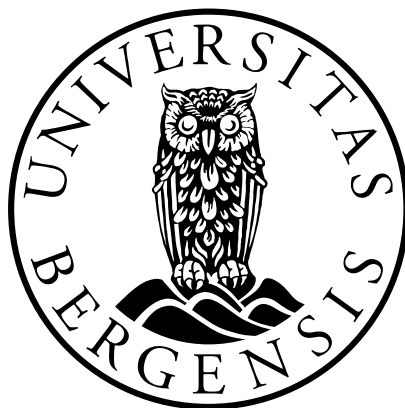


# Tre nyere elementer i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8

*Ved spørsmål om samværsfastsettelse etter  
omsorgsovertakelse*

Kandidatnummer: 174

Antall ord: 14 602



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. juni 2021



<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING .....	1
1.2	BAKGRUNN .....	3
1.3	METODISKE UTGANGSPUNKTER FOR FREMSTILLINGEN VIDERE .....	6
<b>2</b>	<b>NÆRMERE OM INNHOLDET I FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN</b> .....	<b>9</b>
2.1	INNLEDNING .....	9
2.2	HENSYNET TIL BARNETS BESTE .....	11
2.3	GJENFORENINGSMÅLET.....	14
<b>3</b>	<b>DOMSTOLENES ULIKE FUNKSJONER OG PERSPEKTIVER</b> .....	<b>15</b>
3.1	INNLEDNING .....	15
3.2	DET DYNAMISKE ASPEKTET VED EMK-RETTE	15
3.3	PRØVINGSKOMPETANSE.....	16
3.4	PRØVINGSINTENSITET .....	18
3.5	BEGRUNNELSEN FOR SKJØNNSMARGINEN- SUBSIDIARITETSPRINSIPPET OG FRI BEVISFØRSEL.....	20
3.6	OPPSUMMERING .....	21
<b>4</b>	<b>TERSKEL FOR SAMVÆRSRESTRIKSJONER- ULIKE FORMULERINGER OG FORSTÅELSE AV DEM</b> .....	<b>22</b>
4.1	INNLEDNING .....	22
4.2	HØYESTERETTS FORSTÅELSE AV FORHOLDET MELLOM «VERY EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES» OG «EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES» .....	23
4.3	ELDRE OG NYERE AVGJØRELSE FRA EMD .....	24
4.3.1	<i>EMDs bruk av begrepene «severed» og «definitively severed»</i> .....	25
4.3.2	<i>Kravenes rettslige kontekst</i> .....	27
4.4	AUNE MOT NORGE OG ABDI IBRAHIM MOT NORGE .....	29
4.5	OPPSUMMERING .....	30
<b>5</b>	<b>BEGREPET «UNDUE HARDSHIP»</b> .....	<b>30</b>
5.1	INNLEDNING .....	30
5.2	ULIK FORSTÅELSE AV «UNDUE HARDSHIP» BLANT TEORETIKERE .....	31
5.3	ELDRE AVGJØRELSE FRA EMD .....	33
5.3.1	<i>Avgjørelser med skade-kriteriet som det sentrale</i> .....	34
5.3.2	<i>Avgjørelser med en annen tilnærming enn skade-kriteriet?</i> .....	35
5.4	HVORDAN HAR HØYESTERETT FORSTÅTT «UNDUE HARDSHIP»?.....	36
5.4.1	<i>HR-2020-662-S</i> .....	36
5.4.2	<i>HR-2020-1967-A</i> .....	38
5.4.3	<i>HR-2021-474-A</i> .....	39
5.5	OPPSUMMERING .....	40

<b>6</b>	<b>MINSTEKRAV TIL OMFANGET AV SAMVÆR DERSOM GJENFORENINGSMÅLET IKKE ER FORLATT .....</b>	<b>41</b>
6.1	INNLEDNING .....	41
6.2	HØYESTERETTS FORSTÅELSE AV UTTRYKKET .....	42
6.3	ELDRE EMD-AVGJØRELSER OG EKSISTENSEN AV ET MINSTEKRAV TIL SAMVÆRSFASTSETTELSE .....	43
6.4	ER ET MINSTEKRAV TIL SAMVÆRSFASTSETTELSEN FORENLIG MED FORHOLDSMESSIGHETSKRAVET? .....	45
6.5	OPPSUMMERING .....	46
<b>7</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>47</b>
	<b>KILDELISTE .....</b>	<b>49</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven har sitt utgangspunkt i retten til familielivet etter EMK art. 8 nr. 1 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen<sup>1</sup> (heretter omtalt som «EMK»). Temaet i oppgaven er forholdsmessighetskravet som er uttrykt gjennom formuleringen «necessary in a democratic society» i EMK artikkel 8 nr. 2. Forholdsmessighetsvurderingen skal ses i lys av prøving av samværsfastsettelsen etter § 4-19 i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter omtalt som «barnevernloven»). Spørsmålet om samværsfastsettelse aktualiseres ved vedtak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12. Spørsmålet om omsorgsovertakelse som sådan skal ikke behandles i oppgaven.

Problemstillingen tar for seg Den europeiske menneskerettighetsdomstols (heretter omtalt som EMD) og Høyesteretts praksis fra og med EMDs storkammeravgjørelse i Strand Lobben m. fl. mot Norge, som ble avsagt 10. september 2019<sup>2</sup>. Selv om dommen formelt gjaldt spørsmål om forholdet mellom samtykke til vedtak om adopsjon for fosterforeldre i henhold til barnevernloven § 4-21, kom EMD med prinsipielt anlagte uttalelser av bredere betydning for norsk barnevernpraksis, og spørsmål knyttet til samværsfastsettelse ved omsorgsovertakelse. Dommen har blitt vist til – og utlagt – av så vel Høyesterett som EMD i senere avgjørelser om temaet som denne oppgaven skisserer. Oppgaven har som sitt hovedformål å analysere EMDs og Høyesteretts forståelse av tre sentrale elementer som har avtegnet seg i de to domstolenes praksis i etterkant av nevnte storkammeravgjørelse avsagt mot Norge.

Det ene av disse tre elementene er som skal undersøkes er hva som ligger i og forholdet mellom «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances»<sup>3</sup>. Når det tales om «exceptional circumstances» er det også et tilleggskrav om at tiltaket «could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950.

<sup>2</sup> Strand Lobben m. fl mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13.

<sup>3</sup> Se kap. 4.

<sup>4</sup> Strand Lobben-dommen, avsnittene 207 og 209.

EMD legger til grunn at restriksjoner i samværet etter omsorgsovertakelse bare kan skje i slike tilfeller.

Det andre elementet som skal undersøkes er hva som er det rettslige innholdet i terminologien «undue hardship»<sup>5</sup>, uttalt i forbindelse med hvor grensen for omfang av samvær skal settes, sett fra barnets perspektiv<sup>6</sup>.

Det tredje elementet er betydningen av uttalelsen om at «family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session»<sup>7</sup>. Dette er en formulering EMD har benyttet i enkelte avgjørelser etter Strand Lobben-dommen, blant annet M.L mot Norge<sup>8</sup>.

Fellesnevneren for disse tre er at det er elementet som potensielt kan ha en svært sentral rolle i den materielle vurderingen ved å tilføre nye elementer som skal inngå i vurderingen av hensynet til barnets beste<sup>9</sup> og utgangspunktet om gjenforening<sup>10</sup>.

Analysen vil påvise at det hersker en viss grad av usikkert i begge domstolers praksis – og domstolene mellom – vedrørende den nærmere forståelse av det rettslige innholdet i disse tre elementene ved EMK-rettslig prøving av samværsfastsettelse. Det vil påvises at en slik rettslig usikkerhet til en viss grad kan forklares med at de to domstolene har forskjellige funksjoner og perspektiver i sin prøving av de konkrete sakene som blir forelagt dem<sup>11</sup>.

Denne usikkerheten gjør det vanskelig for beslutningstakerne i de kommunale barneverntjenestene, i fylkesnemndene og domstolene å vite hvordan de innholdsmessige kravene til forholdsmessighetskravet etter EMK art. 8 nr. 2 skal forstås. Usikkerheten er også egnet til å skape utfordringer for lovgiver<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Se kap. 5.

<sup>6</sup> M.L mot Norway [J] 2020, no. 64639/16, avsnitt 79.

<sup>7</sup> Se kap. 6.

<sup>8</sup> *Ibid.* avsnitt 79.

<sup>9</sup> Se kap. 2.2.

<sup>10</sup> Se kap. 2.3.

<sup>11</sup> Se kapittel 3.

<sup>12</sup> Prop. 133 L (2020-2021) s. 255-278.

Oppgaven begrenser seg til å påpeke og illustrere denne utfordringen. Således har den ikke som mål å finne egnede utveier som bidrar til å redusere rettsusikkerheten. Hensikten vil likevel være å kunne bidra til å synliggjøre enkelte utfordringer, både for domstolene og lovgiver når de utformer de generelle rettssetningene, og for de utøvende lokale og sentrale myndigheter som fastlegger retningslinjer for rettsanvenderen og treffer beslutning i enkeltsaker.

## 1.2 Bakgrunn

De EMK-krav som er av betydning for oppgaven har som nevnt sitt grunnlag i EMK art. 8, som 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*». (min kursivering)

Beskyttelsen i art. 8 nr. 1 gjelder for privatlivet, familielivet, hjemme og korrespondansen. De beskyttede interessene har et vidt anvendelsesområde, og det er glidende overganger mellom dem. Likevel er det retten til respekt for familielivet som er det sentrale hva gjelder spørsmålet om restriksjoner av samværet etter omsorgsovertakelse. Dette har EMD illustrert ved å presisere at gleden av gjensidig kontakt mellom barn og foreldre «constitutes a fundamental element of family life»<sup>13</sup>. Derfor er tiltak som hindrer kontakten, herunder restriksjoner i samværet mellom foreldre og barnet, et inngrep i både foreldrenes og barnets rett til respekt for sitt familieliv<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Blant annet Olsson mot Sverige nr. 1 [J] 1988, no. 10465/83 avsnitt 59

<sup>14</sup> Blant annet Johansen mot Norge [J] 1996, no. 17383/90 avsnitt 59 og K. og T. mot Finland [GC] 2001, no.25702/94 avsnitt 151

Retten til respekt for familielivet er imidlertid ikke absolutt. Det oppstilles tre kumulative vilkår etter EMK art. 8 nr. 2 som fører til at inngrepet – altså samværsrestriksjoner for vårt tilfelle– anses som konvensjonsmessig.

Samværsbegrensningen må for det første være i «in accordance with the law». Dette kravet er oppfylt i intern retten gjennom barnevernloven § 4-19, hvor det etter første og annet ledd fremgår:

«(1) Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.

(2) Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær.»

For det andre må inngrepet være foretatt ut fra et legitimt formål<sup>15</sup>. Disse legitime formålene er uttømmende opplistet i EMK art. 8 nr. 2<sup>16</sup>. Restriksjoner av samværet foretas gjerne av hensyn til barnets «health or morals» eller av hensyn til barnets «rights and freedoms of others»<sup>17</sup>. Kravet til at inngrepet må foretas ut fra et legitimt formål problematiseres sjelden i praksis.

For det tredje må inngrepet etter EMK art. 8 nr. 2 være «necessary in a democratic society». Dette vilkåret blir gjerne beskrevet som et forholdsmessighets eller et proporsjonalitetskrav, noe som overordnet kan sies å innebære en vurdering av hvorvidt inngrepet står i forhold til det myndighetene søker å oppnå med inngrepet<sup>18</sup>. Det er normalt dette vilkåret som særlig kommer på spissen, og det er her vilkåret de tre elementene som angis i kapittel 1.1 gjør seg gjeldende. Oppgaven vil i det følgende utelukkende konsentrere seg om dette vilkåret.

Fra og med Strand Lobben-dommen i 2019 har EMD avsagt fire kammerdommer mot Norge<sup>19</sup> hvor samværsrestriksjoner i forbindelse med EMK art. 8 i større eller mindre grad har vært en del av spørsmålene forelagt EMD. I samtlige av disse avgjørelsene har EMD av ulike

---

<sup>15</sup> Jf. EMK art. 8 nr. 2 «in the interests of [...]»

<sup>16</sup> Strand og Larsen (2017) s. 224

<sup>17</sup> Se eksempelvis K.O og V.M mot Norway [J] 2019, no. 64808/16 avsnitt 57.

<sup>18</sup> NIM (2020) s. 15

<sup>19</sup> Strand Lobben m. fl mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13, K.O og V.M mot Norge [J] 2019, no. 64808/16, A.S v. Norge [J] 2019, no. 60371/15 og Hernehult mot Norge [J] 2020, no. 14652/16.



grunner konkludert med at de norske myndigheter har krenket retten til familieliv etter EMK art. 8 nr. 1.

