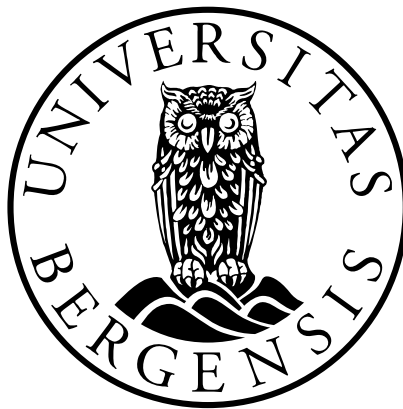


# Terskelen for omsorgsovertakelse etter EMK art. 8

*Spørsmålet om omsorgsovertakelse aktualiserer  
EMDs krav til "very exceptional circumstances"*

Kandidatnummer: 126

Antall ord: 14978



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>2</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	2
1.2 Aktualitet .....	2
1.3 Begrepsavklaring .....	5
1.4 Presisering av problemstillingen, avgrensninger og den videre fremstillingen .....	5
<b>2. Metode</b> .....	<b>6</b>
2.1 Menneskerettighetenes stilling i norsk rett .....	6
2.2 Tolkning av EMK-bestemmelser .....	6
2.3 Valg av EMD-praksis for denne oppgaven .....	8
<b>3. EMK art. 8 – noen utgangspunkter for omsorgsovertakelse</b> .....	<b>9</b>
3.1 Vilkårene for inngrep i familielivet .....	9
3.2 Betydningen av sikrepikten .....	10
3.3 Prinsippet om barnets beste i EMD-praksis .....	12
3.4 Gjenforeningsmålet .....	15
3.5 Skjønnsmarginen ved omsorgsovertakelse .....	17
<b>4. Nærmere om EMDs forholdsmessighetsvurdering av omsorgsovertakelser</b> .....	<b>20</b>
4.1 Generelt om EMDs prøving av omsorgsovertakelser .....	20
4.2 Krav til beslutningsprosessen .....	22
4.3 Den materielle terskelen .....	27
<b>5. Gjelder EMDs krav til eksepsjonelle omstendigheter ved omsorgsovertakelse?</b> .....	<b>33</b>
5.1 Alminnelig oppfatning i juridisk teori .....	33
5.2 Hva innebærer et krav til eksepsjonelle omstendigheter? .....	35
5.3 Blir familiebandene brutt ved omsorgsovertakelse? .....	36
5.4 Høyesteretts argumentasjon – to ulike terskler? .....	39
5.5. Konklusjon og kommentarer til Høyesteretts formulering .....	43
<b>Kildeliste</b> .....	<b>45</b>

# 1. Innledning

## 1.1. Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er terskelen for omsorgsovertakelse etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8. Oppgaven vil bestå av en analyse av relevant praksis Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Hovedproblemstillingen er om EMDs krav til eksepsjonelle omstendigheter ("very exceptional circumstances") aktualiseres ved omsorgsovertakelse.

## 1.2. Aktualitet

EMK art. 8 nr. 1 slår fast at enhver har rett til respekt for sitt familieliv ("family life"). I art. 8 nr. 2 åpnes det likevel opp for at myndighetene kan foreta inngrep i familielivet på nærmere bestemte vilkår (se punkt 3.1.). I forbindelse med nødvendighetsvilkåret ("necessary in a democratic society"), har EMD oppstilt et krav til eksepsjonelle omstendigheter for enkelte typer tiltak. Det har vært antatt i juridisk teori at kravet kun gjelder for de aller mest inngripende barnevernstiltakene, slik som strenge samværsrestriksjoner og samtykke til adopsjon.<sup>1</sup> I storkammeravgjørelsen HR-2020-661-S uttalte Høyesterett likevel at en omsorgsovertakelse etter Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-12 må være i samsvar kravet:

"Ved *omsorgsovertakelse* innebærer dette at et inngrep på grunnlag av de materielle vilkårene i barnevernloven § 4-12 må være i samsvar med kravet om 'very exceptional circumstances'."<sup>2</sup>

Saken gjaldt overprøving av lagmannsrettens ankenektelse i en sak om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. Siden selve omsorgsovertakelsen ikke ble prøvd er uttalelsen strengt tatt et obiter dictum, og den rettskildemessige vekten kunne derfor vært diskutert. Uttalelsen ble likevel fulgt opp i to storkammeravgjørelser avsagt samme dag, hvor

---

<sup>1</sup> Se bl.a. Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske menneskerettighetskonvention – for praktiere*, 5. udgave, København 2020, s. 925 og Lena R.L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer*, Bergen 2008 s. 153.

<sup>2</sup> HR-2020-661-S avsnitt 96.

omsorgsovertakelse var et sentralt tema i begge sakene.<sup>3</sup> Uttalelsen har også blitt gjengitt av Høyesterett i flere senere saker, både i avdeling og av ankeutvalget.<sup>4</sup>

Uttalelsen har vakt oppsikt i det juridiske fagmiljøet, og flere har tatt til ordet for at et krav til eksepsjonelle omstendigheter for omsorgsovertakelse ikke har forankring i EMD-praksis.<sup>5</sup> Dersom Høyesterett har anvendt et strengere krav enn det er grunnlag for, vil det kunne legge unødige begrensninger på myndighetenes adgang til å hjelpe barn som lever i en uholdbar omsorgssituasjon. Det må likevel nevnes at Høyesterett selv anser norsk rett for å være i samsvar med det aktuelle kravet, og legger til grunn at den norske terskelen for omsorgsovertakelse kan videreføres.<sup>6</sup>

Storkammeravgjørelsene fra Høyesterett ble behandlet i kjølvannet av at EMD den siste tiden hadde konstatert brudd på EMK art. 8 i en rekke norske barnevernssaker. I perioden 2017 frem til Høyesteretts storkammeravgjørelser ble avsagt 27. mars 2020, avsa EMD dommer i ni norske barnevernssaker, hvorav syv resulterte i krenkelse.<sup>7</sup> I tillegg er det 29 kommuniserte barnevernssaker som ikke er avgjort.<sup>8</sup>

Av de ni avsagte dommene mot Norge ble omsorgsovertakelse kun prøvd av to av dem, i *K.O. og V.M mot Norge* og *Hernehult mot Norge*.<sup>9</sup> I tillegg til disse nyere sakene, ble en norsk omsorgsovertakelse prøvd av EMD i *Johansen mot Norge*.<sup>10</sup> Selv om Norge ble dømt for brudd på art. 8 i alle disse tre sakene, var det ikke omsorgsovertakelsen i seg selv som førte til krenkelse i noen av dem. Krenkelsene ble i alle de tre sakene begrunnet med svikt ved gjennomføringen av omsorgsovertakelsen, herunder særlig mangler knyttet til gjenforeningsmålet (se punkt 3.4). Omsorgsovertakelsen var riktignok problematisk i

---

<sup>3</sup> HR-2020-662-S avsnitt 56 og HR-2020-663-S avsnitt 91.

<sup>4</sup> Se HR-2020-2081-A avsnitt 45, HR-2020-907-U avsnitt 15 og HR-2020-1083-U avsnitt 20.

<sup>5</sup> Se bl.a. Kirsten Sandberg, "Storkammeravgjørelsene om barnevern", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2020/2 s. 148-159 (s. 150) og Karl Harald Søvig og Per Harald Vindenes, "Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2019-2020", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2020/3, s. 173-209 (s. 193).

<sup>6</sup> HR-2020-662-S avsnitt 56 og HR-2020-1788-A avsnitt 63.

<sup>7</sup> Det ble konstatert krenkelse i EMDs dom 06. september 2018 *Jansen mot Norge*, dom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (storkammer), dom 19. november 2019 *K.O. og V.M mot Norge*, dom 17. desember 2019 *Abdi Ibrahim mot Norge* (ikke rettskraftig), dom 17. desember 2019 *A.S. mot Norge*, dom 10. mars 2020 *Pedersen mfl. mot Norge* og dom 10. mars 2020 *Hernehult mot Norge*. Det forelå ikke krenkelse i dom 07. september 2017 *M.L. mot Norge* og 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge*.

<sup>8</sup> For nærmere oversikt, se f.eks. Søvig og Vindenes, "Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2019-2020", s. 195.

<sup>9</sup> Se domsreferanser i note over.

<sup>10</sup> EMDs dom av 07. august 1996 *Johansen mot Norge*.

Hernehult-dommen, men siden EMD behandler omsorgsovertakelsen og gjennomføringen samlet blir det ikke klart om den alene ville ha medført krenkelse (se nærmere punkt 4.2).

Enkelte uttalelser i storkammeravgjørelsen *Stand Lobben mfl. mot Norge* gir inntrykk av at den norske terskelen for omsorgsovertakelse er problematisk.<sup>11</sup> Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon, og resulterte i krenkelse på art. 8 med en dissens på tretten mot fire dommere. Når det gjaldt begrunnelsen, delte flertallet seg i to fraksjoner på syv og seks dommere.<sup>12</sup> Mens flertallsfraksjonen på syv dommere fokuserer på norske myndigheters beslutningsprosess, går den andre fraksjonen lenger inn i en materiell vurdering i sin særmerknad. Denne fraksjonen uttaler følgende om den norske terskelen for omsorgsovertakelse:

"The authorities' attitude concurs with the domestic law, setting a very low threshold for taking a child into public care, but an extremely high threshold for discontinuing this public care."<sup>13</sup>

Det pekes altså på at det etter norsk lovgivning og praksis er en veldig lav terskel for å iverksette omsorgsovertakelse, samtidig som det er en ekstremt høy terskel for å avslutte den. Denne fraksjonen fikk likevel ikke gjennomslag for sin begrunnelse, og sluttet seg til flertallet når det gjaldt resultatet. Den nevnte uttalelsen ser generelt sett ut til å være uttrykk for en mer inngående materiell prøving av omsorgsovertakelse enn det som har vært vanlig i EMD-praksis (se nærmere del 4).

EMD vier i praksis større oppmerksomhet til gjennomføringen av omsorgsovertakelser (se punkt 3.5). EMD kritiserer særlig tendensen i norsk praksis til å tidlig konkludere med at omsorgsovertakelsen vil bli langvarig, særlig fordi et slikt utgangspunkt ofte fører med seg strenge samværsrestriksjoner.<sup>14</sup> Foruten den nevnte uttalelsen i *Strand Lobben*-dommen, blir ikke terskelen for omsorgsovertakelse kritisert i de nevnte dommene. En nærmere analyse av terskelen for omsorgsovertakelse blir likevel høyst aktuell når Høyesterett har uttalt at det etter EMD-praksis må kreves eksepsjonelle omstendigheter.

---

<sup>11</sup> EMDs dom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (storkammer)

<sup>12</sup> I tillegg hadde én dommer en særmerknad, mens to av dommerne dissenterte på flertallets standpunkt om at barnet kunne representeres av moren.

<sup>13</sup> *Strand Lobben*-dommen annet votum avsnitt 8.

<sup>14</sup> Se særlig K.O. og V.M.-dommen avsnitt 68 og Hernehult-dommen avsnitt 74. Temaet blir også behandlet av Christian Børge Sørensen i "Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8", *Lov og rett*, 2020/2 s. 103-122.

### **1.3. Begrepsavklaringer**

Temaet for oppgaven er altså terskelen for omsorgsovertakelse etter EMK art. 8. Uttrykket *terskel* i denne sammenhengen vil gjerne forbindes med at omsorgssvikten må være alvorlig nok, slik f.eks. vilkåret "alvorlige mangler" i bvl. § 4-12 første ledd bokstav a legger opp til. Innfallsvinkelen til EMD er noe annerledes. Drøftelsene er som regel knyttet til nødvendighetsvilkåret i art. 8 nr. 2, og spørsmålet for EMD blir dermed om omsorgsovertakelsen var nødvendig. I den forbindelse prøver EMD både prosessuelle og materielle sider ved tiltaket. Uttrykket "terskel" kan derfor virke noe upresist, men er her altså ment å omfatte både prosessuelle og materielle betingelser for omsorgsovertakelse etter art. 8.

*Omsorgsovertakelse* brukes i den norske betydningen av tiltaket. Tiltaket innebærer at barneverntjenesten overtar omsorgen for barnet, jf. bvl. § 4-18 første ledd første setning. Barnet plasseres utenfor hjemmet, f.eks. i et fosterhjem eller på en institusjon, jf. bvl. § 4-14 første ledd bokstav a og b. Foreldrene skal i utgangspunktet fortsatt ha foreldreansvaret for barna, jf. bvl. § 4-20 første ledd forutsetningsvis, og skal få tilbake den daglige omsorgen dersom de kan gi barnet forsvarlig omsorg, jf. bvl. § 4-21 forutsetningsvis. Med *gjennomføringen av omsorgsovertakelse* sikter jeg til myndighetenes videre behandling av saken etter at omsorgsovertakelsen er satt i verk.

Med *nasjonale myndigheter* sikter jeg til pliktsubjektet etter EMK 8 nr. 2, altså "public authority". Uttrykket "public authority" har et vidt anvendelsesområde. Det vil klart omfatte barnevernet, fylkesnemnder og domstoler, som er de mest sentrale nasjonale myndigheter i denne sammenhengen.

### **1.4. Presisering av problemstillingen, avgrensninger og den videre fremstillingen**

Oppgaven vil bestå av en ren EMK-rettslig analyse med sikte på å fastlegge om omsorgsovertakelse aktualiserer EMDs krav til eksepsjonelle omstendigheter. Vilråene for omsorgsovertakelse i barnevernloven § 4-12 og andre spesialbestemmelser vil ikke bli behandlet. Jeg går heller ikke inn på tilgrensende menneskerettigheter i Grunnloven. FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) kommer jeg inn på enkelte steder, men da i en EMK-rettslig kontekst.

Som allerede antydnet, og som jeg skal komme tilbake til, skiller EMD i praksis mellom selve omsorgsovertakelsen og gjennomføringen av den. Oppgaven skal handle om terskelen for å kunne iverksette en omsorgsovertakelse etter EMK art. 8. Likevel henger temaet tett sammen med gjennomføringen av omsorgsovertakelser. Ulike sider ved EMDs prøving av gjennomføringen vil derfor bli trukket inn flere steder.

