

Barne- og likestillingsdepartementet
Innsending via www.regjeringen.no

Dato:

30. januar 2017

Vår referanse:

2017/10

Deres referanse:

16/2961

Høringsuttalelse om NOU 2016: 16 Ny barnevernslov - Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

1. Innledning

Vi viser til Barne- og likestillingsdepartementets høringsbrev, med høringsfrist 30. januar 2017.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («Nasjonal institusjon») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig.¹ Nasjonal institusjon skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene.² I dette ligger det særlig at Nasjonal institusjon skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene.³

Barne- og likestillingsdepartementet har bedt høringsinstansene særlig vurdere strukturen i forslaget til ny lov, de enkelte lovforslag, samt vurdere den samlede virkningen for barn, foreldre og barnevernet. Det er også blitt bedt om vurderinger av de økonomiske og administrative konsekvensene av forslagene. Nasjonal institusjon ser det som sin rolle å bidra med en vurdering av om forslaget er i samsvar med våre internasjonale og konstitusjonelle menneskerettsforpliktelser. Det er ikke Nasjonal institusjons oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslagene.

Lovforslaget reiser komplekse menneskerettsspørsmål. Nasjonal institusjon mener at utredningen adresserer menneskerettslige spørsmål på en grundig måte, noe som i seg selv er positivt. For å ivareta statens sikringsplikt etter EMK artikkel 1 og Grunnloven § 92, må staten iverksette tilstrekkelige tiltak for å forebygge menneskerettskrenkelser. Dette gjøres primært gjennom gode nasjonale lovgivningsprosesser, med gode og grundige utredninger av menneskerettslige spørsmål. At det foretas slike vurderinger nasjonalt tillegges også vekt av både nasjonale domstoler og av EMD i vurderingen av om eventuelle inngrep i beskyttede rettigheter har vært proporsjonale og nødvendige.

¹ NIM-loven § 1 (2).

² NIM-loven § 3 (1), bokstav b

³ Innst. 216 L (2014-2015) s. 3.

Forslaget styrker barns rettigheter på flere områder. Eksempelvis er Nasjonal institusjon særlig positive til økt rettighetsfesting for barn. Videre er det en fordel at regler om tvangsbruk på barnevernsinstitusjoner flyttes fra forskrift til lov. Forslaget gir bedre prosessuelle garantier for både barn og foreldre, herunder i forbindelse med akuttvedtak og barnets rett til å bli hørt. Det er også lagt opp til en bedre oppfølging av barn og foreldre etter tiltak. Forslaget styrker også barn med minoritet- eller urfolksbakgrunns rettigheter hva gjelder kultur, religion og språk.

Av kapasitetshensyn har vi ikke anledning til å gå inn på alle problemstillinger forslaget reiser. Vi vil derfor konsentrere oss om to problemstillinger; dobbeltstraff ved adferdsplassering på institusjon (punkt 2) og kontakt og samvær etter tiltak (punkt 3). Vi vil i tillegg kort påpeke betydningen av kommende EMD-praksis (punkt 4).

2. Dobbeltstraff ved adferdsplassering på institusjon (NOU 2016:16 kapittel 11.12)

2.1. Utgangspunkter

I kapittel 11.12 *Tiltak der barn utsetter sin helse eller utvikling for alvorlig fare* behandler utvalget menneskerettslige problemstillinger knyttet til adferdsplassering på institusjon etter kriminalitetsvilkåret i barnevernsloven § 4-24. Spørsmålet er hvordan ny bestemmelse om adferdsplassering forholder seg til reglene om dobbeltstraff i EMK TP7 artikkel 4 nr. 1.

Utvalget ønsker å fjerne kriminalitetsvilkåret i ny bestemmelse om adferdsplassering på institusjon. Utvalget peker på at det i rettspraksis er lagt til grunn at tiltak etter kriminalitetsalternativet er å anse som straff etter EMK. Utvalget uttaler at når man nå ønsker å fjerne vilkåret, tilsier de beste grunner at adferdsplassering ikke lenger skal anses som straff etter EMK TP7 artikkel 4 nr. 1. Nasjonal institusjon mener at det kan stilles spørsmål ved om utvalgets konklusjoner er riktige (2.2).