Hver sak har naturligvis sitt særpreg, men et representativt eksempel er K.O og V.M mot Norge (heretter omtalt som «K.O-dommen»)<sup>20</sup>, avsagt 19. november 2019, altså forholdsvis kort tid etter Strand Lobben-dommen. I K.O-dommen konkluderte EMD med at omsorgsovertakelsen som sådan var konvensjonsmessig<sup>21</sup>. Derimot utgjorde de fastsatte samværsrestriksjonene et brudd på art. 8, med den begrunnelse at gjenforeningsmålet implisitt var oppgitt på bakgrunn av et fåtall av samvær, uten at det var redegjort for hvorfor et lite samværsomfang var til det beste for barnet<sup>22</sup>. Nettopp denne begrunnelsen – at gjenforeningsmålet oppgis – er symptomatisk for mange av avgjørelsene som er avsagt mot Norge fra og med Strand Lobben-dommen.

De tre elementene i forholdsmessighetsvurderingen som står i sentrum for denne oppgaven, er inntatt i enkelte av de nyere EMD-avgjørelsene mot Norge. Disse er ikke å finne i avgjørelser før Strand Lobben-dommen, i hvert fall ikke i samme form og med det samme innholdet<sup>23</sup>.

I samme periode, altså etter Strand Lobben-dommen av 10. september 2019, har Høyesterett behandlet flere saker hvor forholdet til EMK og EMDs prinsipper for forholdsmessighetsvurderingen har stått sentralt. Særlig viktig er Høyesteretts tre storkammeravgjørelser fra februar 2021<sup>24</sup>. Disse og andre saker fra Høyesterett har hatt som formål å gi føringer for praksisfeltet basert på de sakene som er avgjort av EMD så langt<sup>25</sup>. Høyesterett legger til grunn at det ikke er behov for justeringer i det norske regelverket som følge av EMD-dommene. Høyesterett mener imidlertid det er behov for justeringer i norsk barnevernpraksis. Som førstvoterende uttaler i den ledende storkammeravgjørelsen HR-2020 661-A avsnitt 112:

«[...] Noen av EMDs dommer har vist at beslutningsgrunnlag, avveining eller begrunnelse ikke alltid har vært tilstrekkelig. Særlig har EMD konstatert

---

<sup>20</sup> K.O og V.M mot Norge [J] 2019, no. 64808/16.

<sup>21</sup> *Ibid.* avsnittene 65 og 66.

<sup>22</sup> *Ibid.* avsnitt 68.

<sup>23</sup> Basert på søk i HUDOC.

<sup>24</sup> HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

<sup>25</sup> Sandberg (2020) s. 148.

krenkelser i tilknytning til myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening av barn og foreldre.»

Det er på bakgrunn av denne indre spenningen problemstillingen i denne oppgaven blir aktualisert. Når Høyesterett forsøker å kalibrere sin rettsanvendelse etter EMD sin praksis, samtidig som EMD tar i bruk nye terminologier og begreper, blant annet de tre elementene i forholdsmessighetsvurderingen som problemstillingen skisserer, vil det potensielt oppstå en uklar rettstilstand som nærmest kan betegnes som en judisiell kasteball mellom Høyesterett og EMD. Denne virkningen forsterkes av at EMD ikke alltid er like presise i sin angivelse av begrepenes rettslige innhold. Kort sagt kan det sies at Høyesterett forsøker å forstå en praksis fra EMD som til dels er uklar og som til dels synes å være i bevegelse.

### **1.3 Metodiske utgangspunkter for fremstillingen videre**

Problemstillingene vil undersøkes i et rettsdogmatisk perspektiv. Dette vil hovedsakelig gjøres ved nærmere analyse av praksis fra EMD. Bakgrunnen er at avgjørelser fra EMD står sentralt. Etter norsk rett er EMK inntatt som norsk lov, jf. Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter omtalt som «menneskerettsloven») § 2. EMD skal også ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. EMDs sentrale plass i den nasjonale retten er også understreket ved at Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene må forholde seg til EMDs avgjørelser, og tolke EMK på samme måte som EMD gjør<sup>26</sup>.

Det er naturlig å se til EMD når innholdet i EMK-retten skal klarlegges. Avgjørelser fra EMD er den viktigste rettskildefaktoren innenfor EMK-retten. I praksis er det nærmest umulig å fortolke og anvende EMK-retten uten å se til hvordan EMD gjør rede for og forstår de rettslige premissene. De konkrete avgjørelsene fra EMD har naturligvis som formål å avgjøre den konkrete klagesaken, men et annet viktig anliggende er å belyse, sikre og videreutvikle

---

<sup>26</sup> Jf. blant annet Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

konvensjonens rettigheter og frihet, siden EMD bidrar til statenes overholdelse av forpliktelse i henhold til konvensjonen<sup>27</sup>.

Til tross for at det ikke er nedfelt i konvensjonen, anser EMD seg i praksis for bundet av tidligere avgjørelser, uavhengig av om den konkrete avgjørelsen er avsagt enstemmig eller ved et flertall<sup>28</sup>. Det er særlig hensynet til rettssikkerhet, forutberegnelighet og en velordnet utvikling av konvensjonspraksis som tilsier en slik fremgangsmåte fra EMD. Samtidig som EMD har understreket at dette utgangspunktet ikke er til hinder for at den fraviker tidligere avgjørelser dersom det foreligger «good reasons»<sup>29</sup>, eksempelvis på bakgrunn av at EMK skal være et «living instrument»<sup>30</sup>. Avgjørelser truffet med dissens vil i alminnelighet bli lagt til grunn ved etterfølgende avgjørelse av et tilsvarende spørsmål, hvilket særlig gjelder dommer fra storkammeret. Til illustrasjon kan nevnes at domstolens tidligere president Luzius Wildhaber, hvor han i en sak hadde dissertert anså seg for bundet av dommens resultat i en etterfølgende sak med liknende problemstilling<sup>31</sup>.

På bakgrunn av at det foreligger rikholdig praksis fra EMD knyttet til spørsmålet om samværsrestriksjoner etter EMK art. 8, er det nødvendig å foreta et nærmere utvalg av materialet. Det bærende elementet ved problemstillingen er at det skal forsøkes å redegjøre for rettstilstanden slik den er per i dag. Dette er styrende for hvilken praksis som er relevant.

Strand Lobben-dommen ble avsagt i EMDs storkammer og er en «key case», hvilket er ansett å være av tyngre rettskildemessig karakter enn kammeravgjørelsene<sup>32</sup>. I avgjørelsen utbroderer EMD de generelle rettslige utgangspunktene for barnevernssaker etter art. 8, herunder innholdet av hensynet til barnets beste og gjenforeningsmålet. Avgjørelsen blir stadig henvist til i andre avgjørelser hvor EMD skal gjøre rede for de generelle rettslige utgangspunktene i tilknytning til barnevernsrettslige rettsspørsmål. Dette gjelder både avgjørelser fra EMD mot Norge<sup>33</sup> og andre stater<sup>34</sup>. Strand Lobben-dommen og nyere

---

<sup>27</sup> Jf. blant annet Konstantin Marvin mot Russland [GC] 2012, no. 30078/06 avsnitt 89.

<sup>28</sup> Jf. blant annet Chapman v. Storbritannia [J] 2001, no. 27238/95 avsnitt 70.

<sup>29</sup> Jf. blant annet Cooper v. United Kingdom [GC] 2003, no. 48843/99, avsnittene 107 og 122.

<sup>30</sup> Se kapittel 3.1.

<sup>31</sup> Incal v. Tyrkia [J] 1998, no. 22678/93 og Gerger v. Turkey [J] 1994, no. 24919/94 og Kjølbros (2020) s. 15

<sup>32</sup> Sjøvig (2020) s. 12.

<sup>33</sup> For eksempel A.S mot Norge avsnitt 59 og Hernehult mot Norge avsnitt 61

avgjørelser synes derfor å være godt egnet til å illustrere dagens rettstilstand. Likevel vil det vises til eldre avgjørelser der det anses nødvendig, eksempelvis i et forsøk på å finne uttalelser som kan supplere forståelsen av de tre nyere elementene i forholdsmessighetsvurderingen.

For å finne frem til disse tre elementene har det blitt sett hen til den samlede praksis avsagt fra og med Strand Lobben-dommen mot Norge. Metoden for å finne frem til disse har vært søk i HUDOC, hvor søkekriteriene har vært knyttet til avgjørelser mot Norge etter EMK art. 8. Det har også blitt gjort søk etter avgjørelser som i større eller mindre grad benytter seg av utbroderingen av de generelle rettslige premissene i Strand Lobben-dommen som et referansepunkt. Dette har blitt gjort ved å benytte domsnummeret<sup>35</sup> til Strand Lobben-dommen som søkergrunnlag i HUDOC. Samtidig har Høyesterett aktualisert enkelte avgjørelser avsagt av EMD ved å benytte disse som en del av sin argumentasjon.

Som nevnt tidligere avsa Høyesterett i februar 2020 tre storkammeravgjørelser som er av relevans for oppgavens problemstilling ettersom det ble gitt nye føringer for praksisfeltet basert på de sakene som er avgjort av EMD i nyere tid<sup>36</sup>. Oppgaven tar derfor særlig i betraktning den samlede praksisen fra Høyesterett fra og med februar 2020. For å finne relevante Høyesterettsavgjørelser er det tatt utgangspunkt i de avgjørelser som fremgår av barnevernloven § 4-19 på lovdata.

---

<sup>34</sup> For eksempel A.I mot Italia [J] 2021, no. 70896/17 avsnitt 86 og Pavel Shishkov mot Russland [J] 2021, no. 78754/13 avsnittene 77 og 78.

<sup>35</sup> «The application number», no. 37283/13.

<sup>36</sup> NIM (2020) s. 6

## 2 Nærmere om innholdet i forholdsmessighetsvurderingen

### 2.1 Innledning

Forholdsmessighetsvurderingen er altså det sentrale rettslige utgangspunktet for de tre elementene som oppgaven behandler<sup>37</sup>. Det vil derfor gjøres kort rede for det rettslige innholdet av forholdsmessighetskravet.

Etter EMK art. 8 nr. 2 må inngrepet være «necessary in a democratic society». Uttrykket fremstår intuitivt vagt og skjønnsmessig. Det foreligger imidlertid omfattende praksis som tolker og presiserer vilkåret i forholdsvis stor grad. EMD uttaler følgende om kravet i Stand Lobben-dommen avsnitt 203, og det er en utlegning som samsvarer med generelle utlegninger om kravet også utenfor barnevernsfeltet:

«In determining whether the latter condition was fulfilled, the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, *the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8. The notion of necessity further implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests*». (min kursivering)

Forholdsmessighetsvurderingen stiller således kravet til at inngrepet – som etter oppgavens problemstilling er restriksjoner av samværet – må oppnå et legitimt formål, være egnet til å realisere dette formålet, være nødvendig i den forstand at et mildere inngrep ikke oppnår formålet og ikke være uforholdsmessige overfor målet. I tillegg er de nasjonale myndigheter innrømmet en skjønnsmargin når EMD undersøker om inngrepet som er foretatt kan betegnes som forholdsmessig<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Se kapittel 1.1.

<sup>38</sup> Se kapittel 3.

Det er imidlertid en kjent sak at forholdsmessighetskravet er ytterligere presisert i EMDs praksis, og slike retningslinjer vil variere i betydelig grad mellom de ulike saksfelt. Også innenfor det som grovt sett kan omtales som barnevernssaker, kan retningslinjene slik de er utformet i EMDs praksis variere en del. De tre elementene som danner kjernen av denne oppgaven er viktige presiseringer av forholdsmessighetskravet på området for samværsfastsettelse ved omsorgsovertakelse, men de er ikke nødvendigvis de eneste tilleggselementene av betydning på samværsrettens område.

Innenfor spørsmålet om samværsbegrensning er det særlig to fundamentale hensyn som danner utgangspunktene for forholdsmessighetsvurderingen. Disse betegnes som hensynet til barnets beste og et utgangspunkt om gjenforening, og kan potensielt være motstridende interesser, men dette vil bero på de faktiske forholdene i de konkrete sakene.

De tre elementene som inngår i problemstillingen, kan sorteres som tre ulike variabler med sitt utspring i hensynet til barnets beste og utgangspunktet om gjenforening. Det er derfor nødvendig og kort gjøre rede for hva som er det sentrale innholdet i barnets beste og gjenforeningsmålet.

Som nevnt har skjønnsmarginen en relasjon til forholdsmessighetsvurderingen, men vil først behandles i kapittel 3.

Det må presiseres at fremstillingen av hensynet til barnets beste, gjenforeningsmålet og skjønnsmarginen blir holdt på et overordnet nivå. Det er tale om rettslige størrelser med et svært omfattende innhold, hvorav flere av disse er uklare aspekter. Hensikten er ikke å klargjøre dem som sådan i sin fulle bredde her, men å gi leseren et innblikk i hovedtrekkene som har betydning for de påfølgende analysene.