I del 2 går jeg igjennom noen metodiske utgangspunkter, før jeg i del 3 kommer inn på sentrale utgangspunkter om omsorgsovertakelse knyttet til EMK art. 8. I del 4 kommer jeg mer konkret inn på ulike sider ved EMDs forholdsmessighetsvurdering av omsorgsovertakelser. Meningen er at del 2, 3 og 4 skal tjene som et bakteppe for analysen i del 5, hvor hovedproblemstillingen – om omsorgsovertakelse krever eksepsjonelle omstendigheter – vil bli behandlet.

## **2. Metode**

### **2.1. Menneskerettighetenes stilling i norsk rett**

Myndighetene har en konstitusjonell plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven og andre bindende traktater, jf. Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven) § 92. Ved omsorgsovertakelse er det flere rettigheter i Grunnloven og ulike konvensjoner som er aktuelle. Oppgaven begrenses likevel til en behandling av EMK-bestemmelsene (se punkt 1.4), og andre menneskerettighetsbestemmelser nevnes kun i den grad de er relevant for tolkningen av EMK.

EMK ble ratifisert av Norge 15. januar 1952, og trådte i kraft 3. september 1953.

Konvensjonen ble senere inkorporert i norsk rett ved Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2. Loven går ved motstrid foran norsk lov, jf. § 3. Med hjemmel i EMK art. 19 er det opprettet en egen domstol som gjennom art. 32 er gitt ansvar for å fortolke og anvende konvensjonen. Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler ved tolkningen av konvensjonsbestemmelsene må forholde seg til EMDs avgjørelser, og tolke EMK på samme måte som EMD.<sup>15</sup>

### **2.2. Tolkning av EMK-bestemmelser**

---

<sup>15</sup> F.eks. Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen).

EMK er en traktat og må derfor tolkes i samsvar med internasjonal rett om tolkning av traktater.<sup>16</sup> Generelle prinsipper for tolkning av traktater fremgår av Wien-konvensjonen om tolkning av traktater art. 31 til 33. Norge er ikke tilsluttet konvensjonen, men prinsippene anses for å være uttrykk folkerettslig sedvanerett.<sup>17</sup> EMD har i flere saker gitt uttrykk for at EMK-bestemmelsene må tolkes i lys av Wien-konvensjonen.<sup>18</sup> Hovedregelen fremgår av Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1, som fastsetter at:

"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

Konvensjonsteksten er altså utgangspunktet for tolkningen. Siden EMKs bestemmelser generelt sett er utformet i vage termer, har EMD et relativt vidt spillerom til å tolke og utvikle konvensjonen. Prinsippet om at traktater skal tolkes i lys av traktatens "object and purpose" har vært særlig fremtredende i EMDs praksis, gjennom et sterkt fokus på formålsrettet og dynamisk tolkning.<sup>19</sup> EMD har slått fast at konvensjonen er levende instrument ("a living instrument") som må tolkes i lys av dagens situasjon.<sup>20</sup>

Det følger av EMK art. 53 at konvensjonen ikke skal tolkes slik at den begrenser eller fraviker rettigheter som følger av annen nasjonal eller internasjonal rett. EMD har videre slått fast at EMK ikke kan tolkes i et vakuum, men at konvensjonen – slik det fremgår av Wien-konvensjonen art. 31 nr. 3 – må tolkes i lys av andre folkerettslige regler.<sup>21</sup> Betydningen av barnekonvensjonen er fremhevet av EMD i flere saker som berører barn, f.eks. i *Sahin mot Tyskland* hvor EMD uttaler:

"The human rights of children and the standards to which all States must aspire in realizing these rights for all children are set out in the United Nations Convention on the Rights of the Child."<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> D. J. Harris mfl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. edition, Oxford 2018 s. 6.

<sup>17</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018 s. 86.

<sup>18</sup> Se f.eks. EMDs dom 21. februar 1975 *Golder mot Storbritannia* avsnitt 29.

<sup>19</sup> Harris mfl. s. 6-7.

<sup>20</sup> F.eks. EMDs dom 25. april 1978 *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

<sup>21</sup> F.eks. EMDs dom 06. juli 2010 *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 131.

<sup>22</sup> EMDs dom 08. juli 2003 *Sahin mot Tyskland* avsnitt 39.



EMKs bestemmelser må derfor ikke tolkes slik at de kommer i konflikt med rettigheter i andre konvensjoner som medlemstatene er bundet av. Når det gjelder omsorgsovertakelse vil særlig barns rettigheter i barnekonvensjonen være av betydning.

### **2.3. Valg av EMD-praksis for denne oppgaven**

Det foreligger en rikholdig praksis fra EMD om EMK art. 8, særlig i tilknytning nødvendighetsvilkåret i art. 8 nr. 2. Overprøving av ulike barnevernstiltak, herunder bl.a. omsorgsovertakelse, utgjør en stor del av denne praksisen. Innenfor rammen av en liten masteroppgave vil det ikke være anledning til å komme inn på alt som finnes av relevant praksis. Det må derfor gjøres et utvalg.

Strand Lobben-dommen er en viktig avgjørelse av flere grunner. Dommen er for det første avsagt av EMD i storkammer senest i 2019, og har derfor sterk rettskildemessig vekt.<sup>23</sup> For det andre blir de generelle prinsippene gjennomgått meget grundig. I de senere sakene mot Norge har EMD nøydt seg meg å vise til uttalelsene i Strand Lobben, hvor prinsippene – i følge EMD – ble "recently extensively set out", og går i disse sakene kun i korte trekk gjennom dem på nytt.<sup>24</sup> For det tredje er det i denne dommen Høyesterett for første gang forankret at kravet til eksepsjonelle omstendigheter gjelder for omsorgsovertakelse.<sup>25</sup>

Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon mot en biologisk forelders vilje, og altså ikke omsorgsovertakelse. De generelle prinsippene ("general principles") er likevel så bredt angitt at de får betydning for omsorgsovertakelse i flere sammenhenger. I gjennomgangen av noen viktige prinsipper knyttet til omsorgsovertakelse i del 3, vil derfor uttalelsene i Strand Lobben-dommen bli mye brukt.

Opgaven kan likevel ikke basere seg på Strand Lobben-dommen alene. Saken gjaldt som nevnt ikke omsorgsovertakelse, og for å fastlegge terskelen for omsorgsovertakelse mer konkret, kommer jeg i del 4 inn på endel praksis om omsorgsovertakelse. Jeg har forsøkt å ta utgangspunkt i de dommene som har utpekt seg som sentrale i litteraturen.<sup>26</sup> De nyeste dommene mot Norge som gjelder omsorgsovertakelse (se punkt 1.1), blir også behandlet.

---

<sup>23</sup> Om rettskildevekten, se Harris mfl., s. 23.

<sup>24</sup> Se K.O. og V.M.-dommen avsnitt 59, Abdi Ibrahim-dommen avsnitt 53, A.S.-dommen avsnitt 59, Pedersen-dommen avsnitt 60 og Hernehult-dommen avsnitt 61.

<sup>25</sup> HR-2020-661-S avsnitt 95 og 96. I HR-2020-662 avsnitt 56 blir det også henvist til Hernehult-dommen.

<sup>26</sup> Bl.a. har Karl Harald Søvig redegjort for sentrale dommer i ulike utgaver *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslig spørsmål*. Henvisninger til aktuelle artikler gjøres fortløpende.

I del 5 vil de aktuelle uttalelsene i Strand Lobben-dommen, som Høyesterett viser til, bli nærmere analysert. For å fastlegge innholdet i de aktuelle uttalelsene blir det likevel nødvendig å også komme inn på annen praksis. Jeg tar jeg først og fremst tatt utgangspunkt i de domshenvisningene som EMD selv bruker knyttet til uttalelsene, men har ikke fullt ut begrenset meg til det.

### **3. EMK art. 8 – noen utgangspunkter for omsorgsovertakelse**

#### **3.1. Vilkårene for inngrep i familielivet**

EMK art. 8 slår fast:

1. "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Beskyttelsen i art. 8 nr. 1 gjelder altså for privatlivet, familielivet, hjemmet og korrespondansen. De beskyttede interessene har et vidt anvendelsesområde, og det er glidende overganger mellom dem. Likevel er det klart at retten til respekt for familielivet ("family life") står mest sentralt forbindelse med omsorgsovertakelse. EMD har flere ganger fremholdt at gleden av gjensidig kontakt mellom foreldre og barn utgjør en fundamental del av familielivet.<sup>27</sup>

Retten til respekt for familielivet etter EMK art. 8 nr. 1 er ikke absolutt. I EMK art. 8 nr. 2 åpnes det opp for at nasjonale myndigheter kan foreta inngrep ("interference") i familielivet på visse vilkår. Etter EMD-praksis vil ethvert tiltak som legger hindringer i veien for kontakt mellom foreldre og barn, utgjøre et slikt inngrep.<sup>28</sup> Omsorgsovertakelse utgjør dermed

---

<sup>27</sup> Se f.eks. EMDs dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* avsnitt 59 og Johansen-dommen avsnitt 52.

<sup>28</sup> Se f.eks. Johansen-dommen avsnitt 52.

utvilsomt et inngrep i familielivet. Tiltaket legger sterke begrensinger på kontakten mellom foreldre og barn ved at barnet flyttes ut av hjemmet.

Det oppstilles tre vilkår for at et slikt inngrep skal være konvensjonsmessig etter art. 8 nr. 2. For det første må inngrepet være samsvar med lov ("in accordance with the law"), dvs. at det må være hjemlet i nasjonal rett. Lovskravet i EMK stiller ikke krav til formell lov, og hjemmel i ulovfestet rett er derfor tilstrekkelig.<sup>29</sup> Likevel kreves det at den nasjonale rettsregel er tilstrekkelig tilgjengelig for allmennheten og tilstrekkelig presist utformet.<sup>30</sup> EMD har i forbindelse med omsorgsovertakelse akseptert at nasjonal rett må utformes i relativt vide termer, begrunnet i den store variasjonen blant saker og hensynet til en effektiv beskyttelse av barn.<sup>31</sup>

Videre krever EMK art. 8 nr. 2 at inngrep foretas ut fra et legitimt formål, jf. formuleringen "in the interests of [...]" og de etterfølgende opplistede formålene. Dersom tiltaket er gjort av hensyn til et av de opplistende formålene, har inngrepet et legitimt formål og vilkåret er oppfylt. Omsorgsovertakelse foretas som regel av hensyn til barnets helse ("health") og av hensyn til barnets rettigheter ("rights and freedoms"), og volder sjelden problemer i praksis.

Til slutt krever EMK art. 8 nr. 2 at inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn ("necessary in a democratic society"). EMD har presisert innholdet i nødvendighetskravet som et krav om at inngrepet må være i samsvar med et påtrengende samfunnsmessig behov ("a pressing social need"), samt at det må være proporsjonalt med det formål som søkes oppnådd ("proportionate to the legitimate aim pursued").<sup>32</sup>

De videre temaene som tas opp i denne oppgaven er alle knyttet til nødvendighetskravet i EMK art. 8 nr. 2. Vilkåret gir EMD en meget vid adgang til å overprøve nasjonale vedtak, og har en betydelig mengde praksis fra EMD knyttet til seg. I punkt 3.2-3.5 går jeg nærmere inn på noen utgangspunkter og generelle prinsipper knyttet til vilkåret, før jeg i del 4 går mer konkret inn på EMDs prøving av forholdsmessighet ved omsorgsovertakelser.

### **3.2. Betydningen av sikreplikten**

---

<sup>29</sup> Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018 s. 124.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Olsson-dommen avsnitt 62.

<sup>32</sup> Se bl.a. Olsson-dommen avsnitt 67 og Strand Lobben-dommen avsnitt 203.

EMK art. 1 slår fast at statene "shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this convention". Sett i sammenheng med andre bestemmelser i konvensjonen som regulerer myndighetenes adgang til å gjøre inngrep, har ordlyden i "secure" blitt tolket slik at den pålegger medlemsstatene både en positiv og en negativ forpliktelse knyttet til konvensjonsrettighetene.<sup>33</sup>

Nasjonale myndigheters negative forpliktelse innebærer at myndighetene selv må avstå fra handlinger som krenker rettighetene.<sup>34</sup> Ved omsorgsovertakelse er det først og fremst den negative forpliktelsen til å ikke gripe inn i familielivet som kommer på spissen. Om det skal gjøres inngrep, må det skje i tråd med vilkårene som nevnt i punkt 3.1.

At de nasjonale myndigheter har en positiv forpliktelse innebærer at myndighetene aktivt må treffe tiltak for å sikre menneskerettighetene i konvensjonen.<sup>35</sup> Denne siden av statens forpliktelse omtales ofte som sikrepikten. Plikten stiller krav til sikring gjennom bl.a. nasjonal lovgivning, forebygging og håndhevelse, og mangler i den forbindelse innebærer at staten kan bli ansvarlig for brudd på konvensjonsbestemmelsene, til tross for at den ikke selv står bak inngrepet.<sup>36</sup>

Positive forpliktelser knyttet til ulike EMK-bestemmelser kan gjøre inngrep i familielivet nødvendig i enkelte tilfeller. For de mer alvorlige integritetskrenkninger vil EMK art. 3 være aktuell. I *E. mfl. mot Storbritannia* ble det f.eks. konstatert krenkelse på art. 3 på bakgrunn av myndighetenes mangelfulle beskyttelse av klagerne, som over en lengre periode i barndommen ble utsatt for seksuelle overgrep i hjemmet.<sup>37</sup>

Det kan også spørres om det gjelder en positiv forpliktelse til å sikre barn mot mindre alvorlige integritetskrenkninger og omsorgssvikt. Retten til respekt for privatlivet etter art. 8 verner i utgangspunktet mindre alvorlige integritetskrenkninger som ikke omfattes av art. 3.<sup>38</sup> Ut fra EMDs syn på barnekonvensjonens betydning ved tolkningen av EMK (se punkt 2.2), kan det være nærliggende å tolke EMK på linje med barnekonvensjonen art. 19, som pålegger statene å sikre barn mot alle former for fysisk og psykisk vold m.m. Om det faktisk er tilfellet

---

<sup>33</sup> Harris mfl. s. 24.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> All, s. 59-65

<sup>37</sup> EMDs dom 26. november 2002 *E. mfl. mot Storbritannia*.

