. I tillegg fant EMD krenkelse av artikkel 6 fordi nasjonale domstoler ikke hadde holdt muntlige forhandlinger.

M.R. og D.R. mot Ukraina gjelder klage fra en far og hans sønn over manglende tilbakeføring til Tsjekkia.⁴⁴ Foreldrene hadde delt omsorg, og moren tok sønnen med seg til Ukraina. Faren gikk til ukrainske domstoler og vant frem med kravet om tilbakeføring, men avgjørelsen ble ikke gjennomført. Senere fastsatte ukrainske domstoler at det var til sønnens beste at han ble boende hos moren. EMD konstaterte enstemmig krenkelse av artikkel 8. Ukrainske myndigheter hadde ikke satt i verk frivillige tiltak straks tilbakeføringsavgjørelsen var fattet. Tvangsmultene som var ilagt, var lave. Samlet sett forelå ikke et tilstrekkelig rettslig og administrativt rammeverk for å sikre tilbakeføring.

5 Farskap

Fröhlich mot Tyskland gjelder manglende mulighet for samvær og tilgang til opplysninger om et barn for en mann som var påstått far til barnet.⁴⁵ Klager hadde hatt et forhold til en gift kvinne som senere fødte en datter som klager hevdet å være far til. Klager hadde etter tysk rett ikke krav på å få fastlagt om han var far, så lenge barnets rettslige foreldre motsatte seg dette.⁴⁶ EMD kom til at klagen var åpenbart grunnløs for så vidt den gjaldt manglende samværsrett. Klager var nektet samvær fordi han verken var rettslig far til barnet eller hadde hatt faktisk omsorg for det. Å fastsette eventuelt farskap på tvers av barnets rettslige foreldre ville ikke være i barnets interesse. Saksbehandlingen hadde vært i samsvar med artikkel 8, og tyske domstoler hadde hørt barnet og oppnevnt en verge for barnet. For så vidt gjaldt manglende opplysninger om barnet, kom EMD til at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8. Tyske domstoler hadde funnet det mest sannsynlig at klager var far. De hadde foretatt en avveining av de kryssende interesser, og vurdert at avklaring om farskapet kunne føre til brudd mellom foreldrene, som ikke ville være til barnets beste.

Novotný mot Tsjekkia gjelder manglende mulighet for en mann til å angripe en avgjørelse om farskap fra 1970.⁴⁷ Farskapsdommen var basert på vitneforklaringen og datidens blodtypetesting. Tsjekkiske domstoler hadde forkastet klagers begjæring om gjenåpning. EMD kom til at klagers rett til privatliv var krenket. Datteren, som nå var 50 år gammel, hadde samtykket til en farskapstest som viste at klager ikke var biologisk opphav. Hun anså ikke klager som sin far, og barnebidrag var nå uaktuelt. Manglende mulighet til å få de rettslige forholdene i samsvar med de biologiske realitetene tjente derfor ikke interessene til de involverte partene.

Bagniewski mot Polen gjelder også manglende mulighet til å angripe farskap, men i denne saken var barnet fremdeles mindreårig.⁴⁸ Klager hadde vært gift med barnets mor, men ønsket etter samlivsbruddet å få fastslått at han ikke var far. En utenrettslig DNA-test viste at han ikke var biologiske opphav. Etter at klager først hadde vunnet frem, hadde polske domstoler forkastet hans begjæring siden moren nektet å samtykke til ny testing.

⁴⁴ Klagenr. 63551/13, dom 22. mai 2018.

⁴⁵ Klagenr. 16112/15, dom 26. juli 2018.

⁴⁶ Sml. også *Anayo mot Tyskland*, klagenr. 20578/07, dom 21. desember 2010 (hvor farskap var fastlagt), og *Schneider mot Tyskland*, klagenr. 17080/07, dom 15. september 2011 (hvor farskap ikke var klarlagt).

⁴⁷ Klagenr. 16314/13, dom 7. juni 2018.

⁴⁸ Klagenr. 28475/14, dom 31. august 2018.

EMD kom til at klagers rett til privatliv ikke var krenket, og fremhevet særlig barnets interesse i stabilitet under oppveksten.

Mifsud mot Malta gjelder pålegg om DNA-test.⁴⁹ Klager var over 80 år gammel da maltesiske domstoler påla ham å avlegge DNA-test etter at hans påståtte datter hadde krevd fastsettelse av farskap. De to hadde opp gjennom årene hatt noe kontakt. Klager hevdet at pålegget krenket hans rett til privatliv, men vant ikke frem. EMD kom til at maltesiske domstoler hadde foretatt en forsvarlig avveining av hans ønske om å beskytte sitt privatliv opp mot datterens ønske om en fastsettelse av farskapet.