## 2.2 Hensynet til barnets beste

Det må presiseres at det utelukkende er tale om hensynet til barnets beste slik det er klarlagt og fremgår av EMK-retten. Til tross for at EMK ikke har en eksplisitt konvensjonsbestemmelse som gjennom sin ordlyd synliggjør en vurdering av innholdet i eller vekten av hensynet til barnets beste<sup>39</sup>, har EMD imidlertid uttalt at konvensjonen så vidt det er mulig skal fortolkes i overensstemmelse med andre folkerettslige regler og prinsipper som konvensjonen er en del av. EMK skal ikke fortolkes i et vakuum, noe som gjør at EMD ser til andre relevante folkerettslige regler når den skal tolke og anvende vilkår som fremgår av de enkelte konvensjonsbestemmelsene<sup>40</sup>.

Med dette som bakgrunn har EMD blant annet under henvisning til FNs konvensjon om barnets rettigheter<sup>41</sup> tatt spesielle hensyn overfor når disse er involvert i saker. Dette formuleres som «the child's best interests» blant annet i Strand Lobben-dommen avsnitt 134.

Hensynet til barnets beste utspiller seg i form av både prosessuelle krav til de beslutningstakere som fatter vedtak og overordnede krav til den materielle vurderingen, om ikke utfallet av den.

EMD presiserte den prosessuelle dimensjonen av hensynet til barnets beste i Strand Lobben-dommen avsnitt 207, slik at det er «incumbent on the Contracting States to put in place practical and effective procedural safeguards for the protection of the best interests of the child and to ensure their implementation [...]»

Oppgavens perspektiv aktualiserer imidlertid kun barnets beste som materiell vurderingsnorm. Det er derfor særlig innholdet og vekten av hensynet til barnets beste på bakgrunn av EMDs praksis som er sentralt.

Innholdsmessig oppstilles barnets beste gjerne som en tosidig størrelse. På den ene siden er det en presumpsjon for at det er til barnets beste at familiebåndene til foreldrene

---

<sup>39</sup> Motsetningsvis av norsk intern rett, hvor det skal legges «avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste», jf. barnevernloven § 4-1

<sup>40</sup> Kjølbrot (2020) s. 28 og blant annet Fogarty mot United Kingdom [J] 2001, no. 37112/97 avsnitt 35.

<sup>41</sup> The United Nations Convention on the Rights of the Child. 20. November 1989.

oppretholdes.<sup>42</sup> Denne siden av hensynet til barnets beste er materielt sett hensynet til vern av familiebåndene, og innebærer i praksis at gjenforeningsmålet også kommer til syne i barnets beste-vurderingen.

På bakgrunn av gjenforeningsmålet skal tiltak som bryter familiebåndet kun iverksettes dersom det foreligger «very exceptional circumstances» eller «exceptional circumstances and an overriding requirement of the child's best interests»<sup>43</sup>. Dette er altså uttrykk for en høyere terskel for at forholdsmessighetskravet skal anses oppfylt, og kan derfor omtales som et kvalifisert krav til forholdsmessighet.

På den andre siden av hensynet til barnets beste ses det utelukkende til barnets konkrete interesser, uavhengig av de familiære bånd. Det er tre helt konkrete tilfeller hvor hensynet til barnets beste går klar av gjenforeningsmålet. Gjenforeningsmålet kan forlates dersom foreldrene har vist seg «particularily unfit»<sup>44</sup>. Det skal heller ikke iverksettes tiltak som «would harm the child's health and development»<sup>45</sup>. Statens positive plikt<sup>46</sup> til å tilrettelegge for gjenforening og opprettholde gjenforeningsmålet går altså ikke lenger enn tilfeller hvor barnet blir skadelidende. Samværets art og omfang som understøtter gjenforeningsmålet kan således ikke opprettholdes dersom barnet blir skadelidende av samværet.

Gjenforeningsmålet skal også fravikes dersom «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>47</sup>.

Utover disse tre kan det også utledes av EMDs praksis at barnets beste må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle og ut fra en rekke individuelle omstendigheter<sup>48</sup>. I vurderingen kan det være relevant å legge vekt på faktorer som barnets alder og modenhet, barnets sårbarhet, barnets behov for en trygg og stabil omsorgsbasis, barnets tilknytning til fosterforeldrene,

---

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

<sup>43</sup> *Ibid.* avsnittene 207 og 209.

<sup>44</sup> *Ibid.* avsnitt 207.

<sup>45</sup> *Ibid.* avsnitt 207.

<sup>46</sup> Statens plikt kommer for så vidt til syne i Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov § 92.

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

<sup>48</sup> Neulinger og Shuruk mot Sveits [GC] 2010, no. 41615/07 avsnitt 138.



manglende tilknytning til biologiske foreldre og skadepotensialet ved en eventuell tilbakeføring<sup>49</sup>.

Hva gjelder vekten av hensynet til barnets beste i den enkelte sak, fremhever EMD at dette er av «paramount importance»<sup>50</sup>. Det har blitt presisert at barnets beste skal komme foran andre hensyn i saker om angår samværrestriksjoner: «the care of children and contact restrictions (...) come before all other considerations»<sup>51</sup>. Dette betyr imidlertid ikke at det skal unnlates å vurdere foreldrenes eller andre interesser.

I tilfeller hvor barnets og foreldrenes interesser er motstridende, skal det foretas en «fair balance», men «particular importance should be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents»<sup>52</sup>.

Følgen av dette er at omfanget av samværet som utgangspunkt skal effektivt støtte gjenforeningsmålet, med mindre et slikt omfang ikke er forenlig med hensynet til barnets beste<sup>53</sup>. Hensikten er at samværet skal bidra til å styrke de familiære båndene mellom foreldrene og det omsorgsplasserte barnet, og slik sett bidra til å realisere gjenforening etter omsorgsovertakelse. Det er derfor som utgangspunkt ikke tilstrekkelig at samværets omfang kun settes ut fra formålet å gjøre barnet kjent med sitt opphav<sup>54</sup>. Det er imidlertid tilstrekkelig at samværet kun sikrer barnet kjennskap til sitt opphav dersom gjenforeningsmålet rettmessig er oppgitt på bakgrunn av hensynet til barnets beste.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> Blant annet Pedersen m. fl. mot Norge [J] 2020, no. 39710/15, avsnitt 64.

<sup>50</sup> Blant annet Strand Lobben-dommen avsnitt 204.

<sup>51</sup> *Ibid.* avsnitt 204.

<sup>52</sup> *Ibid.* avsnitt 206.

<sup>53</sup> K.O-dommen avsnitt 69.

<sup>54</sup> *Ibid.* avsnitt 69.

<sup>55</sup> Blant annet Abdi Ibrahim mot Norge [J] 2019, no. 15379/16 avsnitt 57.

## 2.3 Gjenforeningsmålet

Det andre fundamentet i forholdsmessighetsvurderingen ved samværsfastsettelsen er gjenforeningsmålsettingen. EMD har gjentatte ganger slått fast at det klare utgangspunktet er at omsorgsovertakelser er et midlertidig tiltak<sup>56</sup>. Midlertidigheten innebærer et utgangspunkt om at familien skal gjenforenes.

Hvorvidt gjenforeningsmålsettingen er overholdt beror på en helhetsvurdering om tilbakeføring har fremstått som et overordnet formål<sup>57</sup>, herunder om det har vært et samvær som effektivt støtter gjenforeningsmålet.<sup>58</sup> Det kreves at myndighetene tar de skritt med sikte på gjenforening som med rimelighet kan forventes i den konkrete sak<sup>59</sup>.

Samvær blir betegnet som et viktig, om ikke nødvendig, virkemiddel for å sikre gjenforening mellom barnet og foreldre ved omsorgsovertakelse, og utgjør derfor et viktig element i spørsmålet om gjenforeningsmålsettingen er overholdt<sup>60</sup>. EMD uttaler for eksempel i storkammerdommen K. og T. mot Finland at mulighetene for gjenforening vil gradvis reduseres, og til slutt umuliggjøres, hvis foreldrene og barnet møtes sjeldent<sup>61</sup>.

På bakgrunn av dette utgangspunktet har EMD ilagt statene en positiv plikt som innebærer å iverksette tiltak for at et omsorgsovertatt barn kan tilbakeføres til sin familie. Plikten som staten har til å iverksette positive tiltak vil gradvis øke i styrke fra og med begynnelsen av omsorgsovertakelsen, riktignok balansert mot hensynet til barnets beste<sup>62</sup>. Det progressive elementet er inntatt på bakgrunn av at langvarig brudd i kontakten mellom barn og foreldre kan ha irreversible virkninger på deres forhold<sup>63</sup>.

---

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

<sup>57</sup> Dette kommer til syne i blant annet Dolhamre mot Sverige [J] 2010, no. 67/04 avsnitt 123.

<sup>58</sup> K.O-dommen avsnitt 69.

<sup>59</sup> R. og H. mot Storbritannia [J] 2011, no. 35348/06 avsnitt 88. **ENDRE NOTE!**

<sup>60</sup> Sen & Broadhurst (2011) finner i sin forskningsgjennomgang at barn som har jevnlig kontakt med foreldrene har større sannsynlighet for å returnere til foreldrenes omsorg og Aall (2018) s. 241.

<sup>61</sup> K og T mot Finland [GC] 2001, no. 25702/94 avsnitt 179.

<sup>62</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 208.

<sup>63</sup> *Ibid.* avsnitt 208.

## **3 Domstolenes ulike funksjoner og perspektiver**

### **3.1 Innledning**

Mellom EMD og de nasjonale domstoler er det ulikheter hva gjelder deres funksjon og perspektiv. Som nevnt i punkt 1.1 kan dette være et bidrag til å forklare den rettsusikkerheten som oppstår domstolene mellom. Funksjon henspiller til hvilke roller EMD og den nasjonale domstol har, mens perspektiv retter seg mot hvilke synsvinkler de konkrete sakene vurderes ut fra.

Det må presiseres at dette er ment som en oversiktlig og generell fremstilling. Hensikten er ikke å klargjøre funksjons- og perspektivforskjellene som sådan i sin fulle bredde her, men å gi leseren et innblikk i hovedtrekkene som har betydning for de påfølgende analysene, og dette er også bestemmende for hvilke aspekter som skal omtales her.

I kapittelet vil det ses til det dynamiske elementet ved EMK-retten, prøvingskompetansen og prøvingsintensiteten. Fokuset vil være på EMD, men det skal trekkes linjer mot de norske domstolene der det er relevant å belyse.

### **3.2 Det dynamiske aspektet ved EMK-retten**

EMK skal tolkes som et «living instrument», og slik uttaler EMD det blant annet i Tyrer mot Storbritannia:

«The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the

developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field<sup>64</sup>.»

Dette blir gjerne omtalt som et dynamisk tolkningsprinsipp, og innebærer i korte hovedtrekk at EMD skal tolke EMK i lys av samfunnsforholdene slik de til enhver tid er. Begrunnelsen bak denne dynamiske siden ved EMK-retten er at holdninger, moralske oppfatninger og samfunnsforholdene generelt stadig endrer seg<sup>65</sup>.

Høyesterett har for sin del nedtonet sin rolle i den dynamiske tolkningen av konvensjonen. Blant annet i Rt. 2005 s. 833 er det uttalt – på bakgrunn av menneskerettsloven § 3 – at norske myndigheter ved anvendelse av konvensjonen skal benytte samme metode som EMD, men slik at det likevel «i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen»<sup>66</sup>.

### 3.3 Prøvingskompetanse

EMD har sin prøvingskompetanse fastlagt gjennom EMK art. 32, hvor det klargjøres at EMD kun «concerning the interpretation and application of the Convention». Dette til forskjell fra nasjonale myndigheter som fra sitt perspektiv må forholde seg til et bredere spekter av lover og regler i form av nasjonale regler og folkerettslige forpliktelser.

Hvilke saker som EMD kan prøve fremgår av EMK art. 35. Det kreves at «all domestic remedies have been exhausted». Dette er et krav om at alle nasjonale rettsmidler må være uttømt, og er derfor egnet til å illustrere EMDs subsidiære karakter<sup>67</sup>. I praksis innebærer dette at EMD ikke skal anses som en fjerde instans over nasjonale domstoler. Dette har EMD presisert i eksempelvis *Karpenko mot Russland*:

*«As to the remaining complaints raised by the applicant in his original application, the Court notes that it is not its task to act as a court of appeal or, as is sometimes stated, as a court of fourth instance, in respect of the decisions taken by domestic*

---

<sup>64</sup> Tyrer mot Storbritannia [J] 1978, no. 5856/72 avsnitt 31.

<sup>65</sup> Strand og Larsen (2017) s. 68 og 69.

<sup>66</sup> Se også Rt. 2011 s. 800 avsnitt 53 for liknende formulering.