<sup>38</sup> All s. 219

at sikreplikten etter EMK rekker like langt som barnekonvensjonen art. 19, lar jeg likevel stå åpent.<sup>39</sup>

Når sikreplikten overfor barn aktualiseres, vil det oppstå en rettighetskollisjon i relasjon til den negative forpliktelsen til å ikke gripe inn i familielivet. Omsorgsovertakelse kan være påkrevd for avhjelpe barnets situasjon, men vil samtidig utvilsomt innebære et inngrep i både foreldrenes og barnets familieliv. I vurderingen av om inngrepet er nødvendig må de nasjonale myndighetene avveie flere interesser og rettigheter mot hverandre. Som vi skal se, vil denne vanskelige interesseavveiningen få betydning for nødvendighetsvurderingen, bl.a. ved at nasjonale myndigheter tildeles en vid skjønnsmargin.

### **3.3 Prinsippet om barnets beste i EMD-praksis**

Barnets beste er et internasjonalt anerkjent prinsipp. Det kommer bl.a. til uttrykk i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, som fastslår:

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."

Prinsippet om barnets beste har likevel ikke fått direkte forankring i EMKs bestemmelser. Det er heller ingen av EMK-bestemmelsene som særskilt regulerer barns rettigheter. I tilknytning til nødvendighetsvilkåret i EMK art. 8 nr. 2, har EMD likevel gitt barnets beste en særlig plass. I Strand Lobben-dommen uttaler Domstolen:

"In so far as the family life of a child is concerned, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance [...]. Indeed, the Court has emphasised that in cases involving the care of children and contact restrictions, the child's interests must come before all other considerations."<sup>40</sup>

EMD legger til grunn at det er en bred internasjonal konsensus om at barnets beste skal være et overordnet hensyn ("of paramount importance") ved alle avgjørelser som berører barn. I saker som gjelder barnets omsorgs og kontaktrestriksjoner, skal barnets interesser gå foran

---

<sup>39</sup> Oppdal ser ut å være den oppfatning at EMK rekker like langt som barnekonvensjonen, se Mons Oppedal *Akutthjemlene i barnevernloven*, Oslo 2008 s. 62.

<sup>40</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 204

alle andre interesser ("come before all other considerations"). Det indikerer at barnets beste alltid skal gis avgjørende betydning i barnevernssaker. Det kan spørres om EMD-praksis på dette punkt går lenger enn barnekonvensjonen, hvor det heter at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ("a primary consideration").

Omsorgsovertakelse er likevel et meget inngripende tiltak. Foreldrene har ofte en sterk interesse i å beholde omsorgen for barnet, eller i det minste få tilbake omsorgen for barnet etter en viss tid. Når foreldrenes interesser står i konflikt med barnets interesser, må myndighetene balansere disse på en rimelig måte ("strike a fair balance").<sup>41</sup>

En konsekvens av barnets bestes overordnede betydning ("paramount importance"), er at foreldrenes rett til familieliv må tåle begrensinger i form av omsorgsfratakelse, dersom forhold ved barnets omsorgssituasjon tilsier at det ikke vil være til det beste for barnet å forbli i hjemmet. EMD fremholder likevel at det generelt sett er til barnets beste at de familiemessige bånd opprettholdes. I Strand Lobben-dommen uttaler EMD:

"Generally, the best interests of the child dictate, on the one that, that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particular unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots."<sup>42</sup>

Som vi skal komme tilbake til under del 5, er det uklart om omsorgsovertakelser medfører at familiebåndene ("family ties") blir brutt ("severed"). Likevel må det være klart at omsorgsovertakelse medfører en risiko for at familiebåndenes svekkes, siden kontakten mellom foreldre og barn blir vesentlig mindre ved at barnet ikke blir boende i hjemmet. Ifølge EMD er det til beste for barnet at familiebåndene opprettholdes. Dette utgangspunktet kommer også til uttrykk gjennom EMDs sterke fokus på gjenforening (se nærmere under punkt 3.4).

I forlengelsen av fokuset på ivaretagelsen av de familiemessige bånd og gjenforeningsmålet, kan det rimeligvis legges til grunn at det etter EMD-praksis gjelder en presumsjon om at det er til beste for barnet å bo med sine foreldre. På den andre siden anerkjenner EMD at det er til barnets beste å vokse opp i et sunt miljø ("development in a sound environment"), og at foreldrene ikke kan kreve tiltak som vil skade barnets helse og utvikling.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Bl.a. Strand Lobben-dommen avsnitt 206.

<sup>42</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 207.

<sup>43</sup> Bl.a. Strand Lobben-dommen avsnitt 207.

Ut fra det ovennevnte, skal ikke barnets beste og hensynet til foreldrene – hvor disse kommer i konflikt – anses som to likeverdige interesser. Barnets beste er avgjørende i følge EMDs praksis. Det gjelder likevel en presumsjon om at det er til beste for barnet å forbli under foreldrenes omsorg, av hensyn til barnets interesse i at familiebåndene ivaretas. Dersom barnets omsorgssituasjon likevel skulle tilsi at det ikke er til barnets beste å forbli under foreldrenes omsorg, skal barnets interesser gis gjennomslag på bekostning av foreldrenes interesser.

Uttalelser i subsumsjonen i Strand Lobben-dommen indikerer at foreldrenes interesser likevel må gis en fremtredende plass i myndighetenes vurdering:

"However, the process leading to the withdrawal of parental responsibilities and consent to adoption shows that the domestic authorities did not attempt to perform a genuine balancing exercise between the interests of the child and his biological family [...], but focused on the child's interests instead of trying to combine both sets of interests, and moreover did not seriously contemplate any possibility of the child's reunification with his biological family".<sup>44</sup>

EMD retter altså kritikk mot myndighetene for å ha fokusert på barnets interesser, fremfor å forsøke å kombinere interessene til barnet med foreldrenes interesser.<sup>45</sup> Det er likevel ikke helt lett å forstå hvorfor det skulle være galt å fokusere på barnets interesser, når barnets beste er av avgjørende betydning. Uttalelsen indikerer likevel at foreldrenes interesser må gis en mer fremtredende plass i vurderingen, ved å inngå i en interesseavveining sammen med barnets interesser. Om barnets beste først er klarlagt, og det samtidig legges til grunn at barnets beste er av avgjørende betydning, blir utfallet av en slik interesseavveining likevel nokså selvsagt.

Det kan også spørres om det ligger andre verdiprioriteringer til grunn for EMDs vurdering av barnets beste, enn det som er tilfellet i norsk praksis. Om dette skriver Haugli:

"Når Domstolen viser til at hensynet til hva som er best for barnet, under enhver omstendighet må være avgjørende [...], betyr ikke dette nødvendigvis at Domstolen legger det samme i hensynet til barnets beste som vi gjør innenfor norsk rett. Nettopp

---

<sup>44</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 220.

<sup>45</sup> Se også mindretallets kritikk av flertallet på dette punktet i Strand Lobben-dommen fjerde votum (mindretallet) avsnitt 14

fordi vektleggingen av betydningen av slektskapsbånd er sterkere innenfor konvensjonen enn innenfor norsk rett, er Domstolens verdimeslige vurdering av hva som er best for barn, en annen enn den vi finner i norsk barnevernspraksis."<sup>46</sup>

Det kan nok ikke utelukkes at rettskulturelle forskjeller, herunder et ulikt syn på barnets beste, har spilt en rolle i den etterhvert nokså lange rekken av fellende avgjørelser mot Norge. Det er vanskelig å komme unna at en så skjønnsmessig standard som barnets beste, slår ulikt ut i ulike rettskulturer, bl.a. på grunn av ulikt syn på betydningen av familiemessige bånd. Som vi skal se under punkt 3.5, er dette en del av begrunnelsen for å tildele staten en vid skjønnsmargin på dette området.

### 3.4 Gjenforeningsmålet

Et viktig prinsipp i EMD-praksis er at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig. I Strand Lobben-dommen uttales det:

"Another guiding principle is that a care order should be regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child."<sup>47</sup>

Omsorgsovertakelse skal dermed opphøre så snart omstendighetene som begrunner den opphører, og gjennomføringen av tiltaket skal være i samsvar med dette gjenforeningsmålet. I dette ligger det også at myndighetene har en positiv plikt ("positive duty") til å treffe tiltak som tilrettelegger for en mulig gjenforening av barn og foreldre.<sup>48</sup> Det oppstår altså en avledet positiv plikt til å arbeide for gjenforening i det omsorgsovertakelsen settes i verk.<sup>49</sup> Denne plikten intensiveres i takt med tiden som er gått fra omsorgsovertakelsen.<sup>50</sup>

Norge mottar gjennomgående kritikk av EMD for at gjenforeningsmålet oppgis på et tidlig stadium, siden fylkesnemnder og domstoler ofte legger til grunn at fosterhjems plasseringer vil

---

<sup>46</sup> Trude Haugli, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Oslo 2000 s. 269.

<sup>47</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 208.

<sup>48</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 208.

<sup>49</sup> Karl Harald Søvig, "Omsorgsovertakelse av barn fra foreldre med psykiske problemer – Kutzner mot Tyskland (appl. 46544/99), 26. februar 2002", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2003/1 s. 62-68 (s. 66).

<sup>50</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 209.



bli langvarig.<sup>51</sup> Det er gode grunner for å være tilbakeholden med å konkludere for tidlig på dette spørsmålet, siden det kan få betydning for samværet og utsiktene for gjenforening.<sup>52</sup>

Det sterke fokuset på familiegjenforening har likevel vært kritisert i norsk juridisk teori. I en kommentar til Strand Lobben-dommen stiller Søvig og Tjelmeland spørsmål ved om utgangspunktet om gjenforening bør gjelde absolutt.<sup>53</sup> De peker bl.a. på at enkelte barn har blitt utsatt for så grove overgrep at gjenforening i overskuelig fremtid er uaktuelt, i tillegg til barns behov for stabilitet og de utrygge oppvekstvilkårene som en mulig fremtidig tilbakeføring bringer med seg.<sup>54</sup> Også Sandberg peker på at EMDs sterke fokus på gjenforening er uheldig i lys av barnets behov for stabilitet, og hevder at EMD gjennomgående har en mer foreldrevennlig holdning enn norsk barnevernlov og rettspraksis.<sup>55</sup>

Når det er gått en viss tid etter en omsorgsovertakelse, vil mange barn oppleve å ha en sterkere tilknytning til fosterfamilien enn til sin biologiske familie. EMD anerkjenner også at barnets behov for stabilitet etterhvert må kunne føre til at den nye familiesituasjonen gjøres permanent. I Strand Lobben-dommen uttaler EMD videre:

"However, when a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care, the interest of a child not to have his or her *de facto* family situation changed again may override the interests of the parents to have their family reunited."<sup>56</sup>

Når det er gått lang tid siden omsorgsovertakelsen ("a considerable period of time"), vil barnets interesse i å ikke få familiesituasjonen endret igjen, tilsi at foreldrenes gjenforeningsinteresse må vike. Det kan det likevel spørres om ikke barnets interesser allerede på tidspunktet for omsorgsovertakelse – i noen tilfeller – tilsier at gjenforeningsmålet må oppgis. Likevel er det klart at det etter gjeldende EMD-praksis vil være problematisk å forlate gjenforeningsmålet på et tidlig stadium.

---

<sup>51</sup> Se bl.a. K.O. og V.M.-dommen avsnitt 68 og Hernehult-dommen avsnitt 74. Temaet blir også behandlet av Christian Børge Sørensen i "Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8", *Lov og rett*, 2020/2 s. 103-122.

<sup>52</sup> Se EMD syn på dette i bl.a. Hernehult-dommen avsnitt 74.

<sup>53</sup> Karl Harald Søvig og Marit Ellingsen Tjelmeland, "Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrett*, 2019/4, s. 345-352 (s. 350).

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 s. 304.

<sup>56</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 208.

### 3.5. Skjønnsmarginen ved omsorgsovertakelse

EMD har utviklet en lære som går ut på at statene blir tildelt en viss skjønnsmargin ("a margin of appreciation") ved nødvendighetsvurderingen.<sup>57</sup> At statene har en skjønnsmargin innebærer at EMD tolker EMK slik at statene får et visst spillerom – en skjønnsfrihet – til selv å vurdere konvensjonsmessigheten av et tiltak.<sup>58</sup> På skjønnsmarginens område avstår altså EMD fra å sette sitt syn foran nasjonale myndigheters vurdering, selv om den kan mene å ha en mer hensiktsmessig oppfatning.<sup>59</sup> Skjønnsmarginen er et utslag av det såkalte subsidiaritetsprinsippet, som i korte trekk går ut på at det primære gjennomføringsansvaret for EMK ligger hos nasjonale myndigheter, og at EMDs kontroll er sekundær.<sup>60</sup>

Hvor vid skjønnsmarginen er, avhenger bl.a. av inngrepets styrke.<sup>61</sup> En omsorgsovertakelse er i utgangspunktet et meget alvorlig inngrep, noe som isolert sett skulle tilsi at myndighetene hadde en snever skjønnsmargin. Likevel er det klart ut fra EMD-praksis at myndighetene har en vid skjønnsmargin ved omsorgsovertakelse. I Strand Lobben-dommen uttaler EMD:

"The Court thus recognises that the authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care."<sup>62</sup>

Den vide skjønnsmarginen må ses i sammenheng med at nasjonale myndigheter står overfor vanskelige avveininger mellom alvorlige og motstridende interesser. Siden nasjonale myndigheter kan basere avgjørelsene sine på umiddelbar bevisføring, står de i en bedre stilling enn EMD til å foreta riktige avveininger og treffe en god avgjørelse. I Strand Lobben-dommen heter det:

"Moreover, it must be borne in mind that the national authorities have the benefit of the direct contact with all the persons concerned, often at the very stage when care measures are being envisaged or immediately after their implementation. It follows from these considerations that the Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities for the regulation of the care of children and the rights of parents whose children have been taken into public

---

<sup>57</sup> All, s. 154.

<sup>58</sup> Christian Børge Sørensen, "Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydning for norsk domstolskontroll med forvaltningen", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s. 134-196 (s. 135).

<sup>59</sup> *Ibid.* s 140.

<sup>60</sup> *Ibid.* a. 145.

<sup>61</sup> All, s. 155-156.