Dersom en adferdsplassering fortsatt vil være å anse som straff, blir spørsmålet om en tvangsplassering på institusjon gir adgang til å straffeforfølge for de samme forholdene som dannet grunnlag for adferdsplasseringen, og hvordan en slik parallellforfølgning i så fall skal innrettes, jf. EMK TP7 artikkel 4 nr. 1. Nasjonal institusjon vil kommentere dette i lys av den nye dommen fra EMD, *A og B v. Norge* (2.3).⁴

2.2. Forslag til endringer i vilkårene for adferdsplassering og straffebegrepet i EMK

Utvalget peker på at det i rettspraksis er lagt til grunn at tiltak etter kriminalitetsalternativet er å anse som straff etter EMK.⁵

Hvorvidt en sanksjon skal anses som straff etter EMK avgjøres på grunnlag av de tre såkalte Engel-kriteriene.⁶ De er utgangspunktet alternative, men en sanksjon kan også bli ansett som straff på grunnlag av den kumulative effekt av flere av kriteriene: (i) Nasjonal klassifisering (*«the characterisation under national law»*), (ii) lovbruddets karakter (*«the nature of the offence»*) og innholdet og alvoret av den sanksjon som lovbrøyteren risikerer (*«the nature and degree of severity of*

⁴ *A og B v. Norge* (24130/11 og 29758/11)

⁵ Rt. 2012 s. 1051

⁶ Engel-kriteriene har sin opprinnelse i saken *Engel mfl. v. Nederland* (Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72)

the penalty)). I saken *A og B v. Norge* bekrefter EMD at Engel-kriteriene fortsatt skal gjelde for å klassifisere en sanksjon som straff eller ikke etter EMK TP7 artikkel 4 nr. 1.⁷ Det betyr at en adferdsplassering etter kriminalitetsvilkåret i dagens barnevernslov § 4-24 fortsatt vil karakteriseres som straff etter EMK.

Utvalget har foreslått å fjerne kriminalitetsvilkåret i ny § 20, idet det mener at det sentrale for en adferdsplassering ikke er om barnet har begått en handling som eventuelt er straffbar etter straffelovens regler, men om barnet opptrer på en slik måte at det utsetter sin egen helse eller utvikling for alvorlig fare. Det påpekes at det er ikke samfunnets behov for vern eller et ønske om å straffe barnet som skal ligge bak adgangen til å sette i verk tiltak, men behovet for å beskytte barnet.

Med fjerning av kriminalitetsvilkåret uttaler utvalget at endringen innebærer at tiltak ikke lenger bør anses som straff ut ifra «*normens karakter*». Samtidig fant utvalget grunn til å uttale at et av de andre Engel-kriteriene, «*sanksjonens innhold*», kunne medføre at tiltak etter den nye bestemmelsen blir å anse som straff etter EMK likevel. Spørsmålet om sanksjonens alvor *alene* kan innebære at tiltaket anses som straff må anses åpent, jf. Rt. 2003 s. 1827, hvor flertallet la til grunn at den kumulative effekt av grunnlaget for inngrepet og inngrepets innhold og alvor gjorde at kriminalitetsalternativet ble ansett som straff.

På bakgrunn av formålet med inngrepet, som er å behandle barn som setter egen helse eller utvikling i alvorlig fare, samt at en fjerning av kriminalitetsvilkåret vil gjøre forskjellen mellom strafferettslig frihetsberøvelse og atferdstiltak tydeligere, mener utvalget at adferdsplassering ikke lenger bør anses som straff etter dette kriteriet heller.

Nasjonal institusjon mener at selv om kriminalitetsvilkåret som sådan fjernes i lovteksten, vil det kunne oppstå situasjoner der barnet «*utsetter sin helse eller utvikling for alvorlig fare*» igjennom kriminalitet, jf. bestemmelsens første ledd. I merknaden til bestemmelsen uttales at «*det sentrale vurderingstemaet er om barnet foretar handlinger som kan føre til skade til barnet. Skade omfatter både fysisk og psykisk skade. Alternativet omfatter tilfeller av selvskading, bruk av rusmidler og annen oppførsel som kan føre til alvorlige problemer i ettertid.*»⁸. Hverken bestemmelsens ordlyd eller merknadene tar stilling til om kriminalitet fortsatt kan være et kriterium for adferdsplassering, eller om en ønsker at kriminalitet ikke lenger skal tillegges vekt. Koblingen mellom institusjonsplasseringen og vilkårene for straff, vil etter omstendighetene fortsatt kunne være til stede, selv om den er mindre tydelig med den nye bestemmelsen.