<sup>67</sup> Se nærmere om subsidiaritetsprinsippet i kap. 3.5.

courts. It is the role of the domestic courts to interpret and apply the relevant rules of procedural or substantive law. It is the domestic courts which are best placed to assess the credibility of witnesses and the relevance of evidence to the issues in the case. It is also for the domestic courts to exclude evidence which is considered to be irrelevant»<sup>68</sup>. (min kursivering)

En konsekvens av dette utgangspunktet er at EMD ikke foretar rene resultatkontroller av den nasjonale domstols avgjørelse, med mindre avgjørelsens resultat kan regnes som «arbitrary or manifestly unreasonable»<sup>69</sup>. EMD foretar heller ikke rene bevisvurderinger, slik de nasjonale myndighetene gjør. Prosessen i EMD foretas som regel skriftlig<sup>70</sup>.

EMD har selv uttrykt følgende om resultatkontroll og bevisvurdering blant annet i López Ribalda m. fl. mot Spania:

«Normally, issues such as the weight attached by the national courts to given items of evidence or to findings or assessments in issue before them for consideration are not for the Court to review. The Court should not act as a court of fourth instance and will not therefore question under Article 6 § 1 the judgment of the national courts, unless their findings can be *regarded as arbitrary or manifestly unreasonable*»<sup>71</sup>. (min kursivering)

Videre følger det av EMK art. 34 at EMD behandler individklager. Ved spørsmål om samværsrestriksjoner er det gjerne foreldrene som klager inn saken med påstand om at deres rett til familielivet er brutt, og disse interessene står dermed ofte sentralt ved den konkrete vurderingen, noe som gjør at hensynet til barnets beste ikke alltid er så synlig i subsumsjonen<sup>72</sup>. Dette kan medføre at enkelte formuleringer relatert til gjenforeningsmålet fremstår bastante<sup>73</sup>. I avgjørelser etter de nasjonale domstolene ligger hensynet til de

---

<sup>68</sup> Karpenko mot Russland [J] 2012, no. 5605/04 avsnitt 80.

<sup>69</sup> Se for eksempel I.D mot Norge [A] 2017, no. 51374/16.

<sup>70</sup> NIM (2020) s. 18.

<sup>71</sup> López Ribalda m. fl. mot Spania [GC] 2019, nos. 1874/13 and 8567/13, avsnitt 149.

<sup>72</sup> Slik resonnerer også Høyesterett i HR-2020-661-S avsnitt 83 og 85.

<sup>73</sup> Sandberg (2020) s. 159, «Storkammeravgjørelsene om barnevern».

familiære båndene en del ganger som en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning. Hensynet til barnets beste trer som oftest ofte tydeligst frem<sup>74</sup>.

Oppsummeringsvis illustrer dette at EMD ikke overprøver sakens fulle og hele side, dens oppgave er utelukkende å prøve tolkningen og anvendelse av EMK. EMD foretar heller ikke som utgangspunkt rene resultatkontroller eller bevisvurderinger, slik de nasjonale myndigheter må forholde seg til.

### 3.4 Prøvingsintensitet

Det avgjørende for EMDs prøvingsintensitet er i stor grad hvilken «margin of appreciation» (skjønnsmargin) de enkelte statene blir innrømmet<sup>75</sup>. Skjønnsmarginen retter seg mot den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, altså subsumsjonen foretatt av de nasjonale domstoler. Kjernen i skjønnsmarginen er at de nasjonale myndigheter innvilges et visst spillerom til å anvende EMK i lys av de nasjonale forholdene<sup>76</sup>. Læren om skjønnsmarginen fremgår ikke av konvensjonsteksten, men er utviklet av EMD<sup>77</sup>.

Skjønnsmarginen er dynamisk, og det ses blant annet til sakens art, alvorret og karakteren av de interessene som står på spill når EMD avgjør hvor vid eller snever skjønnsmargin som innrømmes statene i det aktuelle rettsspørsmålet<sup>78</sup>. I saker som omfatter samvær eller generelt barnevernsrettslige spørsmål vil som nevnt i kapitlene 2.2 og 2.3 det på den ene siden være viktigheten av å beskytte barnet der dette er nødvendig, og på den andre siden målet om å gjenforene familien dersom forholdene tillater det<sup>79</sup>.

For å illustrere skjønnsmarginens dynamiske funksjon kan det ses til omsorgsovertakelser sammenliknet med samværsrestriksjoner. Innenfor spørsmålet om omsorgsovertakelse er

---

<sup>74</sup> Slik HR-2020-661-S legger til grunn.

<sup>75</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 211.

<sup>76</sup> Strand og Larsen (217) s. 82-83 og Sørensen (2004) s. 135.

<sup>77</sup> Strand og Larsen (2017) s. 81.

<sup>78</sup> Strand Lobb avsnitt 211 og for øvrig Aall (2018) s. 154-161.

<sup>79</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 211.

forholdsmessig, har statene en vid skjønnsmargin<sup>80</sup>. Ved spørsmål om samværsrestriksjoner uttaler EMD i Strand Lobben-dommen avsnitt 211 at denne skjønnsmargin er snevrere:

«A *stricter scrutiny* is called for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by the authorities on *parental rights of access* [...]. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed». (min kursivering)

Konsekvensen av en snever skjønnsmargin i samværs spørsmålet er at EMD foretar en mer inngående prøvelse av om samværets art og omfang har vært forholdsmessig på bakgrunn av sakens faktiske forhold.

EMD har samtidig blant annet i storkammerdommen A. m. fl. mot Storbritannia presisert at skjønnsmarginen utelukkende gjør seg gjeldende for EMD, og følgelig ikke overfor de nasjonale domstoler:

«[...] The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level<sup>81</sup>.»

I spørsmålet om samværsrestriksjoner har statene altså en snever skjønnsmargin, noe som gjør at prøvingsintensiteten av statenes forholdsmessighetsvurdering er forholdsvis høy når EMD prøver saken.

---

<sup>80</sup> *Ibid.* avsnitt 211.

<sup>81</sup> A. m. fl. mot Storbritannia [GC] 2009, no. 3455/05, avsnitt 184.

### 3.5 Begrunnelsen for skjønnsmarginen- subsidiaritetsprinsippet og fri bevisførsel

De forhold som begrunner skjønnsmarginen er imidlertid også egnet til å illustrere noen sentrale forskjeller mellom EMD og de nasjonale domstoler. Det som gjennomgås her er på ingen måte ment som en uttømmende begrunnelse av skjønnsmarginen, men to elementer av begrunnelsen som kaster lys over ulikheter mellom de nasjonale domstoler og EMD.

EMD omtaler begrunnelsen for skjønnsmarginen sjeldent eksplisitt. Det er heller ikke intuitivt innlysende å forstå hva som er årsaken til læren om skjønnsmarginen.

I enkelte eldre avgjørelser fra EMD er det uttalelser som peker på blant annet subsidiaritetsprinsippet som en del av begrunnelsen bak skjønnsmarginen. Subsidiaritetsprinsippet er også egnet til å illustrere den generelle subsidiære rollen EMD har. Det er først og fremst statene som skal etterleve konvensjonen, mens EMD skal fungere som et kontrollerende organ. I *Handyside mot Storbritannia* uttaler EMD:

«The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (...) The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but *they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted* [...]»<sup>82</sup>» (min kursivering)

Settem beskriver subsidiaritetsprinsippet som belysende for arbeids- og kompetansefordelingen, og således ulikheter i deres funksjon, mellom EMD som en internasjonal domstol og de nasjonale myndigheter i den enkelte medlemsstat. Hovedpoenget er at det er medlemsstatene som i første rekke har ansvaret for ivaretagelsen av EMK-rettighetene, og at EMD skal spille en subsidiær rolle. Helt overordnet kan det sies at ettersom EMD skal spille en subsidiær rolle, så må domstolen i en viss utstrekning respektere de

---

<sup>82</sup> *Handyside mot Storbritannia* [J] 1976, no. 5493/72, avsnitt 48.



politiske og rettslige avveininger som gjøres på nasjonalt nivå ved håndhevingen av EMK-rettighetene<sup>83</sup>.

En annen del av begrunnelsen bak skjønnsmarginen er fordelene som de nasjonale myndigheter har gjennom bevisførsel og den direkte kontakten. Dette kan for så vidt sies å være en avleder av subsidiaritetsprinsippet, og belyser en ulikhet i EMD og norske domstolers perspektiv. Dette uttaler EMD blant annet i *Connors mot Storbritannia*:

«In this regard, a margin of appreciation must, inevitably, be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions.»<sup>84</sup>»

På bakgrunn av disse to elementene belyses at nasjonale myndigheter og EMD – til tross for en snever skjønnsmargin – har visse grunnleggende ulikheter som likevel er til stede der EMD innrømmer statene en snever skjønnsmargin, slik som EMD gjør når det gjelder spørsmålet om samværsrestriksjoner.

### 3.6 Oppsummering

Det har her blitt vist til hvordan det dynamiske tolkningsprinsippet, prøvingskompetanse, prøvingsintensitet og subsidiaritets hensynet medfører forskjeller mellom nasjonale domstoler og EMD.

Det sentrale er at Høyesterett har tonet ned sin egen deltakelse av å utvikle konvensjonen. Det er også vist hvordan EMD ikke skal være en fjerdeinstans som overprøver samtlige sider av saken. I EMDs avgjørelser er det en tendens til at barnets beste ikke blir like synlig i subsumsjonen, til forskjell fra nasjonale domstoler hvor hensynet til familiebandet ofte er mer underforstått. De nasjonale myndighetene må forholde seg til et bredere perspektiv av nasjonale lover og folkerettslige forpliktelser, i tillegg til å ha en umiddelbar kontakt med sakens faktiske sider på en annen måte enn EMD, som i utgangspunktet har en skriftlig behandling.

---

<sup>83</sup> Settem 2016, s. 119 – 141 punkt 2.

<sup>84</sup> *Connors mot Storbritannia* [J] 2004, no. 66746/01 avsnitt 82.

## 4 Terskel for samværsrestriksjoner- ulike formuleringer og forståelsen av dem

### 4.1 Innledning

Det har i kapittel 2 og 3 blitt redegjort for de generelle rettslige utgangspunktene som følger av EMK art. 8 som blir aktualisert gjennom spørsmålet om samværsrestriksjoner. Det skal nå ses på det første elementet i forholdsmessighetsvurderingen som skissert innledningsvis<sup>85</sup>, nemlig forholdet mellom uttalelsene «severed» i sammenheng med «very exceptional circumstances» og «definitively severed» i sammenheng med «exceptional circumstances» med tilleggskravet «an overriding requirement pertaining to the child's best interests». Når det i det følgende skrives «exceptional circumstances» innbefatter det nevnte tilleggskrav.

I en samværsrettslig kontekst identifiseres to ulike spørsmål. Det første er om det er grunnlag for å oppstille «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances» som to ulike rettslige størrelser med ulikt rettslig innhold. Det andre spørsmålet er – forutsatt at dette er to ulike krav – hvordan det skal skilles mellom ulike samværsrestriksjoner med tanke på hvilket krav som skal anvendes. Kapittelet illustrerer at det fremstår usikkert om dette faktisk er to ulike rettslige størrelser, og går derfor ikke nærmere inn på hvordan det skal skilles mellom ulike samværsrestriksjoner.

I flere av dommene som gjennomgås i dette kapittelet er ikke spørsmålet om samværsrestriksjoner en del av avgjørelsene. Uttalelser i slike dommer har likevel overføringsverdi til samværsspørsmålet, ettersom det sentrale er å klarlegge om kravene kan leses som to ulike krav. Kravet til «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances» benyttes også av EMD når den avgjør konvensjonsmessigheteten av andre barnevernsrettslige inngrep i retten til familielivet.

Kapittelet er ordnet slik at det først vil påvises at Høyesterett tilsynelatende har forstått disse kravene som to ulike størrelser med ulikt rettslig innhold. Dette avsnittet illustrer også problemstillingen ytterligere, er årsaken til at dette ikke gjøres ytterligere her. Deretter vil det

---

<sup>85</sup> Se kap. 1.1.

ses nærmere på hvordan EMD har forstått kravene. Her er det særlig begrepene «severed» og «definitively severed» og kravenes rettslige kontekst som står sentralt. Videre skal det ses på hvordan EMD har benyttet de to kravene i konkrete avgjørelser mot Norge. Til slutt skal poengene kort sammenfattes.

## **4.2 Høyesteretts forståelse av forholdet mellom «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances»**

Høyesterett<sup>86</sup> har tilsynelatende forstått kravet til «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances» som to ulike rettslige størrelser med ulikt rettslig innhold, hvor det avgjørende for hvilket krav som gjør seg gjeldende er om det aktuelle tiltaket medfører at familiebandet blir «severed» (oversatt av Høyesterett til ‘brudd’<sup>87</sup>) og «definitively severed» (oversatt av Høyesterett til ‘brytes for godt’<sup>88</sup>). Det er dette som skal illustreres her.