<sup>62</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 211.

care, but rather to review under the Convention the decisions taken by those authorities in the exercise of their power of appreciation".<sup>63</sup>

Myndighetene er altså nærmere begivenhetene i både tid og sted. Det tilsier at EMD bør være varsomme med å overprøve nasjonale myndigheters standpunkt. Særlig gjelder dette når det kommer til materielle vurderinger av barnets beste.<sup>64</sup> Dette resonnementet forutsetter likevel at myndighetenes beslutningsprosess har vært betryggende. Som vi skal komme tilbake til, foretar EMD derfor en mer prosessorientert prøving i disse sakene, og fokuserer i mindre grad på de materielle vurderingene.

I tillegg til myndighetenes bedre faktiske forutsetning til å treffe riktig beslutning, har det betydning for skjønnsmarginen at synet på statlig intervensjon i familieforhold varierer mellom medlemstatene. I Strand Lobben-dommen uttaler EMD:

"In determining whether the reasons for the impugned measures were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 of the Convention, the Court will have regard to the fact that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another, depending on such factors as traditions relating to the role of the family and to State intervention in family affairs and the availability of resources for public measures in this particular area."<sup>65</sup>

Siden synet på statlig intervensjon i familieforhold varierer i stor grad mellom medlemsstatene, kan en mer tilbakeholden prøving på dette området hevdes å være nødvendig av hensyn til et velfungerende europeisk menneskerettighetssamarbeid. Skjønnsmarginen medfører at EMD kan ta hensyn til rettskulturelle forskjeller og ulike verdisyn mellom medlemsstatene.

Vanskelige avveininger, bevisumiddelbarhet og ulikt syn på statlig intervensjon medfører altså at medlemsstatene tildeles en vid skjønnsmargin ved omsorgsovertakelse. Dersom det i tillegg foreligger en akutt faresituasjon, vil skjønnsmarginen åpnes ytterligere.<sup>66</sup> I slike

---

<sup>63</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 210.

<sup>64</sup> Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer*, s. 142 og s. 155.

<sup>65</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 210.

<sup>66</sup> Bl.a. EMDs dom av 11. desember 2014 *Hanzelkovi mot Tsjekkia* avsnitt 72.

situasjoner må myndighetene handle raskt, og det er derfor ikke tid til å vurdere nødvendigheten av omsorgsovertakelsen like grundig som normalt.

Likevel fremholder EMD at skjønnsmarginen ved omsorgsovertakelse ikke er ubegrenset ("unfettered").<sup>67</sup> EMD vil altså ikke overlate avgjørelsen av om omsorgsovertakelsen er nødvendig, fullt ut til medlemsstatene. EMD har i praksis særlig vektlagt om myndighetene har vurdert mindre inngripende tiltak.<sup>68</sup> Likevel er det vanligere at krenkelser på art. 8 skyldes svikt knyttet til gjennomføringen av omsorgsovertakelsen.<sup>69</sup> Det har sammenheng med at skjønnsmarginen er snevrere ved tiltak som legger ytterligere begrensninger på forholdet mellom foreldre og barn, slik som ved f.eks. samværsrestriksjoner. I Strand Lobben-dommen uttaler EMD det slik:

"A stricter scrutiny is called for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by the authorities on parental rights of access, and of any legal safeguards designed to secure effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed."<sup>70</sup>

Skillet mellom selve omsorgsovertakelsen og ytterligere begrensninger under gjennomføringen, må ses i sammenheng med gjenforeningsmålet. Selv om iverksettelsen av omsorgsovertakelsen er inngripende, skal den i utgangspunktet være midlertidig. Dersom myndighetene i tillegg legger begrensninger på samværet eller på annen måte motarbeider gjenforeningsmålet, blir inngrepet ytterligere intensivert. De alvorlige følgene slike begrensninger kan få for familielivet, gjør at EMDs prøvingsintensitet øker.

Skillet har likevel vært kritisert i juridisk teori. Både Haugli og Sandberg argumenterer for at det bør være en videre skjønnsmargin i spørsmål om samværsrestriksjoner og adopsjon, begrunnet i de store variasjonene blant medlemstatenes syn på statlig intervensjon i

---

<sup>67</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 211.

<sup>68</sup> Påpekt av EMD i Strand Lobben-dommen avsnitt 211.

<sup>69</sup> Det finnes mange tilfeller av at en omsorgsovertakelse har vært i tråd med art. 8, mens svikt knyttet til gjennomføringen likevel har medført krenkelse. Som eksempler kan nevnes Johansen-dommen, Olsson-dommen, K.O og V.M.-dommen.

<sup>70</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 211.

familieforhold.<sup>71</sup> Denne grunnen for å ha en vid skjønnsmargin, gjør seg like sterkt gjeldene når det kommer til spørsmål om samvær og adopsjon.

Et annet poeng er at interesseavveiningene kan hevdes å være minst like vanskelige i spørsmål om samværsrestriksjoner og adopsjon. Ved disse tiltakene kommer også barnets stadig sterkere tilknytning til fosterfamilien inn som et ytterligere kompliserende element. Fordelen av nærhet til de involverte partene er derfor minst like stor. Det kan spørres om den økte inngrepsstyrken alene bør kunne tilsidesette disse andre grunnene for å tildele statene en vid skjønnsmargin ved samværsrestriksjoner og adopsjon. EMD er likevel klar på at skjønnsmarginen er snevrere, og det er derfor ikke tvil om hva som er gjeldende rett etter EMD-praksis.

## **4. Nærmere om EMDs forholdsmessighetsvurdering av omsorgsovertakelser**

### **4.1 Generelt om EMDs prøving av omsorgsovertakelser**

Nødvendighetsvilkåret innebærer altså et krav til forholdsmessighet, som innebærer at tiltaket som iverksettes må stå i et rimelig forhold til målet som søkes oppnådd (se punkt 3.1). Her prøver EMD om begrunnelsen for tiltaket er relevant og tilstrekkelig ("relevant and sufficient"), bedømt ut fra saken som en helhet.<sup>72</sup> Hvilke krav som stilles til begrunnelsen, vil – i lys av forholdsmessighetskravet – variere ut fra inngrepsintensiteten. Kravet til begrunnelse ved omsorgsovertakelse blir presisert slik i *Achim mot Romania*:

"The Court takes into consideration the fact that it is an interference of a very serious order to split up a family. Such a step must be supported by sufficiently sound and weighty considerations in the interests of the child [...]. The removal of a child from the family setting is an extreme measure to which recourse should be had only as a very last resort [...]."<sup>73</sup>

Å splitte en familie er ifølge EMD et veldig alvorlig inngrep som bare kan brukes som siste utvei. Omsorgsovertakelse må støttes av fornuftige og tungtveiende grunner ("sound and

---

<sup>71</sup> Haugli, *Samværsrett i barnevernssaker* s. 269 og Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, s. 304-305.

<sup>72</sup> Gjengitt i en rekke dommer. Se bl.a. Olsson-dommen avsnitt 68.

<sup>73</sup> EMDs dom 24. oktober 2017 *Achim mot Romania* avsnitt 89.

weighty considerations") ut fra barnets interesser ("in the interests of the child").

Formuleringen presiserer både relevans- og tilstrekkelighetskravet. For å være relevant må omsorgsovertakelsen være gjort med henblikk på å ivareta barnets interesser, og for å være tilstrekkelig må grunnene være fornuftige og tungtveiende. I del 5 kommer jeg nærmere tilbake til spørsmålet om det også må kreves eksepsjonelle omstendigheter ("exceptional circumstances").

Relevanskravet byr sjelden på problemer i praksis knyttet til omsorgsovertakelse, og spørsmålet for EMD er som oftest om begrunnelsen er tilstrekkelig. Generelt sett er EMD likevel tilbakeholden når det gjelder overprøving av omsorgsovertakelser.<sup>74</sup> Særlig gjelder dette når det kommer til myndighetenes vurdering av materielle spørsmål.<sup>75</sup> EMD vier derimot større oppmerksomhet til den nasjonale beslutningsprosessen forut for omsorgsovertakelsen.<sup>76</sup>

Denne prosessorienterte forholdsmessighetskontrollen må ses i sammenheng med subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen. Siden nasjonale myndigheter har bedre faktiske forutsetninger for å vurdere forholdsmessigheten av et tiltak, tilsier EMDs sekundære rolle at kontrollen bør fokuseres på den nasjonale beslutningsprosessen.<sup>77</sup> Dersom beslutningsprosessen har vært betryggende, vil EMD måtte kunne gå ut fra at myndighetenes vurdering er riktig. Dersom den derimot ikke har vært betryggende, vil begrunnelsen for å respektere det nasjonale standpunkt svikte.<sup>78</sup>

I det videre skiller jeg mellom krav til beslutningsprosessen (punkt 4.2) og den materielle terskelen for omsorgsovertakelse (punkt 4.3), selv om det kan være glidende overganger. Med krav til beslutningsprosessen sikter jeg til de prosessuelle betingelsene som gjør seg gjeldende. Med den materielle terskelen sikter jeg til de ytre omstendigheter som må være tilstede for å kunne beslutte omsorgsovertakelse. Ved omsorgsovertakelse vil det først og fremst vil dreie seg om omstendigheter knyttet til den aktuelle familiesituasjonen, herunder om barnets situasjon tilsier at omsorgsovertakelse er til barnets beste.

---

<sup>74</sup> Bl.a. Harris mfl. s. 549.

<sup>75</sup> All, s. 240.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Christian Børge Sørensen, "Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMD – prosessuell rasjonalitet", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2014, s. 348-383 (s. 353).

<sup>78</sup> *Ibid.*

## 4.2. Krav til beslutningsprosessen

EMD har oppstilt flere krav til myndighetenes beslutningsprosess i forbindelse med omsorgsovertakelse. Denne prosessuelle siden av forholdsmessighetskravet har nære koblinger til EMK art. 6 om retten til en rettferdig rettergang. I *Kutzner mot Tyskland* var det f.eks. anført at art. 6 var krenket som en følge av mangler i beslutningsprosessen forut for en omsorgsovertakelse, men EMD fant at spørsmålet var tett knyttet til anførslene under art. 8 og behandlet alle spørsmålene under sistnevnte bestemmelse.<sup>79</sup>

EMD har også understreket at art. 8 stiller krav til den nasjonale beslutningsprosessen.<sup>80</sup> Flere av disse kravene vil gjelde for barnevernstiltak generelt, og ikke bare i forbindelse med omsorgsovertakelser. Generelt sett synes det å være av stor betydning om partene har blitt involvert i beslutningsprosessen i tilstrekkelig grad. I Strand Lobben-dommen uttaler EMD:

"In cases relating to public-care measures, the Court will further have regard to the authorities' decision-making process, to determine whether it has been conducted such as to secure that the views and interests of the natural parents are made known to and duly taken into account the authorities and that they are able to exercise in due time any remedies available to them [...]. What has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests and have been able to fully present their case".<sup>81</sup>

Myndighetenes fremgangsmåte må legge til rette for at foreldrenes syn og interesser er blitt kjent og tatt i betraktning, samt at foreldrene har hatt adgang til å benytte seg av tilgjengelige rettsmidler i tide. Foreldrene må ha blitt involvert i beslutningsprosessen på en måte som gjør at de i tilstrekkelig grad har fått anledning til å beskytte sine interesser og presentere sin sak. Med andre ord må foreldrene bli gitt en reell kontradiksjonsadgang. En slik kontradiksjonsadgang forutsetter bl.a. at foreldrene får informasjon om de bekymringer som danner grunnlaget for omsorgsovertakelsen, tilgang til bevisene i saken og anledning til å

---

<sup>79</sup> EMDs dom 26. februar 2002 *Kutzner mot Tyskland* avsnitt 57.

<sup>80</sup> Bl.a. EMDs dom 16. juli 2002 *P. C og S. mot Storbritannia* avsnitt 119

<sup>81</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 212.

komme med innvendinger.<sup>82</sup> Det kan også være nødvendig å sørge for at foreldrene får juridisk bistand i saken.<sup>83</sup>

Flere av sakene hvor omsorgsovertakelse har krenket art. 8, har ikke foreldrene blitt varslet på forhånd og dermed ikke blitt involvert i beslutningsprosessen i det hele tatt. Slik unnlatt varsling er særlig aktuelt i nødsituasjoner hvor myndighetene mistenker at barnet befinner seg i en akutt faresituasjon.

I *K. T. mot Finland* besluttet myndighetene å iverksette akutt plassering av et nyfødt barn uten forhåndsvarsel.<sup>84</sup> Moren hadde alvorlige psykiske problemer, og myndighetene mente at et eventuelt varsel ville sette både mors og hennes nyfødte barns helse i fare. EMD var klar på at det i enkelte saker, f.eks. hvor barn befinner seg i en akutt faresituasjon, ikke er mulig eller ønskelig å varsle foreldrene.<sup>85</sup> Likevel oppstilles det et kvalifisert krav til begrunnelsen for slike tilfeller:

"There must be extraordinarily compelling reasons before a baby can be physically removed from the care of its mother, against her will, immediately after birth as a consequence of a procedure in which neither she nor her partner has been involved".<sup>86</sup>

Det må altså foreligge ekstraordinære overbevisende grunner ("extraordinarily compelling reasons") for å plassere et nyfødt barn uten at foreldrene er involvert i prosessen. I denne saken kom EMD til at ekstraordinære overbevisende grunner ikke var gitt når det gjaldt det nyfødte barnet. Det ble særlig vektlagt at mindre inngripende tiltak ikke hadde blitt vurdert tilstrekkelig.<sup>87</sup> Det ble derfor konstatert krenkelse på art. 8.

Det kvalifiserte forholdsmessighetskravet begrunnes både i prosessuelle og materielle betraktninger. Det materielle aspektet går ut på at det er i seg selv er svært inngripende å frata omsorgen for et nyfødt barn (se punkt 4.3). Det prosessuelle aspektet, som vi konsentrerer oss om her, går ut på at omsorgsovertakelsen blir enda mer inngripende når foreldrene ikke er varslet på forhånd, siden kontradiksjonsadgangen blir avskåret.

---

<sup>82</sup> Se Kjølbros, s. 928-933 med videre henvisninger.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> EMDs dom av 12. juli 2001 *K.T. mot Finland* (storkammer).

<sup>85</sup> K.T.-dommen avsnitt 166.

<sup>86</sup> K.T.-dommen avsnitt 168.

<sup>87</sup> K.T.-dommen avsnitt 168.