Med den nye bestemmelsen vil det fortsatt også være et krav til at institusjonen barnet plasseres på «*må være faglig og materielt i stand til å tilby barnet forsvarlig hjelp sett opp mot formålet med oppholdet*», jf. ny bestemmelses fjerde ledd. Er det kriminalitet som er grunnlaget for plasseringen vil institusjonsoppholdet i realiteten kunne være bygget på de samme opplærings- og rehabiliteringshensyn som en ordinær fengselsstraff for mindreårige. Adferdsplasseringen vil også

⁷ *A og B v. Norge* (24130/11 og 29758/11) avsnitt 105-107. Engel-kriteriene gjelder generelt for straffebegrepene i konvensjonen, ikke spesifikt for EMK TP7 artikkel 4 nr. 1.

⁸ NOU 2016: 16 s. 253

fortsatt være av sterk inngripende karakter, og være frihetsberøvelse etter Grunnloven § 94, EMK artikkel 5 og BK artikkel 37 b.⁹

Det nye vilkåret vil etter vårt syn kunne dekke samme faktiske forhold som det tidligere kriminalitetsvilkåret, og innholdet i adferdsplasseringen vil trolig være tilsvarende som tidligere dersom den skriver seg til et underliggende faktum om kriminalitet. Innenfor det regelverket man foreslår, er det plausibelt at det kan oppstå slike situasjoner i praksis. Nasjonal institusjon mener det fortsatt er usikkert om en adferdsplassering etter ny § 20, under visse omstendigheter, vil kunne karakteriseres som straff etter EMK.

2.3. Parallellforfølgning – særlig om A og B v. Norge

Dersom en adferdsplassering i visse tilfeller fortsatt er å anse som straff etter EMK, blir spørsmålet om en tvangsplassering på institusjon gir adgang til å straffeforfølge for de samme forholdene som dannet grunnlag for adferdsplasseringen, og hvordan en slik parallellforfølgning i så fall skal innrettes, jf. EMK TP7 artikkel 4 nr. 1.

I 2016 avsa EMD en dom i Norges favør om dobbeltstrafftematikken, *A og B v. Norge*.¹⁰

Saken var at norske myndigheter i samme sak hadde ilagt både tilleggsskatt og domfelt til fengsel. Grunnlaget for både tilleggsskatten og straffeforfølgningen var omfattende skattesvik. Spørsmålet i saken var om straffeforfølgningen krenket EMK TP7 artikkel 4 nr. 1. Dommen er ikke nevnt i utredningen, da den ble avsagt etter at utredningen ble levert. Dommen gir på generelt grunnlag uttrykk for at forbudet mot dobbeltstraff ikke stenger for hensiktsmessige parallelle prosesser, verken på skatterettens område eller andre områder.¹¹ I saken oppsummerer og systematiserer EMD kravene til *hvordan* parallellforfølgning kan skje, som i tidligere praksis fra EMD har vært sparsomt behandlet.¹²

Dersom en adferdsplassering fortsatt er å anse som straff etter EMK TP7 artikkel 4 nr. 1, kan barnet straffeforfølges for de samme forhold dersom det foreligger «*a sufficiently close connection ... in time and in substance*» mellom de to prosessene straffeforfølgning og tvangsplassering. Styrende i vurderingen er hensynet til barnets beste, som betyr at kravene til parallellforfølgningen etter vårt syn blir ekstra skjerpet, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen. EMD uttaler følgende i avsnitt 132 og 134 om: «*a sufficiently close connection ... in time and in substance*»:

(132) *“Material factors for determining whether there is a sufficiently close connection in substance include*

- *whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved*
- *whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (idem);*

⁹ Rt. 2012 s. 1051, avsnitt 38-41.

¹⁰ *A og B v. Norge* (24130/11 og 29758/11)

¹¹ *A og B v. Norge* (24130/11 og 29758/11) avsnitt 121

¹² Noe også Høyesterett erkjenner i saken Rt. 2012 s. 1051 avsnitt 52: «*Praksis fra EMD om lovlig parallellforfølgning er sparsom.*»

- *whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set;*
- *and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate."*

(134) "Moreover, as already intimated above, where the connection in substance is sufficiently strong, the requirement of a connection in time nonetheless remains and must be satisfied. This does not mean, however, that the two sets of proceedings have to be conducted simultaneously from beginning to end. It should be open to States to opt for conducting the proceedings progressively in instances where doing so is motivated by interests of efficiency and the proper administration of justice, pursued for different social purposes, and has not caused the applicant to suffer disproportionate prejudice. However, as indicated above, the connection in time must always be present. Thus, the connection in time must be sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time (see, as an example of such shortcoming, Kapetanios and Others, cited above, § 67), even where the relevant national system provides for an "integrated" scheme separating administrative and criminal components. The weaker the connection in time the greater the burden on the State to explain and justify any such delay as may be attributable to its conduct of the proceedings."