Det uttales fra Høyesterett i HR-2020-661-S avsnitt 95 med henvisning til avsnittene 207 og 209 i Strand Lobben-dommen at et brudd på familiebandene bare kan skje helt unntaksvis. Det må foreligge «very exceptional circumstances»<sup>89</sup>. Høyesterett legger deretter til grunn at omsorgsovertakelser aktualiserer kravet til «very exceptional circumstances», ettersom tiltaket slik Høyesterett ser det fører til at familiebandet brytes<sup>90</sup>.

På et senere stadium i peker Høyesterett på at det gjelder «strengt krav» hva gjelder tiltak som medfører at familiebandet «brytes for godt», og nevner fratakelse av foreldreansvar og adopsjon som eksempel på tiltak som aktualiserer det strenge kravet<sup>91</sup>. Tiltak som medfører at

---

<sup>86</sup> I Prop. L 133 (2020-21) s. 194 til ny barnevernslov – loven er altså ikke vedtatt – legges tilsynelatende dette også til grunn som ulike krav, men på bakgrunn av dennes manglende rettskildemessig vekt kommenteres den ikke nærmere.

<sup>87</sup> HR-2020-661-S avsnitt 95.

<sup>88</sup> HR-2020-661-S avsnitt 99.

<sup>89</sup> HR-2020-661- avsnitt 95.

<sup>90</sup> HR-2020-661-S avsnitt 96.

<sup>91</sup> HR-2020-661-S avsnitt 99.

familiebåndet «brytes for godt» kan ifølge Høyesterett bare skje på bakgrunn av «exceptional circumstances» og på grunnlag av «an overriding requirement» av hensyn til barnets beste.

Det må påpekes at Høyesterett har avsagt nyere dommer, blant annet fra mars 2021<sup>92</sup>. Høyesterett benytter i tre av avgjørelsene uttrykket «sterke og spesielle grunner» som et krav for når gjenforeningsmålsettingen kan gis opp<sup>93</sup>. Høyesterett tar altså ikke opp tråden fra HR-2020-661-S, men det må påpekes at ingen av avgjørelsene fordret at spørsmålet om oppgivelse av gjenforeningsmålet ble satt på spissen<sup>94</sup>, noe som kan være årsaken til at Høyesterett unnlot å plukke opp tråden. Det spørsmålet som HR-2020-661-S etterlater seg synes derfor ikke å være tydelig avklart, det er i det minste en usikkerhet hvordan rettsanvenderen skal håndtere forholdet mellom «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances».

### 4.3 Eldre og nyere avgjørelser fra EMD

Det skal her ses til hvordan EMD har skissert disse ulike kravene, både avgjørelser som er avsagt før Strand Lobben-dommen og avgjørelser som er avsagt i etterkant av denne. Hensikten er å illustrere hvordan det fremstår usikkert om EMD legger til grunn et skille mellom kravene.

For å vise hvordan EMD har oppstilt disse kravene kan det ses til blant annet Strand Lobben-dommen. Det må imidlertid påpekes at disse kravene kan spores tilbake i tid, og er altså ikke nye fenomen i Strand Lobben-avgjørelsen. I Strand Lobben-dommen vises det imidlertid til begge kravene, noe som kan synes å ikke være så vanlig i dommene som er avsagt i forkant, men det er riktignok eksempler på at dette har blitt gjort<sup>95</sup>.

EMD uttaler seg først om kravet «very exceptional circumstances» i avsnitt 207: «It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances [...]» Når det gjelder

---

<sup>92</sup> HR-2020-662-S, HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A, som for øvrig er en formulering Høyesterett også har benyttet tidligere, se eksempelvis HR-2017-2015-A avsnitt 56.

<sup>93</sup> HR-2020-662-S avsnitt 128, HR-2021-474-A avsnitt 41 og HR-2021-475-A avsnitt 49.

<sup>94</sup> Høyesterett slår fast at gjenforeningsmålet ikke anses oppgitt i HR-2020-662-S avsnitt 128, HR-2021-474-A avsnitt 60, HR-2021-475-A avsnitt 49 og HR-2021-476-A avsnitt 47.

<sup>95</sup> Blant annet i Aune mot Norge [J] 2010, no. 52502/07, se kap. 4.4.

det andre kravet – altså «exceptional circumstances» som Høyesterett oppstiller som strengt –, uttales i Strand Lobben-avgjørelsen avsnitt 209 at:

«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 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* [...]» (min kursivering)

#### 4.3.1 EMDs bruk av begrepene «severed» og «definitively severed»

Uttalelsene fra Strand Lobben-dommen avsnittene 207 og 209 som er sitert i kapittel 4.3 henviser til henholdsvis Gnahoré mot Frankrike fra år 2000<sup>96</sup> og Johansen mot Norge fra 1996<sup>97</sup>.

Bruken av begrepet «severed» i tilknytning til «very exceptional circumstances» illustreres i Gnahoré-dommen avsnitt 59:

«On the other hand, it is clear that it is equally in the child's interest for its ties with its family to 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 the interest of the child dictates *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».

Kravet til «exceptional circumstances» fremgår av Johansen-dommen avsnitt 78:

«In the present case the applicant had been deprived of her parental rights and access in the context of a permanent placement of her daughter in a foster home

---

<sup>96</sup> Gnahoré mot Frankrike [J] 2000, no. 40031/98, avsnitt 59.

<sup>97</sup> Johansen mot Norge [J] 1996, no. 17383/90, avsnitt 78.

with a view to adoption by the foster parents [...]. 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* [...].» (min kursivering)

I Johansen-dommen benytter EMD en annen formulering enn «definitively severed». Det sentrale er her at tiltakene var så vidtrekkende at familielivet til mor ble «totally deprived». I nyere avgjørelser avsagt i ettertid av Strand Lobben-dommen, blant annet Zelikha mot Russland<sup>98</sup> og Y.I mot Russland<sup>99</sup> benytter EMD også en «deprived»-formulering, riktignok uten begrepet «totally»:

«Depriving a person of his or her parental rights is a particularly far-reaching measure which *deprives* a parent of his or her family life with the child, and it is inconsistent with the aim of reuniting them<sup>100</sup>.» (min kursivering)

Hva gjelder kravet til at familiebandene blir «severed» – altså i relasjon til kravet om «very exceptional circumstances» – har EMD heller ikke vært konsekvente i begrepsbruken. Blant annet i Pavel mot Russland<sup>101</sup> kommer EMD med en uttalelse som synes å sentrere rundt hvorvidt det aktuelle tiltaket medfører «cutting a child off from his og her roots»:

«Severing such ties means cutting a child off from his or her roots, which may only be done in exceptional circumstances [...]<sup>102</sup>»

Til tross for at EMD har variert i begrepsbruken, altså ikke utelukkende benyttet «severed» og «definitively severed», kan det ikke ses bort fra at EMD legger til grunn det samme rettslig innhold, men dette kommer i alle fall ikke tydelig frem. Likevel er det grunn til å tro at EMD, særlig av hensyn til en klar rettstilstand, utelukkende ville benyttet seg av samme begrep

---

<sup>98</sup> Zelikha Magomadova mot Russland [J] 2019, no. 58724/14.

<sup>99</sup> Y.I mot Russland [J] 2020, no. 68868/14.

<sup>100</sup> Zelikha Magomadova mot Russland, avsnitt 101. Liknende formulering benyttes i Y.I mot Russland, avsnitt 82.

<sup>101</sup> Pavel mot Russland [J] 2021, no. 78754/13.

<sup>102</sup> Pavel mot Russland, no 78754/13 avsnitt 75. Liknende formulering benyttes i Y.I mot Russland, avsnitt 75.

dersom det er meningen at «severed» og «definitively severed» er bestemmende for hvilket krav som skal anvendes, slik Høyesterett tilsynelatende legger til grunn. Dette synes derfor å være et argument som taler mot eksistensen av to ulike krav, uten at dette argumentet alene kan utelukke eksistensen av to ulike krav.

I det følgende vil det for oversiktens skyld være begrepene «severed» i tilknytning til «very exceptional circumstances» og «definitively severed» i tilknytning til «exceptional circumstances» som brukes, til tross for at EMD har variert.

### 4.3.2 Kravenes rettslige kontekst

Det skal her illustreres at EMD gjerne uttaler det Høyesterett anser som to ulike krav, i ulike rettslige kontekster, og er således et argument for at disse kun er to ulike formuleringer – og altså ikke to ulike rettslige størrelser – som har festnet seg til to måter å formulere et krav til kvalifisert forholdsmessighet fra to ulike perspektiv.

I tilknytning til «definitively severed» og kravet «exceptional circumstances», kommer uttrykket i eksempelvis i Johansen-dommen avsnitt 78 og Strand Lobben-dommen avsnitt 209<sup>103</sup> i relasjon til gjenforeningsmålet sett fra foreldrenes perspektiv og deres interesser, og hvordan de konkrete tiltakene som har blitt iverksatt har ført til konsekvenser for familielivet.

Dette fremgår av blant annet Johansen-dommen i avsnitt 78:

«In the present case *the applicant* had been deprived of her parental rights and access in the context of a permanent placement of her daughter in a foster home with a view to adoption by the foster parents. [...] 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 [...]» (min kursivering)

---

<sup>103</sup> Se kap. 4.3

Formuleringen som knyttes til «severed» i relasjon til «very exceptional circumstances» uttales i forbindelse med utpenslingen av hensynet til barnets beste, noe som illustreres blant annet i Strand Lobben-dommen avsnitt 207:

«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 [...]».

Det er flere avgjørelser som EMD har avsagt i etterkant av Strand Lobben hvor det også er en kontekstuell differensiering med tanke på hvor kravene er plassert <sup>104</sup>.

Det er også eksempler på at uttrykket fra Strand Lobben-dommen avsnitt 207 benyttes i relasjon til kravet om at det skal foretas en balansert avveining dersom barnets og foreldrenes interesser er motstridende. Et eksempel her er A.S mot Norge, hvor spørsmålet for EMD var om opprettholdelsen av omsorgsovertakelse og nektelse av samvær var en krenkelse av retten til familieliv etter art. 8. EMD uttaler følgende i avsnitt 60:

«Furthermore, the Court recalls that in instances where the respective interests of a child and those of the parents come into conflict, Article 8 requires that the domestic authorities *should strike a fair balance* between those interests and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents. *Moreover, family ties may only be severed in "very exceptional circumstances"*» (min kursivering)

Et forhold som ikke direkte gjelder uttalelsenes rettslige kontekst, men som kan sies å ha en kontaktflate mot det kontekstuelle aspektet, er tillegget i kravet til «exceptional circumstances» om at tiltaket må være «motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests» mening. Objektivt sett er det vanskelig å se hva dette tilleggsvilkåret tilfører forholdsmessighetsvurderingen utover hva som allerede er vekten og innholdet i den

---

<sup>104</sup> Strand Lobben avsnittene 207 og 209, Zelikha Magomadova mot Russland avsnitt 98, Uzbyakov mot Russland [J], no. 71160/13 avsnittene 99 og 100, Y.I mot Russland avsnittene 75 og 82 og Pavel Shishkov mot Russland avsnitt 75.



materielle vurderingen av barnets beste<sup>105</sup>. Det gir derfor mening å se dette som en presisjon i lys foreldrenes perspektiv og gjenforening. Det er nettopp hensynet til barnets beste som kan tilsidesette dette gjenforeningsmålet.

#### **4.4 Aune mot Norge og Abdi Ibrahim mot Norge**

Høyesterett hevder som nevnt<sup>106</sup> fratakelse av foreldreansvar og adopsjon er to tiltak som fører til at familiebandet blir «definitively severed», som fordrer bruk av det strenge kravet «exceptional circumstances».

Det skal her illustreres at EMD i Aune mot Norge<sup>107</sup> og Abdi Ibrahim<sup>108</sup> mot Norge ikke har forholdt seg til kravene på en slik måte som Høyesterett legger til grunn. Aune mot Norge er avsagt i 2010, følgelig før Strand Lobben-dommen. Abdi mot Ibrahim er imidlertid avsagt etter Strand Lobben-dommen.

I Aune mot Norge fra 2010 var spørsmålet forelagt for EMD opprettholdelse av omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvaret og adopsjonssamtykke. EMD slår fast at det av formelle årsaker kun er spørsmålene om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon som vurderes. Dette er som nevnt tiltak som Høyesterett hevder inngår i det strenge kravet «exceptional circumstances». EMD oppstiller imidlertid begge kravene i avsnitt 66, altså både «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances».