Adgangen til å unnlate varsling ble nærmere utdypet i *Haase mot Tyskland*.<sup>88</sup> Her hadde klagerne blitt fratatt omsorgen for de syv barna som bodde hos dem. Det yngste barnet var syv dager gammelt. Avgjørelsen om å frata klagerne omsorgen, var basert på en rapport fra en psykolog som viste betydelige omsorgsmangler og tilfeller av vold mot barna. Det ble begjært midlertidig akuttvedtak om omsorgsovertakelse samme dag som rapporten forelå. Vedtaket ble opprettholdt av den tyske domstolen som behandlet saken i første instans. Verken foreldrene eller barna ble på noe tidspunkt hørt. EMD viser til det kvalifiserte kravet til begrunnelsen som ble oppstilt i K. T-dommen, og uttaler videre:

"It is true that in obvious cases of danger no involvement of the parents is called for. However, if it is still possible to hear the parents of the children and to discuss with them the necessity of the measure, there should be no room for an emergency action, in particular when, like in the present case, the danger had already existed for a long period."<sup>89</sup>

Uttalelsen viser generelt at det skal svært mye til for at forhåndsvarsel kan unnlates. Foreldrene kan kun holdes utenfor beslutningsprosessen i klare faretilfeller ("obvious cases of danger"). Så lenge det er mulig å diskutere nødvendigheten av tiltaket med foreldrene uten å sette barna i fare, er det ikke adgang til å beslutte omsorgsovertakelse uten å involvere foreldrene. Dette gjelder særlig dersom faresituasjonen har eksistert over lengre tid. Utgangspunktet er altså at det er helt nødvendig å varsle foreldrene før en omsorgsovertakelse settes i verk, unntatt i klare faresituasjoner.

I tillegg til mangelfull involvering av foreldrene, har EMD i tidligere praksis lagt særlig vekt på at myndighetene ikke har vurdert mindre inngripende tiltak enn omsorgsovertakelse.<sup>90</sup> Videre er flere krenkelser begrunnet i myndighetene bygger på et mangelfullt beslutningsgrunnlag. I det videre skal vi se på noen eksempler.

---

<sup>88</sup> EMDs dom 08. april 2004 *Haase mot Tyskland* avsnitt 94. Dommen er kommentert av Karl Harald Søvig i "Midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse – krav til saksbehandlingen og innholdet av avgjørelsen – Haase mot Tyskland, klagenr. 11057/02, som av 4. april 2004, RJD 2004-III", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2007/1 s. 72-76.

<sup>89</sup> Haase-dommen avsnitt 99.

<sup>90</sup> EMD uttaler dette selv i Strand Lobben-dommen avsnitt 211 i forbindelse med gjennomgangen av skjønnsmarginen ved omsorgsovertakelse.

*Kutzner mot Tyskland* gjaldt omsorgsovertakelse av to barn på to og seks år.<sup>91</sup> Foreldrene hadde varige psykiske problemer, barna viste en betydelig forsinket emosjonell utvikling. EMD er klar på at både omsorgsovertakelsen og gjennomføringen var i strid med art. 8.<sup>92</sup> Når det gjaldt selve omsorgsovertakelsen, fremhevet EMD særlig tre forhold i sin begrunnelse.

For det første hadde de to rettsoppnevnte psykologene begrunnet foreldrenes manglende omsorgsevne ulikt.<sup>93</sup> Videre konkluderte to private engasjerte psykologer med at foreldrene hadde tilstrekkelig omsorgsevne, og EMD påpeker at man ikke kunne la være å ta betraktning disse bevisene kun fordi psykologene var engasjert på vegne av klagerne.<sup>94</sup> Selv om det ikke uttales eksplisitt, ser EMD ut til å tvile på om foreldrene faktisk hadde slik manglende omsorgsevne som de rettsoppnevnte psykologene la til grunn. EMD synes her å gå nokså langt i en selvstendig bevisvurdering. En slik tilnærming er likevel problematisk, siden EMD ikke kan basere seg på umiddelbar bevisføring.<sup>95</sup> EMD har også selv uttalt at bevisvurderinger først og fremst er et nasjonalt anliggende.<sup>96</sup>

EMD viser for det andre til at barna ikke hadde blitt utsatt for neglisjering ("neglected") eller mishandling ("ill-treated").<sup>97</sup> Denne materielle betraktningen kommer jeg nærmere tilbake til under 4.3. Til slutt stiller EMD spørsmål om nasjonale myndigheter i tilstrekkelig grad hadde vurdert hjelpetiltak som et alternativ til omsorgsovertakelse.<sup>98</sup> Samlet sett ledet altså disse forholdene til krenkelse på art. 8.

Hernehult-dommen, som vi var inne på innledningsvis i punkt 1.1., gjaldt omsorgsovertakelse av klagerens tre barn og gjennomføringen av omsorgsovertakelsen, herunder begrensninger i samvær. Barna hadde blitt akutt plassert kort tid etter at familien flyttet til Norge, og samme år fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse. Fylkesnemnda la særlig vekt på mors manglende omsorgsevne. Det forelå mistanke om at moren mulig led av munchausen by proxy-syndrom, siden hun i stor grad sykelliggjorde barna. Saken ble anket til lagmannsretten som opprettholdt vedtaket om omsorgsovertakelse for to av barna, B og C, på grunn av sterk

---

<sup>91</sup> Dommen er kommentert av Søvig i "Omsorgsovertakelse av barn fra foreldre med psykiske problemer – Kutzner mot Tyskland (appl. 46544/99), 26. februar 2002", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2003/1 s. 62-68.

<sup>92</sup> Kutzner-dommen avsnitt 70

<sup>93</sup> Kutzner-dommen avsnitt 72.

<sup>94</sup> Kutzner-dommen avsnitt 73.

<sup>95</sup> Søvig, "Omsorgsovertakelse av barn fra foreldre med psykiske problemer – Kutzner mot Tyskland (appl. 46544/99), 26. februar 2002", s. 66

<sup>96</sup> F.eks. EMDs dom 22. april 1992 *Vidal mot Belgia* avsnitt 33 og Strand Lobben-dommen avsnitt 213.

<sup>97</sup> Kutzner-dommen avsnitt 74

<sup>98</sup> Kutzner-dommen avsnitt 75

tilknytning til fosterhjemmet. Foreldrene ble gitt besøksrett seks ganger årlig.

Omsorgsovertakelsen for det eldste barnet A ble ikke opprettholdt, og barnet ble tilbakeført til klageren og hans kone.

EMD behandler saken under ett, men går likevel konkret inn på selve omsorgsovertakelsen og stiller spørsmål ved om denne kunne forsvares i lys av art. 8. Domstolen påpeker at deres vurdering ikke er rettet mot akuttvedtaket, men de innledende trinnene til den vanlige omsorgsovertakelsen.<sup>99</sup> Foreldrene hadde ifølge EMD i tilstrekkelig grad hadde blitt involvert i beslutningsprosessen, men Domstolen kritiserer norske myndigheters beslutningsgrunnlag for barna B og C, i tillegg til mangelfull vurdering av hjelpetiltak.

For det første viser EMD til at omsorgsovertakelsen av B og C, ikke i tilstrekkelig grad hadde blitt vurdert individuelt.<sup>100</sup> Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det hovedsakelig var omstendigheter ved barnet A som dannet grunnlaget for myndighetenes bekymring for hele familien, og at fratakelsen av omsorgen for B og C tilsynelatende var en konsekvens av vurderingene som hovedsakelig gjaldt A.<sup>101</sup> Videre viser EMD til at lagmannsrettens hadde slått fast at hjelpetiltak i større grad burde vært forsøkt før omsorgsovertakelsen ble avgjort, til tross for at klageren og hans kone ikke stolte på barnevernet og dermed vanskeliggjorde utprøvingen av slike hjelpetiltak.<sup>102</sup> EMD uttaler deretter:

"The factors outlined above suggest that there were initial insufficiencies in the domestic care procedures, calling into question whether there was a proper justification for taking B and C into care in the first place."<sup>103</sup>

Likevel går EMD videre over i en vurdering av gjennomføringen av omsorgsovertakelsene, og kommer til at norske myndigheters behandling av saken – herunder mangler ved arbeidet for gjenforening – samlet sett utgjorde en krenkelse på art. 8. EMD uttaler ikke direkte at omsorgsovertakelsen i seg selv krenket art. 8, men avsnittet over tyder på at det nok kunne blitt tilfellet om spørsmålet hadde blitt behandlet isolert.

I Johansen-dommen ble selve omsorgsovertakelsen ansett konvensjonsmessig, begrunnet bl.a. med at tiltakene var støttet av detaljerte og nøye overveide vurderinger ("painstaking and

---

<sup>99</sup> Hernehult-dommen avsnitt 67

<sup>100</sup> Hernehult-dommen avsnitt 68

<sup>101</sup> Hernehult-dommen avsnitt 68.

<sup>102</sup> Hernehult-dommen avsnitt 69

<sup>103</sup> Hernehult-dommen avsnitt 71

detailed assessments") av eksperter oppnevnt av fylkesnemnda og tingretten.<sup>104</sup> Det samme ble resultatet i Olsson-dommen, begrunnet spesielt med at preventive tiltak hadde vist seg å ikke være tilstrekkelig.<sup>105</sup> I begge sakene ble det likevel konstatert brudd på art. 8 for mangler ved gjennomføringen av omsorgsovertakelsene.

Det kan likevel ikke alltid kreves at mindre inngripende tiltak er utprøvd. Det må holde at slike tiltak er vurdert, så lenge kvaliteten på denne vurderingen er tilstrekkelig god. I K.O. og V.M.-dommen, hvor foreldrene led av rusproblemer og psykiske utfordringer, uttaler EMD:

"The Court further observes that the domestic authorities considered whether less intrusive measures could have been utilised, but that they concluded that this would have been impractical since previous attempts to help the applicants overcome their problems concerning drug dependency and mental health had been unsuccessful, and because of the applicants' difficulties in cooperating with the child-welfare services [...]."<sup>106</sup>

Selve omsorgsovertakelsen var konvensjonsmessig ifølge EMD. I tillegg til at mindre inngripende tiltak var vurdert i tilstrekkelig grad, blir det lagt vekt på at beslutningsprosessen forut for omsorgsovertakelsen ga klagerne tilstrekkelig beskyttelse av deres interesser ("requisite protection of their interests").<sup>107</sup> Myndighetenes gjennomføring av omsorgsovertakelsen medførte likevel at art. 8 var krenket i den aktuelle saken.

Til tross for EMDs ellers tilbakeholdne prøving av omsorgsovertakelser, viser dommene som gjennomgått en viss prøvingsvilje knyttet til enkelte sider ved beslutningsprosessen. EMD vier størst oppmerksomhet til om foreldrene i tilstrekkelig grad har blitt involvert i beslutningsprosessen, og om myndighetene bygger på et tilstrekkelig opplyst beslutningsgrunnlag og har vurdert mindre inngripende tiltak. Dersom beslutningsprosessen har vært betryggende, vil inngrepet normalt være konvensjonsmessig. I det videre skal vi likevel se på hvilke materielle begrensninger som gjør seg gjeldende i forbindelse med omsorgsovertakelse etter art. 8.

### 4.3. Den materielle terskelen

---

<sup>104</sup> Johansen-dommen avsnitt 73.

<sup>105</sup> Olsson-dommen avsnitt 74.

<sup>106</sup> K.O og V.M.-dommen avsnitt 64.

<sup>107</sup> K.O. og V.M.-dommen avsnitt 62.

EMD er som nevnt varsomme når det kommer til overprøvingen av omsorgsovertakelse, særlig når det kommer til materielle spørsmål. Det betyr likevel ikke at terskelen for omsorgsovertakelse er lav etter EMK art. 8. EMD anser omsorgsovertakelse for å være et meget inngripende tiltak, og krever i alle tilfeller fornuftige og tungtveiendevektige grunner ut fra barnets interesser (se punkt 4.1). På grunn av skjønnsmarginen vil Domstolen likevel være varsom med å sette sitt syn foran den nasjonale vurdering.

Noen materielle utgangspunkter kan likevel utledes fra EMD-praksis. EMD har i flere saker uttalt at det ikke vil være tilstrekkelig å begrunne en omsorgsovertakelse alene med at barnet vil få et mer fordelaktig oppvekstmiljø. I den nevnte K. T.-dommen heter det f.eks.:

"The fact that a child could be placed in a more beneficial environment for his or her upbringing will not on its own justify a compulsory measure of removal from the care of the biological parents; there must exist other circumstances pointing to the 'necessity' for such an interference with the parents' right under Article 8 of the Convention to enjoy a family life with their child."<sup>108</sup>

Det holder altså ikke at omsorgsovertakelse er ønskelig av hensyn til å bedre barnets oppvekstmiljø. Det må være andre omstendigheter som peker mot nødvendigheten av et slikt inngrep. Et slikt utgangspunkt synes å være i samsvar med EMDs syn på barnet beste, siden Domstolen presumerer at det er til det beste for barnet å bo med sine biologiske foreldre (se punkt 3.3). Generelt må det derfor kreves så graverende omstendigheter at dette utgangspunktet – om at det er til barnets beste å bo med sine biologiske foreldre – ikke lenger gjør seg gjeldende.

I kammeravgjørelsen i *Paradiso og Campanelli mot Italia* oppstiller EMD et nokså langtrekkende materielt krav, om at omsorgsovertakelse kun kan forsvares dersom barnet befinner seg i en akutt faresituasjon ("immediate danger").<sup>109</sup> Dette ser ikke ut til å ha støtte i avgjørelsene som Domstolen selv viser til, og heller ikke annen tidligere praksis. Et slikt krav vil neppe være i tråd med prinsippet om barnets beste, siden omsorgsovertakelse i flere tilfeller må kunne sies å være til det beste for barnet til tross for at situasjonen ikke er akutt. En annen sak er at det nok må stilles strengere krav til å vurdere mindre inngripende tiltak når myndighetene har mer tid på seg. Kravet, som i betydelig grad innsnevrer myndighetenes

---

<sup>108</sup> K.T.-dommen avsnitt 173.

<sup>109</sup> EMDs dom 27. januar 2015 *Paradiso og Campanelli mot Italia* (kammer) avsnitt 80.

handlingsrom, vil også samsvare dårlig med myndighetenes vide skjønnsmargin på dette området.