Doktorov mot Bulgaria gjelder lovbestemt tidsfrist for å fremme farskaps sak.⁵⁰ Etter skilsmissen fikk klager indikasjoner på at han ikke var biologisk far til parets yngste barn, og en utenrettslig DNA-test bekreftet dette. Imidlertid kunne han ikke reise farskaps sak fordi nasjonal lovgivning satte en sperre på ett år etter fødselen. EMD konstaterte krenkelse av artikkel 8 og fant at en så kort frist uten mulighet til en vurdering av de konkrete omstendighetene var et uforholdsmessig tiltak.

EMD har etter hvert avsagt en rekke dommer om farskap, og det kan være vanskelig å få en oversikt både over avgjørelsene og over argumentasjonsmønstre. Et skille går mellom farskap for barn som er under myndighetsalder og skal oppfores, og voksne barn. I den første gruppen vil barnets interesser stort sett formuleres ut fra presumsjoner, mens i den siste gruppen vil de formes ut fra den enkeltes pretensjoner. Det er illustrerende hvordan EMD i *Mifsud*-dommen trekker frem datterens ønske fremfor de mer samfunnsorienterte hensynene knyttet til samsvar mellom faktiske forhold og de som er rettslig anerkjent.

Fröhlich-dommen er interessant lest med norske øyne, og den viser hvordan tysk rett har en regulering som bygger på andre grunntrekk enn vår. Som kjent har lovgivers syn på den biologiske relasjonen endret seg flere ganger de siste årene. Ved lovendring 17. juni 2016 nr. 27 ble tidsfristene for å reise sak om endring av farskap opphevet. Tidsfristene ble innført med virkning fra 1. januar 2014, etter at de hadde vært opphevet siden 2003. Høyesterett har avsagt flere dommer hvor kunnskap om biologisk opphav har slått gjennom overfor kryssende hensyn, jf. Rt. 2013 s. 565 (utlevering fra biobank) og Rt. 2014 s. 585 (gravåpning). Det er også verdt å merke seg at EMD i Fröhlich-dommen ikke tar opp FNs barnekonvensjon artikkel 7 og barns rett til kunnskap om sitt opphav.

6 Kjønnsskifte

X mot Makedonia gjelder manglende anerkjennelse i offisielle registre etter kjønnsskifte.⁵¹ Klager var ved fødselen registrert som kvinne, men ønsket i tyveårene å endre kjønn til mann og gjennomgikk kirurgiske inngrep. Klager søkte og fikk endret for- og etternavn. Myndighetene utstyrte klager med et nytt ID-kort, men kjønnsmarkeringen og den personlige koden identifiserte klager fortsatt som kvinne. Søknaden om å endre dette ble avvist fordi det ikke fantes noen offisielle dokumenter som beviste at saksøkeren hadde endret kjønn. EMD konstaterte under dissens 5-2 krenkelse av klagers rett til privatliv. Saksforholdet avdekket mangler ved den nasjonale lovgivningen som medførte at klager ikke fikk tilgang til en rask, gjennomsluttelig og tilgjengelig prosedyre for kjønnsskifte, jf. Europarådets resolusjon 2048 (2015) om kjønnsskifte (22. april 2015), som EMD viste til.

⁴⁹ Klagenr. 62257/15, dom 29. januar 2019.

⁵⁰ Klagenr. 15074/08, dom 5. april 2018.

⁵¹ Klagenr. 29683/19, dom 17. januar 2019.

S.V. mot Italia gjelder også kjønnskifte, men her var problemstillingen knyttet til tidsforløpet.⁵² Det gikk to og et halvt år hvor klager var avskåret fra å endre fornavn siden kjønnskiftet ikke var fullstendig gjennomført i form av kirurgisk inngrep. EMD konstaterte enstemmig krenkelse av klagers rett til privatliv.

For norske forhold gir loven om endring av juridisk kjønn (17. juni 2016 nr. 46) tilgang til endring av kjønn basert på søkers egen oppfatning, slik at EMK-rettslige spørsmål av denne typen ikke vil oppstå.

7 Surrogati

EMD avga 10. april 2019 en rådgivende uttalelse om surrogati.⁵³ Ordningen med rådgivende uttalelse («advisory opinion») kom inn gjennom den 16. tilleggsprotokollen. De(n) øverste nasjonale domstolen(e) til stater som har ratifisert denne tilleggsprotokollen, kan da be EMDs Storkammer om en rådgivende uttalelse i en konkret sak. Et panel på fem dommere avgjør om anmodningen skal fremmes for Storkammeret. Norge har signert, men ikke ratifisert den 16. tilleggsprotokollen. Den rådgivende uttalelsen var den første i EMDs historie.