Abdi Ibrahim mot Norge stammer fra 2019, og her var problemstillingene forelagt for EMD også fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. EMD viste i avsnitt 53 til redegjørelsen av de rettslige premissene som fremgår av Strand Lobben-dommen. EMD uttaler at det ved motstridende interesser mellom barnet og foreldrene må foretas en balansert avveining, før det deretter legges til i avsnitt 54 at «[...] moreover, family ties may only be severed in “very exceptional circumstances”». Etter Høyesterett sin tilnærming er det her kravet til «exceptional circumstances» som skulle vært oppstilt.

---

<sup>105</sup> Se kap. 2.2.

<sup>106</sup> Se kap. 4.1

<sup>107</sup> Aune mot Norge [J] 2010, no. 52502/07.

<sup>108</sup> Abdi Ibrahim mot Norge [J], no. 15379/16.

## 4.5 Oppsummering

Det har blitt illustrert hvordan EMD ikke er konsekvente i bruken av «severed» og «definitively severed», hvordan de to kravene ofte inngår i to ulike kontekster og hvordan EMD ikke førte det skillet som Høyesterett legger til grunn i Aune mot Norge og Abdi Ibrahim mot Norge.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at dette er to ulike krav. En kan forstå hvorfor Høyesterett legger til grunn et skille, det kan ved første øyekast se slik ut, noe som skaper en usikkerhet for rettsanvenderen.

Poenget synes likevel å være at enkeltuttrykk i EMDs rettslige premisser ikke er like gjennomarbeidet og veloverveid som eksempelvis lovtekst eller konvensjonstekst. Derfor kan det bære galt av sted hvis rettsanvenderen utleder nyanser ut fra enkeltstående formuleringer i avgjørelser fra EMD.

# 5 Begrepet «undue hardship»

## 5.1 Innledning

Det ble i forrige kapittel påvist den usikkerhet som hersker rundt forholdet mellom «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances». I dette kapittelet skal det vises at det ikke er en klar forståelse knyttet til begrepet «undue hardship» som en del av de rettslige premissene ved spørsmål om samværsfastsettelse. Det problematiske er særlig om «undue hardship» skal forstås som en tålegrense, og slik sett åpner for å legge større vekt på barnets behovet for ro og stabilitet enn hva skadeklausulen<sup>109</sup> gjør.

I KO-dommen, avsagt i etterkant av Strand Lobben-dommen, inntok EMD i avsnitt 69 for første gang i barnevernsrettslig sammenheng mot Norge uttrykket «undue hardship»:

---

<sup>109</sup> Med skadeklausulen menes at det ikke skal iverksettes tiltak som «would harm the child's health and development», se kap. 2.2

«While the domestic authorities were obliged to facilitate contact to the extent possible without exposing [the child] to *undue hardship*, in order to guard, strengthen and develop family ties, thus enhancing the prospect of being able to reunify the family in the future, the decisions on contact rights in this case aimed instead only at upholding A's cognitive and intellectual understanding of who her parents were [...]».

Uttrykket er i K.O-dommen en del av avgjørelsens subsumsjon. I M.L-dommen inntok imidlertid EMD begrepet som en del av «general principles» i avsnitt 79. For øvrig henviser EMD i M.L-dommens avsnitt 77 til de generelle rettslige premissene som ble utlagt i Strand Lobben-dommen.

Høyesterett tok stilling til begrepet for første gang i HR-2020-662-S avsnitt 69, hvor begrepet ble oversatt til at «[...] myndighetene kan imidlertid ikke fastsette et samvær som utsetter barnet for urimelig belastning».

I det følgende skal det illustreres ulike måter å tolke begrepet ved å se til hvordan norske teoretikere har forstått det. Videre skal det ses til tidligere avgjørelser fra EMD for å undersøke om begrepets innhold kan klarlegges. Deretter skal det ses til hvordan Høyesterett har tolket og anvendt begrepet.

## **5.2 Ulik forståelse av «undue hardship» blant teoretikere**

Begrepet «undue hardship» er isolert sett tvetydig, noe som illustreres ved å se til uenigheten om begrepets innhold og betydning blant teoretikere i det juridiske fagmiljøet. To av disse uttalelsene stammer fra tiden før Høyesterett sin behandling av storkammerdommene i mars 2020.

Sørensen tar til orde for at terminologien i K.O-dommen kan oppfattes som en tålegrense. Denne uttalelsen er fra tiden før storkammerdommene<sup>110</sup>. Sørensen oversetter begrepet «undue hardship» til «uforsvarlig belastning». Etter hensynet til barnets beste skal det ikke iverksettes tiltak som «would harm the child's health or development»<sup>111</sup>, altså en

---

<sup>110</sup> Publiseringsdato for Sørensen (2020) er 27.februar 2020, mens de tre storkammeravgjørelsene fra Høyesterett er publisert 27.mars 2020.

<sup>111</sup> Se pkt. 2.3 om hensynet til barnets beste.

skadeklausul. Hvis terminologien skal forstås slik Sørensen legger til grunn vil det innebære at det kan fastsettes et samvær som ikke effektivt fremmer gjenforeningsmålsettingen dersom samværet etter sin art eller omfang vil medføre en «undue hardship» for barnet. Slik sett legger denne forståelsen til rette for økt vektlegging av hensynet til barnets behov for ro og stabilitet gjennom en tålegrense fremfor en skadeklausul. Sørensen påpeker imidlertid at det er mer uklart om og i hvilken grad barnets behov for ro og stabilitet kan tilsidesette gjenforeningsmålet samtidig med, eller tidlig etter, en omsorgsovertakelse.<sup>112</sup>

Søvig legger tilsynelatende grunn en forståelse som fraviker noe fra den Sørensen presenterer. Også denne uttalelsen dateres tidligere enn storkammerdommene fra Høyesterett i februar 2020<sup>113</sup>. Det er ikke lett å forstå hva Søvig legger i terminologien, men det kan i det minste slås fast at Søvig ikke har en tålegrense tilnærming, slik Sørensen gir uttrykk for:

«I K.O. og V.M. skriver EMD at samværet må utvides mest mulig, uten å utsette barnet for en uforholdsmessig byrde («undue hardship»). Jeg er usikker på om EMD her pålegger barn en for stor belastning. Samvær etter omsorgsovertakelse skal ifølge EMD beskytte, styrke og utvikle familiebandene, og etter mitt syn er de to siste målsetningene ikke innen rekkevidde, selv ved omfattende samvær<sup>114</sup>.»

Sandbergs uttalelse er derimot en reaksjon på Høyesteretts behandling av storkammeravgjørelsene i februar 2020. Som nevnt oversatte Høyesterett «undue hardship» til «urimelig belastning», og Sandberg uttaler i denne forbindelse at:

«Det å sette grensen ved samvær som vil påføre barnet en urimelig belastning, ligner på å si at det skal være så mye samvær som barnet tåler. Barnet skal altså kunne utsettes for en belastning så lenge den ikke er urimelig. Det kan spørres om dette er det samme som å si at det skal være så mye samvær som det er mulig å gi uten å tilsidesette hensynet til barnets beste. [...] Kanskje er forskjellen i realiteten ikke så stor, for det er også i barnets interesse at det tas hensyn til å opprettholde båndene til foreldrene. Det kan hende at betydningen av å bevare en tilknytning veier opp for at barnet må tåle en viss belastning. Spørsmålet blir da hva som

---

<sup>112</sup> Sørensen (2020) s. 114.

<sup>113</sup> Søvig (2020) er publisert 9.januar 2020.

<sup>114</sup> Søvig (2020) s. 15.

ligger i «urimelig». Terskelen må ikke settes for høyt, og alt i alt bør samværets omfang fastsettes ut fra en helhetlig vurdering av en rekke faktorer basert på et faglig grunnlag.»<sup>115</sup>

Dette er altså litteraturens oppfatning av spørsmålet, hvor forståelsen spriker og illustrerer den usikkerhet som knyttes til det rettslige innholdet av «undue hardship», hvor det sentrale er om begrepet skal forstås som en lavere terskel enn hva skade-kriteriet er. Det anliggende i det følgende er å undersøke om tidligere praksis fra EMD gir grunnlag for en forståelse av uttrykket.

### **5.3 Eldre avgjørelser fra EMD**

Det skal her ses til eldre avgjørelser fra EMD, altså avsagt i tiden før Strand Lobben-dommen, for å se hvordan EMD tidligere har benyttet ulike formuleringer som grensen for samværets art og omfang. Problemet med å se til eldre avgjørelser er at potensielt EMDs dynamiske utvikling av EMK, slik begrepet «undue hardship» kan være, ikke kommer til syne<sup>116</sup>. Dette gjelder særlig avgjørelser som er et godt stykke tilbake i tid. Det har likevel en viss veiledning å se til eldre avgjørelser for å undersøke om det er aspekter som kan bidra til forståelse av det rettslige innholdet i «undue hardship».

Enkelte uttrykk som EMD benytter kan minne om en tålegrense-tilnærming, slik Sørensen argumenterer for at begrepet «undue hardship» kan forstås. Imidlertid sentrerer de fleste avgjørelser om skadeklausulen, slik det også gjøres i Strand Lobben-dommen avsnitt 207<sup>117</sup>.

Fremleggelsen i de følgende avsnitt vil være kaustisk. Dette er for å få frem de kontekstuelle siden av de enkelte avgjørelsene og som nærmere belyser tilnærmingen til EMD.

---

<sup>115</sup> Sandberg (2020) s. 157.

<sup>116</sup> Se kap. 3.1

<sup>117</sup> Se kap. 2.3

### 5.3.1 Avgjørelser med skade-kriteriet som det sentrale

I Levin mot Sverige<sup>118</sup> fra 2012 er spørsmålet om morens begrensede samvær overfor hennes tre barn utgjorde en krenkelse av retten til familielivet etter EMK art. 8. Samværet var satt til fire ganger i året á fire timer under tilsyn. EMD uttaler i avsnitt 65 at:

«When the children were taken into public care in 2005, their health and development had already been harmed by the lack of care in their home. [...] The domestic courts found that the applicant's contact rights had to be limited in order to protect the children from further harm to their development and health and to ensure that they would have some stability and calm in their daily life [...]» (min kursivering)

I S.S mot Slovenia<sup>119</sup> fra 2018 er spørsmålet om fratagelse av foreldrerettigheter og etterfølgende adopsjon av det yngste barnet utgjorde et brudd på retten til familielivet etter EMK art. 8. Samværsspørsmålet var ikke en del av klagen, da de nasjonale rettsmidler på dette punktet ikke var uttømt<sup>120</sup>. Likevel uttalte EMD seg om samværsspørsmålet. Her viste EMD til den slovenske domstolens sakkyndig rapport på bakgrunn av at denne ikke var stilt spørsmål ved, og uttalte følgende:

«[...] Due to the applicant's psychological problems, such as emotional unresponsiveness and a lack of empathy, and her negative attitude towards the adoptive parents, contact would be traumatic and harmful for [the child] [...] In this connection, the Court refers to the principle mentioned in paragraph 83 above that a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as *would harm a child's health and development.*» (min kursivering)

Dette illustrer at EMD tidligere har benyttet skadeklausulen som den klare grensen for samværets art og omfang, slik også Strand Lobben-dommen fra 2019 avsnitt 207 legger til grunn.

---

<sup>118</sup> Levin mot Sverige [J] 2012, no. 35141/06.

<sup>119</sup> S.S mot Slovenia [J] 2018, no. 40938/16.

<sup>120</sup> Se kap. 3.2

### 5.3.2 Avgjørelser med en annen tilnærming enn skade-kriteriet?

EMD ser ut til å ha en noe annerledes tilnærming i S.J.P og E.S mot Sverige<sup>121</sup> fra 2018, følgelig avsagt før Strand Lobben-dommen. Det var her et spørsmål om retten til familieliv etter EMK art. 8 var krenket gjennom omsorgsovertakelse og restriksjoner i samværet mellom barna og foreldrene. Tre barn var plassert i fosterhjem som en følge av vold fra far mot familien, manglende emosjonell omsorgsevne hos mor, barnas spesielle omsorgsbehov og bortføringsfare. EMD aksepterte samværsnekt det første halvannen året, og deretter samvær annenhver måned, etter en gradvis utvidelse, ut fra en begrunnelse i avsnitt 119 om blant annet at «their well-being was not put at risk».

I tillegg la EMD vekt på barnas behov for stabilitet og behov for fortsatt positiv utvikling. Sentralt for EMDs standpunkt var også barnas mening, men særlig at svenske myndigheter hadde hatt tilbakeføring som overordnet mål og handlet ut fra dette målet. Dette er tilsynelatende en tilnærming som ikke sentrerer rundt skade-begrepet, til tross for at det er tale om forhold som omfavnes av begrepene «health and development».

Det blir imidlertid synliggjort at det er barnet som står i sentrum for vurderingen. Likevel bidrar ikke avgjørelsen til å oppklare hva EMD forsøker å formulere med en innføring av begrepet «undue hardship». Avgjørelsen er imidlertid egnet til å illustrere at EMD ikke har vært konsekvente i bruken av skade-begrepet som den klare grensen for omfanget av samvær.