Uttalelsen ble ikke fulgt opp av storkammeret, som i stedet uttaler:

"The present case differs from cases in which the separation of a child from its parents is at stake, where in principle separation is a measure which may only be ordered if the child's physical or moral integrity is in danger."<sup>110</sup>

Storkammeret oppstiller ikke et krav om at faren må være akutt. Det oppstilles i stedet et krav til en (vanlig) fare for barnets fysiske eller moralske integritet. Saken er likevel ganske spesiell. Det påståtte familielivet til klagerne, som ikke var de biologiske foreldrene til barnet, hadde blitt etablert på ulovlig vis. EMD kom til at det ikke forelå et familieliv, og vurderte omsorgsovertakelsen som et inngrep i klagernes privatliv. EMD kom til art. 8 ikke var krenket, særlig på grunn av at de gjorde seg gjeldende sterke offentlige interesser i saken. Om myndighetene hadde latt barnet bli hos klagerne, ville det i realiteten innebære en legalisering av den ulovlige metoden klagerne benyttet til å adoptere.<sup>111</sup>

Den siterte uttalelsen angir likevel en terskel en for omsorgsovertakelse. Litt avhengig av hva som legges i barnets moralske integritet ("moral integrity"), synes den også å være på linje med EMDs øvrige praksis på området. EMD opererer selvsagt ikke med en liste over aktuelle omstendigheter, og en vidt formulert terskel om en fare for barnets fysiske eller moralske integritet synes å samsvare godt med myndighetenes vide skjønnsmargin. Terskelen synes også å samsvare med EMD øvrige praksis på området, som bl.a. oppsummeres kontrastivt *R.M.S. mot Spania*:

"In contrast to other cases which the Court has been called upon to examine, the applicant's child in the present case had not been subjected to violence or to physical or psychological ill-treatment [...], or to sexual abuse [...]. The courts did not note any lack of emotional development [...], or any worrying health problems on the part of the child or psychological instability on the part of the parents [...]."<sup>112</sup>

EMD vektlegger altså at barnet, i motsetning til tidligere saker, ikke hadde blitt utsatt vold eller annen fysisk eller psykisk mishandling. Barnet hadde ikke vist tegn til forsinket

---

<sup>110</sup> EMDs dom 24. januar 2017 *Paradiso og Campanelli mot Italia* (storkammer) avsnitt 209.

<sup>111</sup> Se særlig *Paradiso og Campanelli*-dommen avsnitt 215.

<sup>112</sup> EMDs dom 18. juni 2013 *R.M.S. mot Spania* avsnitt 84.

emosjonell utvikling, eller andre bekymringsverdige helseproblemer. Videre hadde ikke foreldrene vist tegn til å være psykisk ustabile. Uttalelsen indikerer at slike omstendigheter normalt vil være relevante og tilstrekkelige grunner for å kunne foreta omsorgsovertakelse. Videre skal vi se på noen eksempler.

I Olsson-dommen var avgjørelsen om å plassere barna basert på en rapport som viste at foreldrene var mentalt tilbakestående og ute av stand til å gi barna en tilfredsstillende omsorg og oppvekst.<sup>113</sup> Senere undersøkelser viste at intelligensnivået til foreldrene likevel lå på gjennomsnittet. EMD viste til den svenske ankeinstansens uttalelse om at omsorgsovertakelsen ikke var begrunnet i foreldrenes intelligensnivå, men barnas forsinkede utvikling som følge av foreldrenes utilfredsstillende omsorg.<sup>114</sup> EMD aksepterte dette som en tilstrekkelig viktig grunn for omsorgsovertakelse.

I Johansen-dommen hadde mor alvorlige psykiske problemer som svekket hennes sosiale ferdigheter og hennes evne til å ta vare på barn.<sup>115</sup> Fylkesnemnda hadde bl.a. vist til at barnet sannsynligvis ville bli skadet både fysisk og mentalt om det forble under morens omsorg.<sup>116</sup> Begrunnelsen ble ansett for å være tilstrekkelig, og selve omsorgsovertakelsen var som nevnt ikke i strid med art. 8.

I Kutzner-dommen ble det lagt vekt på at barna ikke hadde blitt utsatt for neglisjering ("neglected") eller mishandling ("ill-treated"). Krenkelsen var likevel, som påpekt i punkt 4.2, også begrunnet i flere prosessuelle svakheter. Dommen kan derfor neppe tas til inntekt for at det må kreves mishandling eller neglisjering. Slike forhold må på den andre siden – som et klart utgangspunkt – kunne utgjøre tilstrekkelige grunner for å kunne beslutte en omsorgsovertakelse.

EMDs behandling av disse sakene domineres likevel av et fokus på de nasjonale myndigheters beslutningsprosess, og de materielle spørsmålene kommer mer i bakgrunnen. Som antydnet under 4.1. kjennetegner dette EMDs praksis på området mer generelt.<sup>117</sup> Det finnes likevel noen eksempler på at EMD går lenger i en materiell prøving. Dette gjelder særlig saker hvor

---

<sup>113</sup> Olsson-dommen avsnitt 73.

<sup>114</sup> Olsson-dommen avsnitt 73.

<sup>115</sup> Johansen-dommen avsnitt 71.

<sup>116</sup> Johansen-dommen avsnitt 72.

<sup>117</sup> Se også All, s. 240.

den nasjonale begrunnelse baserer seg på familiens svake økonomi og ved omsorgsovertakelse av nyfødte barn.

Den nevnte R.M.S.-dommen gjaldt omsorgsovertakelse med sikte på adopsjon, begrunnet bl.a. i familiens ekstremt vanskelige økonomiske situasjon, samt enkelte forhold ved barnet som sannsynligvis var et resultat av dette. Barnet hadde blant annet dårlig hygiene og upassende bekledning med tanke på at det var sommersesong, i tillegg til tørr hud med arrdannelse og skrubbsår. EMD uttaler:

"While it is true that in some cases declared inadmissible by the Court, the children concerned may have been placed in care because of unsatisfactory living conditions or material deprivation, this was never the sole reason on which the decision of the domestic courts was based, since other factors such as the psychological state of the parents or their inability to provide their child with emotional and educational support were also considered."<sup>118</sup>

EMD fremholder at utilfredsstillende levevilkår eller materielle mangler, aldri har vært den eneste begrunnelsen bak omsorgsovertakelsen når Domstolen har avvist å ta saker om omsorgsovertakelse til behandling. Begrunnelsen for å være tilbakeholden med å akseptere omsorgsovertakelse i slike tilfeller, synes å være at en trang økonomi alltid vil kunne avhjelpes med mindre inngripende midler, f.eks. gjennom offentlige støtteordninger. EMD uttaler videre:

"[...] The Court considers that the applicant had simply been faced with a shortage of funds, a situation which the national authorities could have helped remedy by means other than the complete break-up of the family, a measure of last resort to be applied only in the most serious cases."<sup>119</sup>

Det er smakssak om en vil se EMDs uttalelser på dette punkt som en materiell begrensning i adgangen til å foreta omsorgsovertakelse på grunn av foreldrenes svake økonomi, eller som et krav til at det i beslutningsprosessen må vurderes mindre inngripende tiltak. Utgangspunktet

---

<sup>118</sup> R.M.S.-dommen avsnitt 84.

<sup>119</sup> R.M.S.-dommen avsnitt 85.



er uansett at foreldrenes svake økonomi normalt ikke vil være tilstrekkelig til å begrunne en omsorgsovertakelse alene. Dette har også støtte øvrig EMD-praksis.<sup>120</sup>

I punkt 4.2 var vi inne på kravet til ekstraordinært overbevisende grunner ("extraordinarily compelling reasons". Kravet kommer til anvendelse ved omsorgsovertakelse av nyfødte når foreldrene ikke blir involvert i beslutningsprosessen. Som nevnt er kravet begrunnet i både prosessuelle og materielle betraktninger. Her skal jeg konsentrere meg om det materielle aspektet, som går ut på at EMD ser på det som svært inngripende å ta omsorgen fra et nyfødt barn. Haase-dommen uttaler EMD:

"In particular, the removal of the new-born baby from the hospital was an extremely harsh measure. It was a step which was traumatic for the mother and placed her own physical and mental health under a strain, and it deprived the new-born baby from close contact with its natural mother and, as pointed out by the applicants, of the advantages of breast-feeding. The removal also deprived the father of being close to his daughter after birth."<sup>121</sup>

EMD fokuserer på at omsorgsovertakelse av det nyfødte barnet var en traumatisk opplevelse for mor. Som nevnt i punkt 4.2 hører det med til saken at foreldrene ikke hadde fått delta i beslutningsprosessen, noe som nok forsterket den traumatiske opplevelsen. Videre vektlegger EMD at tiltaket frarøvet barnet fra nærkontakt med sin biologiske mor og mulighetene for amming. I tillegg ble faren avskåret fra kontakt med sitt barn etter fødselen. I helhetsvurderingen ble tiltaket omtalt som et drakonisk tiltak ("draconian step"). Tiltakets særlig inngripende karakter ble vektlagt av EMD når det ble konkludert med at art. 8 var krenket.<sup>122</sup>

Kravet til ekstraordinært overbevisende grunner gjør seg likevel kun gjeldende dersom foreldrene i tillegg ikke har vært involvert i beslutningsprosessen. Uttalelsene tyder likevel på – også når foreldrene har vært involvert i beslutningsprosessen – at det må kreves mer enn

---

<sup>120</sup> F.eks. Achim-dommen avsnitt 102. Svak økonomi var også tema i EMDs dom 16. februar 2016 *Soares de Melo mot Portugal*, som kun er tilgjengelig på fransk. Dommen er redegjort for og kommentert av Karl Harald Søvig i "Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familielivet fra 2015", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2016/3 s. 232-263.

<sup>121</sup> Haase-dommen avsnitt 101.

<sup>122</sup> Haase-dommen avsnitt 104.

vanlig av de nasjonale myndigheters begrunnelse i nyfødttillfellene, og at skjønnsmarginen vil være snevrere.

Som gjennomgangen her ellers viser, er utgangspunktet likevel at EMD sjelden foretar en inngående materiell prøving i saker om omsorgsovertakelse. Generelt må det nok likevel kreves en fare for barnets fysiske eller psykiske integritet. Vold, misbruk, neglisjering eller annen mangelfull følelsesmessig omsorg vil som regel kunne oppfylle denne terskelen. Det kan likevel ikke gis en uttømmende liste. Barnets beste er alltid avgjørende, og så lenge situasjonen tilsier at omsorgsovertakelse er til det beste for barnet, må tiltaket kunne iverksettes.

At det må kreves en fare for barnets fysiske eller psykiske integritet, har sammenheng med EMDs utgangspunkt om at det er til det beste for barnet å bo med sine foreldre. Det skal noe til før barnets oppvekstvilkår er så ille at det ikke vil være til barnets beste å bo med sine biologiske foreldre. F.eks. vil det ikke være tilstrekkelig at foreldrene er dårlig økonomisk stilt. Utgangspunktet er likevel at EMD vil legge de nasjonale myndigheters vurdering av barnets beste til grunn, forutsatt at kravene til beslutningsprosessen er tilstrekkelig ivaretatt.

## **5. Gjelder EMDs krav til eksepsjonelle omstendigheter for omsorgsovertakelse?**

### **5.1. Alminnelig oppfatning i juridisk teori**

Det har vært vanlig oppfatningen i juridisk teori at kravet til eksepsjonelle omstendigheter knytter seg til de aller mest inngripende barnevernstiltakene, slik som adopsjon, fratakelse av foreldreansvar og nektelse av samvær i forbindelse med omsorgsovertakelse.<sup>123</sup> Det har vært forutsatt at kravet ikke gjelder for selve omsorgsovertakelsen. F.eks. skriver Bendiksen:

"'Exceptional circumstances' er fremholdt av domstolen som vilkår for å kunne gå bort fra målet om gjenforening og derved tillate adopsjon. Hva vilkåret innebærer sier ikke dommene – naturlig nok – noe om. Der er klart at det ikke er hovedårsaken av tilfeller hvor barn er tatt under offentlig omsorg det er snakk om, men bare i de særlige tilfellene."<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> F.eks. Kjølbro s. 925.

<sup>124</sup> Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer* s. 153.

Ifølge henne er eksepsjonelle omstendigheter et krav for å kunne gå bort fra målet om gjenforening og tillate adopsjon. Hun forutsetter at barnet allerede er tatt under offentlig omsorg, og dermed at kravet kommer til anvendelse først etter at omsorgsovertakelsen er satt i verk.

Spørsmålet om kravet også gjelder for omsorgsovertakelse har likevel ikke – så vidt jeg kan se – blitt adressert direkte i teorien før Høyesterett avsa avgjørelsene om barnevern 27. mars 2020. Det skyldes nok at spørsmålet først ble særlig aktuelt i norsk sammenheng ved uttalelsene i disse dommene. I ettertid har spørsmålet blitt adressert kort av enkelte norske teoretikere.

Sandberg har argumentert med at kravet er forbeholdt tiltak som innebærer at familieband blir brutt ("severed"), og at EMD bruker dette uttrykket om mer inngripende tiltak enn omsorgsovertakelse.<sup>125</sup> I tillegg hevder hun at kravet er vanskelig å forene med den vide skjønnsmarginen som myndighetene har ved vurderingen av om en omsorgsovertakelse er nødvendig.<sup>126</sup> Søvig og Vindenes argumenterer videre med at dersom kravet til eksepsjonelle skal brukes for mindre inngripende tiltak, slik som omsorgsovertakelse, er det vanskelig å finne formuleringer som viser terskelen for de mer vidtrekkende tiltakene.<sup>127</sup>

Merete Havre uttrykker seg mer bastant, og skriver følgende om Høyesteretts uttalelse vedrørende eksepsjonelle omstendigheter:

"Dette synspunktet har ingen forankring i Strand Lobben (GC,2019) som det vises til. Høyesterett snevrer her inn virkeområde for omsorgsovertakelse, som vil kunne ramme beskyttelsen av sårbare barn. De særlig sterke grunnene som slås fast i Strand Lobben, er knyttet til fratakelse av foreldreansvar, ikke til spørsmålet om omsorgsovertakelser. [...] Det er å håpe at dette var et arbeidsuhell fra Høyesterett som rettes opp ved første korsvei."<sup>128</sup>

Til tross for kritikken har ikke Høyesterett fraveket standpunktet i senere praksis. Kravet er gjengitt av Høyesterett i avdeling og i ankeutvalget i flere senere saker (se punkt 1.1.). I det

---

<sup>125</sup> Kirsten Sandberg, "Storkammeravgjørelsene om barnevern", s. 150.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Søvig og Vindenes, "Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2019-2020" s. 193.