EMD krever altså en gjennomtenkt og integrert samordning mellom reglene for adferdsplassering og straffeforfølgning. Noen av de spørsmålene lovgiver bør stille seg, er hvorvidt dagens regelverk har god nok regulering av samarbeidet mellom påtalemyndighet og barnevernstjenesten, eller om dagens regelverk kan føre til en overdreven sanksjon for barnet (for eksempel tvangsplassering i institusjon kombinert med en krevende samfunnsstraff). Et annet spørsmål som melder seg er hvorvidt en slik samordning bør reguleres i barnevernloven, i straffelovgivningen eller i annen lovgivning. Nasjonal institusjon mener at det i den videre lovgivningsprosessen må tas hensyn til de krav som fremkommer i *A og B v. Norge* om parallellforfølgning.

2.4. Oppsummering

Slik vi ser det, er det usikkerhet om de foreslåtte regler i utredningen kan medføre situasjoner der reglene om dobbeltstraff får anvendelse likevel. For å sikre ivaretagelse av våre menneskerettslige forpliktelsene, bør regelverket innrettes slik at eventuell parallellforfølgningen tilfredsstiller de krav som fremkommer av *A og B v. Norge*.

3. Kontakt og samvær (NOU 2016:16 kapittel 13)

Utvalget adresserer også problemstillinger vedrørende kontakt og samvær etter tiltak i kapittel 13.

Utvalget kommuniserer tydelig i ny lovtekst at utgangspunktet ved omsorgsovertakelser, er at det skal være samvær mellom barn og foreldre, og at det er begrensningene som må begrunnes. Det er også positivt at man utvider personkretsen barn har rett til samvær med, særlig søsken. Utvalget foreslår også å tydeliggjøre barnevernstjenestens plikt til å følge opp både foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse. Nasjonal institusjon mener at endringene er bedre i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser, slik utvalget gjør rede for, og støtter forslagene.

Hva gjelder selve samværsomfanget ved langvarige fosterhjems plasseringer, har Høyesterett uttalt at samværsomfanget i de fleste tilfeller varierer til mellom tre og seks samvær pr. år, og tar ofte dette som et utgangspunkt i sin vurdering av den enkelte sak.¹³ I utredningen stilles det spørsmål ved om et samværsomfang på tre til seks samvær i året, under gitte omstendigheter, kan være i strid med våre menneskerettslige forpliktelser.¹⁴ Nasjonal institusjon mener utredningen her reiser et viktig spørsmål, og vi slutter oss til de vurderinger som utvalget gjør.

Høyesterett har uttalt at det ikke er mulig «å etablere en fast tålegrense» på hvilket samværsomfang som er barnets beste, og vurderer de konkrete omstendighetene i den enkelte sak når samværsomfang skal fastsettes.¹⁵ Nasjonal institusjon mener at departementet i det videre lovarbeidet bør klargjøre hvordan samværsomfang skal fastsettes, herunder at det skal gjøres en konkret helhetsvurdering i hver enkelt sak, og at det ikke er etablert en fast tålegrense for samværsomfang.

4. Kommende praksis fra EMD

Som departementet er klar over, ble det i 2016 kommunisert syv nye norske barnevernssaker for EMD, i tillegg til at én ble kommunisert for EMD i desember 2015.¹⁶

Problemstillingene som reises dreier seg i all hovedsak om EMK artikkel 8 som etablerer en rett til familieliv. EMD skal ta stilling til hvorvidt omsorgsovertakelse, tvangsadopsjon, nektelse av familie plassering, samværsnekt, svært begrensede samværsrettigheter eller plassering på hemmelig adresse i den enkelte sak var i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser. Noen av sakene reiser også spørsmål om retten til religion og språk, ettersom flere av barna er blitt plassert hos familier som ikke har tilhørighet til barnets opprinnelige kulturelle identitet.

Sakene vil kunne få avgjørende betydning for reguleringen av norsk barnevern, og må hensyntas i det videre arbeidet med ny barnevernlov.

¹³ Jf. Rt. 2012 s. 1832, se også kapittel 13.6 i NOU 2016:16.

¹⁴ NOU 2016:16 kap. 13.7

¹⁵ Rt. 2012 s. 1832.

¹⁶ Fra 2016: Nr. 14652/16; 2822/16; 43701/14; 60371/15; 15379/16; 39710/15; 27496/15. Fra 2015: nr. 37283/13

Vennlig hilsen

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter



Petter Wille

Direktør



Stine Langlete

Seniorrådgiver