I teorien har Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) lagt til grunn at tilnærmingen EMD har i Abdi Ibrahim-dommen er en annen enn skade-kriteriet, og at dette begrepet legger terskelen lavere enn skade-kriteriet<sup>122</sup>.

Abdi Ibrahim-dommen gjaldt adopsjon, men EMD uttaler i avsnitt 57 subsumsjonen at staten har en positiv plikt til å tilrettelegge for: «regular contact in so far as reasonably feasible and compatible [the child's] best interests.» (min kursivering)

Det er klart at EMD benytter seg av en annen terminologi, men uttalelsen må ses i lys av at EMD i avsnitt 53 viser til Strand Lobben-avgjørelsens redegjørelse for de rettslige

---

<sup>121</sup> S.J.P og E.S mot Sverige [J] 2018, no. 8610/1.

<sup>122</sup> NIM (2020) s. 46.

utgangspunktene. Når EMD da viser til barnets «best interests» er det nærliggende å forstå dette som en henvisning til utpenslingen i Strand Lobben, hvorav det fremgår at det ikke skal iverksettes tiltak som «would harm» barnets helse og utvikling<sup>123</sup>. Det er derfor ikke nødvendigvis slik at EMD avviker fra skade-begrepet i Abdi Ibrahim-avgjørelsen.

Det kan slås fast at EMD ikke har vært helt konsekvente ved bruk av skade-kriteriet som grensen for restriksjoner i samværet. Likevel er det vanskelig å finne aspekter ved disse avgjørelsene som bidrar til å utdype forståelsen av det rettslige innholdet av «undue hardship».

## **5.4 Hvordan har Høyesterett forstått «undue hardship»?**

Det skal her illustreres hvordan Høyesterett har forstått begrepet «undue hardship». Høyesterett har tilsynelatende variert noe når det gjelder begrepets innhold og betydning som grense for omfanget av samvær.

For å belyse begrepets rolle og betydning fra Høyesterett, er det være nødvendig å se til større deler av Høyesterett sin angivelse av de rettslige premissene. Dette er derfor gjort i det følgende.

### **5.4.1 HR-2020-662-S**

Høyesterett tolket og anvendte uttrykket for første gang i HR-2020-662-S. På dette tidspunktet var det kun K.O-dommen som var avsagt, hvor uttrykket som nevnt kun var en del av EMDs subsumsjon.

Spørsmålet som ble forelagt Høyesterett i HR-2020-662-S var opprettholdelse av vedtak om omsorgsovertakelse, subsidiært økt samvær. Høyesterett innleder de rettslige utgangspunktene med å vise til barnevernloven § 4-19, før det i avsnittene 126 og 127 vises til de sentrale rettslige utgangspunktene i Strand Lobben-dommen. I avsnitt 129 ser Høyesterett til uttalelsen fra K.O-dommen:

---

<sup>123</sup> Se kap. 2.2.



«Myndighetene kan imidlertid ikke fastsette et samvær som utsetter barnet for *urimelig belastning* – «undue hardship», jf. K.O. og V.M.-dommen avsnitt 69. *Både barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgssituasjonen og foreldrenes mangelfulle samværskompetanse kan etter en konkret vurdering derfor tilsi at samværet begrenses.* Men myndighetene må uavhengig av den antatte lengden på omsorgsovertakelsen – med jevne mellomrom undersøke om omstendighetene har endret seg, og vurdere hvilken betydning dette i tilfelle skal få for samværet.» (min kursivering)

Høyesterett problematiserer ikke at begrepet kun var en del av subsumsjonen i K.O-dommen. Et slikt argument brukte Høyesterett blant annet for å avfeie eksistensen av et minstekrav for omfanget av samvær der gjenforeningsmålet ligger til grunn<sup>124</sup>.

Uttalelsen fra Høyesterett kan lett oppfattes som at «urimelig belastning» er den avgjørende grensen for hvor mye samvær som kan fastsettes, sett fra barnets perspektiv. Dette kommer særlig til syne i avsnitt 137, hvor urimelighetsterskelen løftes frem som det sentrale når Høyesterett skal oppsummere de rettslige utgangspunktene:

«Samvær må fastsettes konkret i hver sak. Ved vurderingen skal barnets beste være det overordnede hensyn. Som utgangspunkt er det barnets beste å bo sammen med sine foreldre. Målsettingen med samværene må derfor være å tilrettelegge for gjenforening. Samvær har dessuten en egenverdi uavhengig av utsiktene til gjenforening, *men det må ikke utsette barnet for urimelig belastning* – «undue hardship». (min kursivering)

Når Høyesterett gir «urimelig belastning» en tilsynelatende sentral plass burde det vært foretatt en drøftelse opp mot gjenforeningsmålet og hensynet til barnets beste, særlig forholdet til at det ikke skal iverksettes tiltak som «would harm the child's health and development». Det vil være sentralt for den materielle vurderingen om «urimelig belastning» skal forstås på samme måte som skade-kriteriet, eller om Høyesterett her mener «urimelig belastning» er en ny terskel for samværfastsettelse.

---

<sup>124</sup> Se kap. 6.2.

Det gjøres ei heller nærmere rede for hva som skal anses som en belastning, eller hva som skal til for at belastningen anses urimelig. Det pekes riktignok i avsnitt 129 på at barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgssituasjonen og foreldrenes manglende samværskompetanse kan føre til begrenset samvær, noe som kan være et argument for at Høyesterett forstår «urimelig belastning» som en tålegrense, slik Sørensen legger til grunn<sup>125</sup>. Likevel synes det ikke å være avklart, og det er vanskelig for rettsanvenderen å forstå Høyesterett legger i begrepet.

#### **5.4.2 HR-2020-1967-A**

Høyesterett formulerer seg annerledes i HR-2020-1967-A. Dommen er avsagt etter K.O-dommen, men før M.L-dommen. Her var spørsmålet om restriksjoner på samværet gjennom telefon og annen digital kontakt utgjorde et brudd på retten til familieliv. Under de rettslige utgangspunktene viser Høyesterett først til uttalelsen fra HR-2020-662-S, før det legges til ytterligere forståelse av begrepet i avsnitt 61:

«Begrepet ‘undue hardship’ – urimelig belastning – som Høyesterett viser til her, er brukt i EMDs dom 19. november 2019 K.O. og V.M. mot Norge [EMD-2016-64808]. Det sentrale i denne sammenheng er at samvær ikke i noe tilfelle, heller ikke der målet om gjenforening må tillegges stor vekt, kan fastsettes slik at barnet utsettes for en slik belastning, se førstvoterendes drøftelse i avsnitt 129. *Det grunnleggende vil, slik det også er fremhevet i det som sitert fra EMDs dom 17. desember 2019 Abdi Ibrahim mot Norge [EMD-2016-15379]1 avsnitt 57, være hva som er rimelig og praktisk gjennomførbart og i overensstemmelse med barnets beste*<sup>126</sup>». (min kursivering)

Høyesterett presiserer videre at det ved fastsettelsen av samværsordningen vil foreldre «[...] ikke ha rett til kontakt dersom det vil skade barnets helse og utvikling».

Høyesterett løfter frem at det styrende for samværsvurderingen er hva som er i overensstemmelse med barnets beste, likevel med den presisering at barnet ikke i noe tilfelle skal utsettes for en urimelig belastning, uten nærmere redegjørelse for hva en slik belastning

---

<sup>125</sup> Se kap. 5.2.

<sup>126</sup> En liknende formulering blir benyttet HR-2020-2081-A avsn. 74.

innebærer, eller hva som skal til for at denne belastningen anses urimelig. Det fremstår også her uklart hvilken betydning og hva det rettslige innholdet av «urimelig belastning» er, særlig overfor at foreldrene ikke har rett til kontakt som vil skade barnets helse og utvikling.

### 5.4.3 HR-2021-474-A

I HR-2021-474-A – som for øvrig er avsagt i etterkant av M.L-dommen – var spørsmålet om økt samvær mellom barnet og foreldrene. Høyesterett uttaler under de rettslige utgangspunktene avslutningsvis i avsnitt 40 at «samværsordningen må uansett ikke utsette barnet for en urimelig belastning, jf. HR-2020-662-S avsnitt 129.»

Videre uttales i avsnitt 45 at:

«I to etterfølgende dommer fra Høyesterett er det understreket at uttrykket «urimelig belastning» – «undue hardship» – *ikke betyr at samværsomfanget skal legges nært opp til denne grensen, jf. HR- 2020-1967-A avsnitt 61 og HR-2020-2081-A avsnitt 74. Dette har sammenheng med at det under ingen omstendighet kan gis et samvær som vil skade barnets helse eller utvikling, jf. Strand Lobben-dommen [EMD-2013-37283-2]1 avsnitt 207. Det er grunn til å presisere at det ikke er en nødvendig motsetning mellom begrenset samvær i en periode og gjenforening, når gjenforening ikke er realistisk på kort sikt*». (min kursivering).

Høyesterett trekker en tydelig linje mellom «urimelig belastning» og at foreldrene ikke vil ha rett til samvær som vil skade barnets helse eller utvikling. Høyesterett presiserer det er en sammenheng mellom disse, uten å presisere nærmere hva denne sammenhengen rent faktisk innebærer. Det er uklart om Høyesterett peker på at det er en sammenheng i form av at begge utgjør en skranke for hvilket samvær som kan pålegges barnet, eller om Høyesterett mener det er en sammenheng i den forstand at det er sammenfallende rettslig innhold, og slik sett kun to ulike formuleringer av det samme.

## 5.5 Oppsummering

Det er vist til hvordan teoretikere i det juridiske miljøet forstår begrepet «undue hardship» eller «urimelig belastning» som ulikt.

Det er illustrert hvordan EMD i all hovedsak ut fra tidligere avgjørelser har vist til skadekriteriet som det sentrale for samværsfastsettelsen, slik som også kan leses i Strand Lobbendommen, til tross for at det finnes eksempler hvor EMD tilsynelatende har hatt en annen tilnærming.

Det er vanskelig å forstå hva EMD mener ved å innta «undue hardship» fra K.O-dommen og M.L-dommen. Dette illustreres når Høyesterett manøvrerer seg i samværsspørsmålet. Høyesterett er ikke tydelig på hvilken rolle begrepet har. Det er eksempler på at Høyesterett fremholder «urimelig belastning» som det sentrale ved spørsmål om samværsrestriksjoner, samtidig som Høyesterett også tilsynelatende forsøker å nedtone dets betydning. En årsak til Høyesteretts tilsynelatende usikkerhet kan være at den anser rettsfeltet for å være i bevegelse, og ikke ønsker å ta del i utviklingen av konvensjonen<sup>127</sup>.

Konsekvensen av det som er illustrert ovenfor er at beslutningstakerne ikke har det klart for seg hva begrepet «undue hardship» tilfører forholdsmessighetsvurderingen, noe som er uheldig for rettssikkerheten.

---

<sup>127</sup> Se kap. 3.2.

## 6 Minstekrav til omfanget av samvær dersom gjenforeningsmålet ikke er forlatt

### 6.1 Innledning

Vi har nå sett på usikkerheten knyttet til det rettslige innholdet av «undue hardship». Det neste elementet i forholdsmessighetsvurderingen som skal behandles, er om det eksisterer et minstekrav til omfanget av samvær dersom gjenforeningsmålet ligger til grunn. Kapittelet illustrer den usikkerhet som hersker rundt dette spørsmålet.

Spørsmålet er uklart på bakgrunn av uttalelser fra EMD i K.O-dommen og M.L-dommen fra henholdsvis 2019 og 2020. I K.O-dommen var spørsmålet om omsorgsovertakelse og restriksjoner i samværet krenket retten til familieliv etter EMK art. 8. Under subsumsjonen uttaler EMD i avsnitt 69:

«The Court emphasises that family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even – as in the instant case – as much as months, between each contact session.»

Denne uttalelsen er senere fulgt opp i M.L-dommen avsnitt 79, hvor utsagnet er inntatt som en del av «general principles»: «Family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session»

EMD har her gitt uttalelsen et mer generelt preg ved å utelate uttrykket «as in the instant case», noe som gir uttalelsen et generelt preg. Etter en isolert terminologisk forståelse kan det argumenteres for at dette uttrykket peker i retning av å være et minstekrav, og slik sett en absolutt skranke på hvilke restriksjoner det kan legges på samværet der gjenforeningsmålet ligger til grunn. Det er likevel ikke helt klart, blant annet på bakgrunn av begrepet «normally» som peker i retning av at det ikke kan forstås så strengt som en absolutt skranke. Imidlertid bør rettsanvenderen – som tidligere nevnt<sup>128</sup> – utvise varsomhet ved å utlede nyanser basert på

---

<sup>128</sup> Se kap. 4.5.

hårfine tolkninger av enkeltuttrykk som er del av domspremisser. Dette viser at det fremstår usikkert hva EMD forsøker å formidle.