<sup>128</sup> Merete Havre, "Kommentar til barnevernloven" i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata 2020, note 202, (sist lest 08.12.20)

videre skal jeg foreta en selvstendig drøftelse av om EMD-praksis stiller et slikt krav for omsorgsovertakelse.

## 5.2. Hva innebærer et krav til eksepsjonelle omstendigheter?

Det er vanskelig å gi en presis beskrivelse av innholdet i kravet til eksepsjonelle omstendigheter. EMD uttaler ikke generelt hva vilkåret innebærer.<sup>129</sup> Kravet er oppstilt i tilknytning til nødvendighetsvilkåret i art. 8, og kan dermed ses på som et kvalifisert krav til forholdsmessighet. Et slikt kvalifisert forholdsmessighetskrav vil innebære strengere krav til myndighetenes begrunnelse.

Som vi så i del 4, har forholdsmessighetskravet ved omsorgsovertakelse både en prosessuell og materiell side. Uttrykket "exceptional circumstances" indikerer at kravet stiller visse materielle krav for at de tiltakene som omfattes, skal være konvensjonsmessig. EMD-praksis indikerer også at kravet knytter seg til Domstolens prøving av materielle forhold. I A.S.-dommen uttaler EMD:

"[...] the Court must carry out a 'stricter scrutiny' of whether the domestic authorities have shown that the circumstances were so exceptional that they justified the measures complained of, [...] and of the decision-making process leading to the imposition of those measures."<sup>130</sup>

EMD foretar altså en mer inngående prøving ("a 'stricter scrutiny'") av om omstendighetene er eksepsjonelle, og av beslutningsprosessen som ledet til de iverksatte tiltakene. Bruken av konjunksjonen "and", etterfulgt av at beslutningsprosessen nevnes særskilt, tilsier at kravet til eksepsjonelle omstendigheter er løsrevet fra den prosessuelle siden av forholdsmessighetskontrollen.

Også Bendiksen ser ut til å være av den oppfatning at kravet til eksepsjonelle omstendigheter er et materielt krav. Etter en gjennomgang av P. C og S.-dommen, skriver hun:

"Siden dommen konsentrerte seg om de prosessuelle sidene av art. 8, sier den ikke noe om hva som ligger i kravet til 'exceptional circumstances.'"<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Bendiksen, "Barn i langvarige fosterhjems plasseringer" s. 153.

<sup>130</sup> A.S.-dommen avsnitt 62.

<sup>131</sup> Bendiksen, "Barn i langvarige fosterhjems plasseringer" s. 155.

Det er derfor nærliggende å anse eksepsjonelle omstendigheter for å være et materielt krav, som gjennom uttrykket "exceptional" legger opp til en meget høy terskel. Siden EMD anser omsorgsovertakelse for å være et svært inngripende tiltak (se punkt 4.1.), kan det hevdes at terskelen faktisk må være så høy. Likevel samsvarer en slik meget høy terskel dårlig med den løsere formuleringen i Paradiso og Campanelli-dommen, om at det måtte kreves en fare for barnets fysiske eller moralske integritet (punkt 4.3). Denne løse formuleringen gir myndighetene et vidt spillerom, og vil nok kunne omfatte omstendigheter som ikke kan betraktes som eksepsjonelle.

Det at myndighetene har en vid skjønnsmargin ved omsorgsovertakelse, trenger ikke å utelukke et slikt strengt materielt krav, siden skjønnsmarginen først og fremst er et uttrykk for EMDs prøvingsintensitet og ikke den materielle terskelen for å iverksette et tiltak. Likevel heter det i den siterte uttalelsen fra A.S.-dommen at de tiltakene som omfattes av kravet, er underlagt en strengere prøving ("a 'stricter scrutiny'"). Det samsvarer dårlig med den vide skjønnsmarginen myndighetene er blitt tildelt ved omsorgsovertakelse. Dessuten er EMDs kontroll i større grad rettet mot beslutningsprosessen enn mot de materielle sidene av myndighetenes vurdering (se del 4). Et strengt materielt krav underlagt en inngående prøving av fra EMDs side synes derfor å samsvare dårlig med den reelle prøvings situasjonen ved omsorgsovertakelse.

### **5.3. Blir familiebandene brutt ved omsorgsovertakelse?**

Kravet til eksepsjonelle omstendigheter ble første gang formulert i Johansen-dommen avsnitt 78. Siden den gang har kravet blitt oppstilt i ulike varianter i flere saker, bl.a. Strand Lobben-dommen, hvor Høyesterett forankret at kravet gjelder ved omsorgsovertakelse.<sup>132</sup> Den aktuelle uttalelsen fra EMD i Strand Lobben-dommen lyder:

"Generally, the best interests of the child dictate, on the one hand, that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to 'rebuild' the family".<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> HR-2020-661-S avsnitt 96.

<sup>133</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 207.

Kravet aktualiseres altså når familiebandene ("family ties") blir brutt ("severed"). Uttrykket familiære bånd ser isolert sett ut til å omfatte noe mer enn bare daglig omsorg, som EMD vanligvis omtaler som "care". Koblingen til at barnet blir revet fra sine røtter ("cutting a child off from its roots"), indikerer at det dreier seg om opprettholdelse av barnets kjennskap og tilknytning til sitt familiære opphav.

I vurderingen av om et tiltak medfører at familiebandene blir brutt, vil dermed omfanget av kontakt mellom foreldre og barn derfor stå sentralt. At båndene brytes tilsier at kontakten må bli fullstendig avskåret som en konsekvens av tiltaket. Det må med andre ord foretas en konkret vurdering av det aktuelle tiltaket medfører at kontakten mellom foreldre og barn blir fullstendig avskåret.

I Johansen-dommen ble kravet oppstilt i forbindelse med at klageren var fratatt foreldrerettigheter og hadde blitt nektet samvær, etter at myndighetene hadde plassert barnet i fosterhjem med sikte på adopsjon. EMD uttaler:

"These measures were particularly far-reaching in that they totally deprived the applicant of her family life with the child and were inconsistent with the aim of reuniting them. Such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests."<sup>134</sup>

EMD ser altså disse tiltakene som spesielt inngripende ("particularly far reaching"), siden de frarøvet klagerens rett til familieliv totalt og ikke var i tråd med gjenforeningsmålet. Det er på denne bakgrunn at kravet til eksepsjonelle omstendigheter oppstilles. Kravet kan derfor hevdes å bli aktualisert ved tiltak som er så vidtrekkende at de ikke er i overensstemmelse med kravet om gjenforening og totalt frarøver foreldre og barns rett til familieliv med hverandre.<sup>135</sup>

EMDs klare utgangspunkt er at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig, og at myndighetene har en positiv plikt til å arbeide for familiegjenforening (se punkt 3.4). Familiebandene blir derfor ikke nødvendigvis brutt som følge av en omsorgsovertakelse. Myndighetene må tvert i mot arbeide for å opprettholde familiebandene etter at

---

<sup>134</sup> Johansen-dommen avsnitt 78.

<sup>135</sup> Se også Lena R.L. Bendiksen, "Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2007/3 s. 210-224 (s. 217).

omsorgsovertakelse er satt i verk. Gjenforeningsmålsettingen i seg selv trekker derfor tungtveiende i retning av at kravet til eksepsjonelle omstendigheter ikke kommer til anvendelse ved omsorgsovertakelse.

Dette synspunktet blir likevel mer tvilsomt når EMD i Strand Lobben-dommen oppstiller kravet om "very exceptional circumstances", og deretter – ved bruk av konjunksjonen "and" – i samme setning slår fast at alt må gjøres for å ivareta personlige relasjoner ("preserve personal relations"), og – om og når det lar seg gjøre – gjenoppbygge familien ("rebuild the family").<sup>136</sup> Formuleringen indikerer at myndighetene, etter å ha iverksatt et tiltak som krever eksepsjonelle omstendigheter, må ha som mål å gjenoppbygge familien. En slik forståelse motsier synspunktet ovenfor om at kravet først aktualiseres ved tiltak som ikke er overensstemmelse med gjenforeningsmålet.

Uttalelsen kan likevel også forstås slik at familiebåndene bare kan brytes ved "very exceptional circumstances", og for å hindre at slike omstendigheter forekommer må alt gjøres for å bevare familiebåndene og eventuelt gjenoppbygge familien.<sup>137</sup> Sett i sammenheng med det innholdet i uttrykkene "family ties" og "severed" som ble lagt til grunn ovenfor, gir en slik forståelse bedre sammenheng. Uttalelser i Strand Lobben-dommen knyttet til EMDs gjennomgang av prinsippet om midlertidighet, støtter også et slikt synspunkt:

"Furthermore, the ties between members of a family and the prospects of their successful reunification will perforce be weakened if impediments are placed in the way of their having easy and regular access to each other."<sup>138</sup>

Siden det er snakk om gjenforening ("reunification"), er det forutsatt at en omsorgsovertakelse er satt i verk. Dersom det deretter legges hindringer i veien for en regelmessig kontakt, vil familiebåndene og utsiktene for gjenforening bli svekket ("weakened") ifølge EMD. Siden EMD her fastslår at begrensninger utover selve omsorgsovertakelsen vil medføre at familiebåndene svekkes, forutsetter Domstolen samtidig at familiebåndene ikke allerede er brutt ved omsorgsovertakelsen.

---

<sup>136</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 207.

<sup>137</sup> Se også Kirsten Sandberg, "Storkammeravgjørelsene om barnevern" s. 150.

<sup>138</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 208.

I forbindelse med den aktuelle uttalelsen i Strand Lobben-dommen avsnitt 207 (sitert over) om eksepsjonelle omstendigheter, henviser EMD til *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 59.<sup>139</sup> Her finner man en nesten identisk formulering som i Strand Lobben avsnitt 207.

Gnahoré-dommen gjaldt omsorgsovertakelse og samværsrestriksjoner. EMD innleder med å gjennomgå sine generelle prinsipper, uten at kravet til eksepsjonelle omstendigheter blir nevnt. Kravet nevnes heller ikke under behandlingen av selve omsorgsovertakelsen og opprettholdelsen av denne. Først ved behandlingen av samværsrestriksjonene, under overskriften "[t]he restrictions on contact between father and son", oppstilles kravet til eksepsjonelle omstendigheter. Konteksten i denne saken gjør det derfor vanskelig å lese uttalelsen slik at kravet aktualiseres ved omsorgsovertakelse.

Samlet sett er det derfor flere momenter som tyder på at omsorgsovertakelse ikke medfører at familiebåndene blir brutt, og tiltaket derfor ikke aktualiserer kravet til eksepsjonelle omstendigheter. Særlig må det vektlegges at EMDs har som utgangspunkt at omsorgsovertakelse skal være et midlertidig tiltak. Det er dermed ikke omsorgsovertakelsen i seg selv, men eventuelle ytterligere begrensninger i familielivet, som medfører at familiebåndene brytes. Høyesterett har likevel et annet syn, som skal gjennomgås i det videre.

#### **5.4. Høyesteretts argumentasjon – to ulike terskler?**

Kravet til eksepsjonelle omstendigheter nevnes to ganger i Strand Lobben-dommen. I avsnitt 207 formuleres det som et krav til "very exceptional circumstances", mens det i avsnitt 209 oppstilles et krav til "exceptional circumstances" i tillegg til "an overriding requirement pertaining to the child's best interests". Disse to variantene av kravet er formulert flere ganger tidligere i EMD-praksis, og er altså ikke nye i Strand Lobben mot Norge.<sup>140</sup>

I HR-2020-661 forankrer Høyesterett at kravet til "very exceptional circumstances" gjelder for omsorgsovertakelse i Strand Lobben avsnitt 207 (sitert i punkt 5.3), og ser uttalelsen i avsnitt 209 som uttrykk for en strengere terskel som gjelder ved fratakelse av foreldreansvar og adopsjon.<sup>141</sup> I Strand Lobben avsnitt 209 heter det:

"As regards replacing a foster home arrangement with a more far-reaching measure such as deprivation of parental responsibilities and authorisation of adoption, with the

---

<sup>139</sup> EMDs dom 19. september 2000 *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 59.

<sup>140</sup> Se f.eks. Johansen-dommen avsnitt 78 og Gnahoré-dommen avsnitt 59.

<sup>141</sup> HR-2020-661 henholdsvis avsnitt 96 og 99.



consequence that the applicants' legal ties with the child are definitively severed, it is to be reiterated that 'such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests'".

Her er EMD tydeligere på at det er snakk mer inngripende tiltak enn omsorgsovertakelse, nemlig fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. EMD omtaler konsekvensen av disse tiltakene som at familiebåndene blir "definitively severed". Sammenlignet med uttalelsen i avsnitt 207 om at kravet til "very exceptional circumstances" gjelder når familiebåndene blir "severed", inneholder "definitively severed" en ytterligere kvalifisering. Sistnevnte formulering tilsier at bruddet er av mer permanent karakter. En lignende uttryksmåte finner vi også i tidligere praksis, f.eks. i *Y. C. mot Storbritannia* hvor EMD bruker uttrykket "permanent severance of family ties" i beskrivelsen av adopsjon.<sup>142</sup>

Et mulig skille blir dermed å se "severed" som et uttrykk for et midlertidig brudd på familiebåndene hvor det fortsatt er utsikter for gjenforening. Det kan passe for omsorgsovertakelse. Videre kan uttrykket "definitively severed" forbeholdes de tiltak som bryter familiebåndene permanent, slik som f.eks. adopsjon. En slik betraktning bringer i alle fall en viss koherens til uttalelsene.

Omsorgsovertakelse kan da sies å innebære at familiebåndene blir "severed", og at tiltaket aktualiserer et krav til "very exceptional circumstances". Tiltak som legger ytterligere begrensninger på familielivet, som f.eks. samværsnekt over lengre tid og adopsjon, kan sies å innebære at familiebåndene blir "definitively severed". I disse tilfellene kommer "an overriding requirement pertaining to the child's best interests" inn som et tilleggsvilkår ved siden av "exceptional circumstances".