Anmodningen om rådgivende uttalelse kom fra den franske kassasjonsdomstolen (Cour de Cassation), som behandlet en sak i kjølvannet av *Menesson mot Frankrike*.⁵⁴ Menesson-dommen gjaldt et fransk ektepar som hadde inngått avtaler om surrogati i USA. Den mannlige ektefellen var biologisk far til barna, og etter amerikansk rett var de franske ektefellene barnets foreldre. Franske myndigheter nektet å registrere foreldreskapet fordi barnet var født etter surrogati, som var forbudt og straffbart i Frankrike. EMD fant i Menesson-dommen at forholdet mellom ekteparene og barna måtte anses som familieliv etter artikkel 8. Videre fremholdt EMD – i tråd med etablert praksis – at retten til identitet var en integret del av privatlivet etter artikkel 8. Surrogatiavtalen og den rettslige klassifiseringen av foreldreskapet sto i direkte sammenheng med barnas privatliv. EMD understreket at statene hadde en vid skjønnsmargin i saker knyttet til surrogati, siden disse gjaldt verdiladete spørsmål hvor reguleringen i medlemsstatene varierte. Imidlertid var skjønnsmarginen snevrere i saker som angikk foreldreskap, fordi denne retten var så nær knyttet til barnas identitet. Her måtte hensynet til barna komme inn med full tyngde. Manglende anerkjennelse av foreldreskapet hindret barnas tilknytning til det franske samfunnet. Selv om klagerne ikke opplevde praktiske vansker i hverdagslivet på grunn av manglende anerkjennelse av foreldreskapet, hadde dette betydning både for statsborgerskap og arverett. EMD kom enstemmig til at den manglende anerkjennelsen var en krenkelse av *barnas rett til respekt* for sitt privatliv etter artikkel 8.

Spørsmålet om fars stilling var avgjort ved Menesson-dommen, og fransk rett var senere endret. Spørsmålet fra den franske kassasjonsdomstolen var knyttet til den pretenderende mors rettslige stilling. Kassasjonsdomstolen ba først EMD om å ta stilling til om en nektelse av å anerkjenne henne som mor var innenfor statenes skjønnsmargin. Dernest, hvis staten hadde en forpliktelse til å anerkjenne henne, ville en mulighet for adopsjon være tilstrekkelig?

⁵² Klagenr. 55216/08, dom 11. oktober 2018.

⁵³ Begj. nr. P16-2018-001.

⁵⁴ Klagenr. 65192/11, dom 26. juni 2014. For en omtale, se Karl Harald Søvig, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2014», *FAB* 2015, s. 111–136.

EMDs rådgivende uttalelse er enstemmig. EMD fremhevet at selv om det normalt er en romslig skjønnsmargin i etisk sensitive spørsmål, var denne snevret inn når enkeltindividets rett til identitet sto på spill. I tillegg kom hensynet til barnets beste. Et absolutt forbud mot å anerkjenne farens ektefelle som mor ville være uforenlig med EMK artikkel 8. Når det gjaldt i hvilken form anerkjennelse skulle skje, fremholdt EMD at statene hadde en skjønnsmargin. Adopsjon var én mulighet, men ikke den eneste farbare vei. Uansett måtte prosessen være effektiv og sikre barnets rettigheter.

Sett med norske øyne er den rådgivende uttalelsen interessant, og særlig for en forfatter som tok del i arbeidet med ny adopsjonslov. Lovutvalget hadde foreslått en egen bestemmelse om stebarnsadopsjon av barn som er unnfanget ved assistert befruktning i utlandet.⁵⁵ Departementet fulgte ikke opp forslaget, bl.a. fordi en lovfesting kan gi en uheldig signaleffekt og fremstå som en legitimering av surrogati og assistert befruktning som ikke er tillatt i Norge.⁵⁶ Selv om den rådgivende uttalelsen er rettet mot Frankrike, og uansett ikke er bindende, gir den en pekepinn om EMDs holdning i denne sakstypen. Det er all grunn til å ta opp igjen den nasjonale diskusjonen om stebarnsadopsjon, eller andre former for rettslig godkjenning av foreldreskap, av barn som er unnfanget ved assistert befruktning i utlandet.

⁵⁵ NOU 2014: 9 *Ny adopsjonslov* (utkast til § 13).

⁵⁶ Prop. 88 L (2016–2017) *Lov om adopsjon (adopsjonsloven)*, s. 18–19.