Likevel bør en være forsiktig med å lese for mye ut av EMDs begrepsbruk. Selv om enkelte ord og uttrykk nok er nøye gjennomtenkt fra EMDs side og må tillegges betydning deretter, er ikke domspremissene like nøye gjennomarbeidet som f.eks. konvensjonstekst. Det kan derfor argumenteres for at EMDs domspremisser i en enkelt dom ikke bør være gjenstand for samme fintolkning. En finlesning av enkeltuttrykk i domspremissene med sikte på å utlede små nyanser, vil fort kunne lede galt av sted.

---

<sup>142</sup> EMDs dom 13. mars 2012 *Y. C. mot Storbritannia* avsnitt 134.

EMDs begrepsbruk på dette punkt er også ganske inkonsekvent. F.eks. har EMD i flere tidligere saker oppstilt "exceptional circumstances" og "an overriding requirement pertaining to the child's best interests" som to alternative vilkår, ved bruk av ordet "or" eller det tilsvarende ordet "ou" på fransk.<sup>143</sup> Det vanligste er at likevel at de oppstilles som kumulative vilkår, slik som i Strand Lobben-dommen.

Videre ser vi at kravet til eksepsjonelle omstendigheter blir oppstilt både med og uten kvalifiseringen "very". Kvalifiseringen er utelatt i den angivelig strengere terskelen som har tilleggsvilkåret om "an overriding requirement pertaining to the child's best interests". Hvorfor EMD varierer begrepsbruken kan vanskelig gis noen god forklaring. Dersom det likevel skulle dreie seg om to ulike terskler, burde i det minste kvalifiseringen "very" blitt oppstilt knyttet til de mest inngripende tiltakene. Om ikke annet tjener dette som eksempel på at EMDs begrepsbruk ikke bør være gjenstand for fintolkning.

Dessuten er det uklart hva kravet til "an overriding requirement pertaining to the child's best interests", tilfører terskelen. Når hensynet til barnets beste uansett skal være av overordnet betydning i alle saker som berører barn, er det vanskelig å se hvilken selvstendig betydning vilkåret har ved siden av kravet til eksepsjonelle omstendigheter. Trolig vil det være de samme forholdene som gjør en situasjon eksepsjonell, som også gjør at det foreligger et dominerende behov av hensyn til barnets beste.<sup>144</sup> I lys av EMDs utgangspunkt om at opprettholdelse av familiebandene er til det beste for barnet, er det nærliggende å anta at det er hensynet til barnets beste som begrunner at det må kreves eksepsjonelle omstendigheter for å bryte bandene. EMD ser heller ikke ut til å skille mellom kriteriene i sine avgjørelser. At kravet til eksepsjonelle omstendigheter enkelte steder står alene, betyr derfor neppe at det er snakk om et annet krav med en lavere terskel.

De to variantene av kravet til eksepsjonelle omstendigheter i Strand Lobben-dommen, er som nevnt hentet fra tidligere praksis. Den første varianten, som har kvalifiseringen "very", men som mangler tilleggsvilkåret om et dominerende behov av hensyn til barnets beste, blir som regel oppstilt i forbindelse med mer generell gjennomgang av barnets beste-prinsippet.<sup>145</sup> F.eks. heter det i Y.C.-dommen:

---

<sup>143</sup> Se P. C og S.-dommen avsnitt 118 hvor EMD bruker "or" mellom vilkårene, og dom 21. januar 2014 *Zhou mot Italia* avsnitt 46 hvor EMD bruker det tilsvarende franske ordet "ou".

<sup>144</sup> Lena, R.L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer* s. 162.

<sup>145</sup> Det var også tilfellet i Strand Lobben-dommen avsnitt 207 og Gnahoré-dommen avsnitt 59.

"In identifying the child's best interests in a particular case, two considerations must be borne in mind: first, it is in the child's best interests that his ties with his family be maintained except cases where the family has proved particularly unfit; and second, it is the child's interests to ensure his development in a safe and secure environment [...]. It is clear from the foregoing that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, where appropriate, to 'rebuild' the family."<sup>146</sup>

Den andre varianten, som ikke inneholder kvalifiseringen "very", men som har et tilleggsvilkår om et dominerende behov av hensyn til barnets beste, blir som regel uttalt i tilknytning til konkrete barnevernstiltak, slik som fratakelse av foreldreansvar og adopsjon.<sup>147</sup>

Det kan ikke utelukkes at EMD i Strand Lobben-saken, etter en generell gjennomgang av hensynet til barnets beste, ikke gjør annet enn å gjenta kravet når Domstolen kommer nærmere inn på de konkrete barnevernstiltakene saken gjelder. At kravet får en noe ulik formulering to steder, kan nok skyldes at EMD i stor grad gjengir uttalelser fra tidligere dommer, hvor kravet har blitt formulert på ulikt vis i ulike kontekster.

Det er dessuten ikke bare i Strand Lobben-dommen at begge variantene av kravet blir oppstilt i samme dom. Også i *Aune mot Norge* blir begge variantene oppstilt, og her blir det tydeligere at den første varianten av kravet ikke aktualiseres ved omsorgsovertakelse.<sup>148</sup> EMD slår først fast at den av formelle grunner ikke kunne overprøve omsorgsovertakelsen.<sup>149</sup> Det eneste Domstolen kunne prøve var de mer vidtrekkende tiltakene, herunder fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon.<sup>150</sup> I forbindelse med gjennomgangen av tidligere praksis knyttet til disse sistnevnte tiltakene, gjengir EMD begge variantene. Om EMD hadde ment å skille mellom dem, burde kun den angivelig strengere varianten vært nevnt.

Også nyere praksis trekker i retning av at det kun dreier seg om ett krav. Abdi Ibrahim-dommen gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. EMD nøyer seg i stor grad med å vise til Strand Lobben-dommen, hvor prinsippene – i følge EMD – nylig ble grundig gjengitt ("recently extensively set out").<sup>151</sup> Det foretas deretter kun en kort

---

<sup>146</sup> Y.C.-dommen avsnitt 134.

<sup>147</sup> Det var bl.a. tilfellet Strand Lobben-dommen avsnitt 209 og Johansen-dommen avsnitt 78.

<sup>148</sup> EMDs dom 28. oktober 2012 *Aune mot Norge*.

<sup>149</sup> Aune-dommen avsnitt 65.

<sup>150</sup> Aune-dommen avsnitt 66.

<sup>151</sup> Abdi Ibrahim-dommen avsnitt 53.

gjennomgang av prinsippene. Med en henvisning til Strand Lobben-dommen avsnitt 206 og 207, uttaler EMD kort:

"Moreover, family ties may only be severed in very exceptional circumstances."<sup>152</sup>

Det er altså varianten med kvalifiseringen "very" og uten vilkåret om et dominerende behov ut fra hensynet til barnets beste, som gjengis. Siden saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon, burde EMD – om Domstolen mente å skille mellom de to variantene – oppstilt den angivelig strengere terskelen i Strand Lobben-dommen avsnitt 209.

Samlet sett synes det derfor ikke å være grunnlag for å oppstille to ulike terskler knyttet til eksepsjonelle omstendigheter i EMD-praksis. Et slikt synspunkt mangler støtte i øvrig praksis fra EMD, og det vil generelt sett være vanskelig å peke på hva forskjellen mellom de to variantene i så fall skulle være. Det kan spørres om ikke Høyesterett har lest for mye ut av enkeltuttrykk i Strand Lobben-dommen, uten å se mer helhetlig på EMD-praksis og hvordan kravet lar seg forene med utgangspunktene som gjelder for omsorgsovertakelse.

## **5.5. Konklusjon og kommentarer til Høyesteretts formulering**

Som det fremgår av drøftelsen over, er det flere momenter som peker mot at omsorgsovertakelse ikke aktualiserer et krav til eksepsjonelle omstendigheter. EMDs klare forutsetning om at tiltaket skal være midlertidig, medfører at familiebandene ikke brytes av omsorgsovertakelsen i seg selv. Ved å legge opp til en inngående materiell prøving, samsvarer kravet også dårlig med den vide skjønnsmarginen som statene er tildelt og den tilbakeholdne prøvingen fra EMDs side.

Konklusjonen blir at EMDs krav til eksepsjonelle omstendigheter ikke aktualiseres ved omsorgsovertakelse. Kravet aktualiseres først ved tiltak som totalt avskjærer familielivet mellom barn og foreldre og indikerer at gjenforeningsmålet er forlatt, slik som f.eks. samværnektelse over en lengre periode og tvangsadopsjon.

At Høyesterett nå likevel har koblet kravet til omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, trenger ikke få store konsekvenser i praksis. Høyesterett er klar på at den norske regelen oppfyller kravet til eksepsjonelle omstendigheter (se punkt 1.1.), og har dermed ikke tatt ordet for en kursomlegging knyttet til omsorgsovertakelse. Det er verdt å minne om at seks av de

---

<sup>152</sup> Abdi Ibrahim-dommen avsnitt 54.

dommerne som utgjorde flertallet i Strand Lobben, gikk ganske langt i å kritisere den norske terskelen for omsorgsovertakelse i sin særmerknad (se punkt 1.1.). Selv om det blir spekulativt, kan det tenkes at Høyesterett ikke mente annet med uttalelsen enn å understreke at terskelen for omsorgsovertakelse i norsk rett er høy. Uansett er det grunn til å gå ut fra at terskelen for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 ikke er endret.

Høyesteretts uttalelse er likevel egnet til å skape forvirring rundt forholdet mellom bvl. § 4-12 og EMK art. 8. At det gjelder et krav til eksepsjonelle omstendigheter, gir inntrykk av at EMD-praksis legger strenge materielle føringer for omsorgsovertakelser, og at tiltaket er gjenstand for en inngående prøving fra Domstolens side. Som gjennomgangen over viser, kan dette neppe sies å være tilfellet ut fra foreliggende EMD-praksis. En korrigerende fra Høyesteretts side på dette punktet synes derfor å ha gode grunner for seg.

## **Kildeliste**

### **Lover**

Lov. 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov. 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

### **Konvensjoner**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen om tolkning av traktater)

Convention on the Rights of the Child, 20. november 1969 (FNs konvensjon om barnets rettigheter)

### **Høyesterettspraksis**

Rt. 2000 s. 996

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-907-U

HR-2020-1083-U

HR-2020-2081-A

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)**

*A.S mot Norge* 17. desember 2019, klagenr. 60371/15

*Abdi Ibrahim mot Norge* 17. desember 2019, klagenr. 15379/16

*Achim mot Romania* 24. oktober 2017, klagenr. 45959/11

*Aune mot Norge* 28. oktober 2010, klagenr. 52502/07

*E. mfl. mot Storbritannia* 26. november 2002, klagenr. 33218/96

*Gnahoré mot Frankrike* 19. september 2000, klagenr. 40031/98

*Golder mot Storbritannia* 21. februar 1975, klagenr. 4451/70

*Haase mot Tyskland* 08. april 2004, klagenr. 11057/02

*Hanzelkovi mot Tjekkia* 11. desember 2014, klagenr. 43643/10

*Hernehult mot Norge* 10. mars 2020, klagenr. 14652/16

*Jansen mot Norge* 06. desember 2018, klagenr. 2822/16

*Johansen mot Norge* 07. august 1996, klagenr. 17383/90

*K.O. og V.M. mot Norge* 19. november 2019, klagenr. 64808/16

*K.T. mot Finland* 12. juli 2001, saksnr. 25702/94

*Kutzner mot Tyskland* 26. februar 2002, klagenr. 46544/99

*M.L. mot Norge* 07 september 2017, klagenr. 43701/14

*Mohamed Hasan mot Norge* 26. april 2018, klagenr. 27496/15

*Neulinger og Shuruk mot Sveits* 06. juli 2010, klagenr. 41615/07

*Olsson mot Sverige* 24. mars 1988, klagenr. 10465/83

*P. C og S. mot Storbritannia* 16. juli 2002, klagenr. 56547/00

*Paradiso og Campanelli mot Italia*, saksnr. 25358/21

*Pedersen mot Norge* 10. mars 2020, klagenr. 39710/15

*R.M.S. mot Spania* 18. juni 2013, klagenr. 28775/12

*Sahin mot Tyskland* 08. juli 2003, klagenr. 30943/96

*Soares de Melo mot Portugal* 16. februar 2016, klagenr. 72850/14

*Strand Lobben mot Norge* 10. september 2019, klagenr. 37283/13

*Tyrer mot Storbritannia* 25. april 1978, klagenr. 5856/72

*Vidal mot Belgia* 22. april 1992, klagenr. 12351/86

*Y.C mot Storbritannia* 13. mars 2012, klagenr. 4547/10

*Zhou mot Italia* 21. januar 2014, klagenr. 33773/11

## **Litteratur**

All, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018: Fagbokforlaget

Bendiksen, Lena R.L., "Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2007/3 s. 210-224

Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008: Fagbokforlaget

Christian Borge Sørensen, "Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8", *Lov og rett*, 2020/2 s. 103-122.

Harris, David J mfl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. edition, Oxford 2018: Oxford University Press

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Oslo 2000: Universitetsforlaget

Havre, Merete, "Kommentar til barnevernloven" i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata (sist lest 08. desember 2020)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvention – for praktiere*, 5. utgave, København 2020: Jurist og økonomiforbundets forlag

Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven*, Oslo 2008: Gyldendal Akademisk



Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018:  
Universitetsforlaget

Sandberg, Kirsten, "Storkammeravgjørelsene om barnevern", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2020/2 s. 148-159

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003: Gyldendal Akademisk

Sørensen, Christian Børge, "Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydning for norsk domstolskontroll med forvaltningen", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s. 134-196

Sørensen, Christain Børge, "Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMD – prosessuell rasjonalitet", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2014, s. 348-383

Søvig, Karl Harald, "Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familielivet fra 2015", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2016/3 s. 232-263.

Søvig, Karl Harald, "Midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse – krav til saksbehandlingen og innholdet av avgjørelsen – Haase mot Tyskland, klagenr. 11057/02, som av 4. april 2004, RJD 2004-III", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2007/1 s. 72-76.

Søvig, Karl Harald, "Omsorgsovertakelse av barn fra foreldre med psykiske problemer – Kutzner mot Tyskland (appl. 46544/99), 26. februar 2002", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2003/1 s. 62-68

Søvig, Karl Harald og Marit Ellingsen Tjelmeland, "Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrett*, 2019/4, s. 345-352

Søvig, Karl Harald og Per Harald Vindenes, "Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2019-2020", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2020/3, s. 173-209