Det skal derfor undersøkes om det er argumenter som trekker i retning av at dette er, eller ikke er, et minstekrav. Det første som skal behandles er hvordan Høyesterett har forstått dette uttrykket fra EMD. Videre skal det ses til praksis fra EMD som Høyesterett viser til i sin argumentasjon. Avslutningsvis stilles det spørsmål ved om et minstekrav er forenlig med forholdsmessighetskravet.

## 6.2 Høyesteretts forståelse av uttrykket

Det skal her illustreres hvordan og hvorfor Høyesterett har avfeid uttalelsen som angivelse av et minstekrav til samværsrestriksjoner. Uttrykket har blitt løftet frem av Høyesterett i HR-2020-662-S og HR-2021-474-A.

I HR-2020-662-S tar Høyesterett stilling til hvordan uttalelsen skulle forstås, riktignok kun på bakgrunn av K.O-dommen, hvor uttalelsen som nevnt kun var en del av EMD-avgjørelsens subsumsjon. Spørsmålene som Høyesterett avgjør i HR-2020-662-S er primært om omsorgsovertakelsen skulle oppheves, subsidiært økt samvær.

Foreldrene anfører i lys av det subsidiære kravet at uttalelsen fra K.O-dommen peker i retning av å være et minstenivå for samværsfastsettelsen. Høyesterett avviser at uttalelsen skal forstås slik. Argumentasjonen til Høyesterett i avsnitt 132 er konsentrert rundt at uttalelsen i K.O-dommen utelukkende var en del av subsumsjonen, og slik sett bærer preg av å være en konkret uttalelse i lys av de faktiske forholdene, herunder at det var tale om et velfungerende barn hvor de tidligere samværene var gode.

Høyesterett viser videre til Levin mot Sverige og avvisningssakene J.M.N og C.H mot Norge<sup>129</sup>, samt I.D mot Norge<sup>130</sup>, for å vise til som eksempler på at EMD har fastsatt færre samvær etter en konkret vurdering. At EMD i tidligere avgjørelser har akseptert et lavere samværsnivå er altså et argument fra Høyesterett sin side om at en uttalelse i en relativt ny EMD-avgjørelse ikke kan forstås som en minstekrav.

---

<sup>129</sup> J.M.N og C.H mot Norge [A] 2016, no. 3145/16.

<sup>130</sup> I.D mot Norge [A] 2017, no. 51374/16.

Det er et treffende argument at uttalelsen bærer preg av å være knyttet mot de saksspesifikke omstendighetene, særlig på bakgrunn av uttrykket «as in the instant case» i K.O-dommen. Som det skal illustreres i punkt 6.3 synes imidlertid ikke henvisningen til eldre EMD-avgjørelser å være et særlig sterkt argument.

Uttalelsen ble på ny gjenstand for tolkning i HR-2021-474-A, da på bakgrunn av at uttalelsen i M.L-dommen var en del av EMDs «general principles». Høyesterett legger til grunn i avsnitt 40 at EMD gjennom uttalelsen løfter frem det «generelle rettslige utgangspunktet om at løpende og hyppig samvær er sentralt for å sikre gjenforening». Utover dette henviser Høyesterett verken til andre tolkningsargumenter eller uttalelsene fra HR-2020-662-S.

Til tross for at det her ikke var en anførsel om at uttalelsen skal forstås som et minstekrav, kan det synes å være en svakhet at Høyesterett ikke tar opp tråden fra HR-2020-662-S, særlig på bakgrunn av at deres sterkeste argument i form av at uttalelsen i K.O-dommen kun var en del av subsumsjonen, nå ikke lenger er relevant.

### **6.3 Eldre EMD-avgjørelser og eksistensen av et minstekrav til samværsfastsettelse**

Det skal i dette avsnittet ses til de EMD-avgjørelser som Høyesterett viser til i HR-2020-662-S avsnitt 133, altså Levin mot Sverige og avvisningssakene I.D mot Norge og J.M.N og C.H mot Norge. Høyesterett brukte som nevnt resultatet i disse dommene som et argument for å utelukke eksistensen av et minstekrav. Det skal illustreres at Høyesterett synes å ha et noe snevert syn når de utelukkende ser til disse EMD-avgjørelsens resultater.

Ettersom det er tale om relativt få saker, er det nødvendig å redegjøre for noe av den kontekst som de enkelte avgjørelsene er avsagt i lys av, særlig på bakgrunn av at Høyesterett utelukkende trekker konklusjoner basert på antall samvær EMD oppstiller i disse avgjørelsene. Dette medfører at fremstillingen blir noe kasuistisk. Det er imidlertid også viktig å påpeke at disse avgjørelsene er avsagt før M.L-dommen.

I avvisningssaken J.M.N og C.H mot Norge fra 2016 var anførselene for EMD at det forelå kreneksle av EMD art. 8 på bakgrunn av vedtak om omsorgsovertakelse og

samværsrestriksjoner. Samværet var fastsatt til tre ganger i året á to timer<sup>131</sup>. Barnet i den aktuelle saken var ansett som et sårbart barn med spesielle behov for kontakt og emosjonell interaksjon. Disse var ikke foreldrene i stand til å imøtekomme på daværende tidspunkt. EMD presiserte i avsnitt 28 videre at de nasjonale domstolene hadde vurdert alle aspekter av saken og fokusert på hva som var til det beste for barnet. EMD la også i avsnitt 29 vekt på at foreldrene «maintain contact», og hadde mulighet for en revurdering etter 12 måneder på bakgrunn av bvl. § 4-19 siste ledd. På bakgrunn av dette konkluderte EMD i avsnittene 31 og 32 med at forholdsmessighetskravet var overholdt, og klagen var åpenbart grunnløs.

I avvisningssaken I.D mot Norge fra 2017 var spørsmålet for EMD også her om art. 8 var krenket på bakgrunn av vedtak om omsorgsovertakelse og samværsbegrensning. EMD la til grunn at mors omsorgsevner og barnets sårbarhet hadde vært vurdert i detalj i flere omganger av både sakkyndige, barneverntjenesten, fylkesnemnda og tingretten. Samværet var fastsatt til seks ganger i året á tre timer. EMD poengterer i avsnitt 64 at den anser det nasjonale domstolsorganet som best egnet til å vurdere de faktiske forholdene, og at den anser den nasjonale domstolenes begrunnelse som tilstrekkelig. Videre ble det vist til i avsnitt 65 at mor «maintains contact with [the child]», og at det var å mulig å kreve sak om samvær etter tolv måneder på bakgrunn av barnevernloven § 4-19 siste ledd. Tiltakene var ikke i strid med forholdsmessighetskravet, og klagen ble derfor i avsnittene 66 og 67 ansett av EMD som åpenbart grunnløs.

I Levin mot Sverige fra 2012 var spørsmålet utelukkende knyttet til samvær mellom foreldrene og deres tre barn. Samværet var fastsatt til to årlige samvær til hver av foreldrene i en periode på to år, og senere skulle denne økes til fire årlige samvær med mor og to årlige samvær med far (avsnittene 19 til 37). EMD presiserte i avsnitt 64 at det i hovedsak er barnets beste som er av avgjørende betydning, og at det «contact rights had to be limited in order to protect the children from further harm to their development and health and to ensure that they would have some stability and calm in their daily life (...)»<sup>132</sup>. Det ble også i avsnitt 67 lagt vekt på at barna hadde hatt negative reaksjoner på samvær, før det avslutningsvis poengteres i avsnitt 69 at samværsrestriksjonene ble gjort for å beskytte barnets beste, og at tiltaket fremsto proporsjonalt overfor foreldrene i lys av skjønnsmarginen.

---

<sup>131</sup> J.M.N og C.H-dommen avsnitt 6.

<sup>132</sup> Levin mot Sverige [J] 2012, no. 35141/06 avsnitt 65.



Når de faktiske forhold ved disse tre avgjørelsene undersøkes nærmere, synes det noe snevert å bruke disse avgjørelsene utelukkende på bakgrunn av sitt resultat som et argument for at det ikke eksisterer et minstekrav, slik Høyesterett gjør. Til tross for at EMD ikke tydelig uttrykker at gjenforeningsmålet er tilsidesatt av hensynet til barnets beste er det uttalelser i avgjørelsene som peker i den retning.

Etter dette synes ikke henvisninger til disse avgjørelsene å være et godt argument for å utelukke eksistensen av et minstekrav.

## **6.4 Er et minstekrav til samværsfastsettelsen forenlig med forholdsmessighetskravet?**

Slik det er illustrert ovenfor er det vanskelig å slå fast om det eksisterer et minstekrav til samværsfastsettelsen der gjenforeningsmålet ligger til grunn. Det kan derfor spørres om et minstekrav er forenlig med et forholdsmessighetskravet, på bakgrunn av de fundamentale hensyn og utgangspunktene som er klarlagt fra EMD som gjeldende EMK-rett.

Grunner til å oppstille en standardnorm kan søkes ut fra betraktninger om å gjøre rettsanvendelsen enklere, samtidig som en potensiell standardnorm vil øke forutberegneligheten for alle både de involverte parter og aktørene som fatter avgjørelser.

Et minstekrav vil imidlertid være et steg bort fra et utgangspunkt om at samværsspørsmålet skal avgjøres etter en konkret og individuell vurdering<sup>133</sup> som tar hensyn til de saksspesifikke forholdene. En konkret vurdering er en del av fundamentet bak forholdsmessighetskravet, i den forstand at det bare kan iverksettes tiltak fra myndighetene så langt de konkrete forholdene i saken rekker, og slik sett taler dette argumentet mot et minstekrav<sup>134</sup>.

Videre skal det ved motstridende interesser mellom foreldrene og barnet foretas en «fair balance» mellom «the relevant competing interests», hvor hva som er til det beste for barnet vil kunne overstyre foreldrenes dersom «their nature and seriousness» skulle tilsi det. (jf.

---

<sup>133</sup> HR-2020-662-S avsnitt 124.

<sup>134</sup> Se kap. 2.1.

Strand Lobben m. fl mot Norge [GC], no. 37283/13 avsnitt 206) Et minstenivå skaper mindre fleksibilitet i lys av dette aspektet, på den måten at det ville automatisk blitt konstatert krenkelse av gjenforeningsmålet dersom minstenivået ikke er overholdt.

Det klare utgangspunktet etter EMK-retten og forholdsmessighetsvurderingen er at det minste inngrep som tilfredsstillende kan realisere formålet, skal velges<sup>135</sup>. Myndighetene skal således ikke gjøre et større inngrep enn hva forholdene tillater. Videre har utgangspunktet om gjenforening også et progressivt element, slik at myndighetene vil ha en økende grad av positiv plikt til å legge til rette for gjenforening<sup>136</sup>. Disse forholdene legger en demper på nødvendigheten av et minstekrav til samværet ved gjenforeningsmålet.

Den kan på bakgrunn av dette konstateres at det er enkelte forhold i det allerede utlagte hensynet til barnets beste som en del av forholdsmessighetsvurderingen, som kan bli truet eller i det minste nedtonet av eksistensen av et minstekrav. Det er også aspekter i forholdsmessighetskravet som demper nødvendigheten av et minstekrav. Dette er likevel ikke sterke nok argumenter til at det kan svares kategorisk at et minstekrav til samværsfastsettelsen ikke er forenlig med forholdsmessighetskravet.

## 6.5 Oppsummering

Det har i dette kapitlet blitt illustrert at det er en usikkerhet vedrørende hvorvidt det eksisterer et minstekrav for samværet der gjenforeningsmålet ligger til grunn.

Det foreligger ikke nyere avgjørelser enn M.L-dommen som gir bidrag til forståelsen fra EMD sin side. Høyesterett synes ikke å være særlig overbevisende i sin argumentasjon om at uttrykket ikke kan forstås som et minstekrav. Det kan spørres om Høyesterett her er tilbakeholdne på bakgrunn av at rettsfeltet er i endring, og det i all hovedsak er EMD som skal stå for denne utviklingen<sup>137</sup>.

Videre har det blitt påvist at enkelte forhold i de allerede utlagte hensynet til barnets beste kan bli nedtonet av en potensiell eksistens av et minstekrav, men at dette ikke kan være ledende mot en konklusjon, ettersom rettsfeltet er dynamisk.

---

<sup>135</sup> Se kap. 2.1.

<sup>136</sup> Strand Lobben-dommen avsnitt 208.

<sup>137</sup> Se kap. 3.1

## 7 Avslutning

I kapittel 3 er det illustrert hvordan det er enkelte ulikheter mellom den nasjonale domstols og EMD i funksjon og perspektiv. Særlig kan det dynamiske elementet av EMK-retten trekkes frem som en mulig forklaring på usikkerheten. Det er et rettsfelt som virker å være i bevegelse, noe som kan være svaret på hvorfor Høyesterett fremstår avventende og lite konsis i sin utgreiing og forståelse av disse tre elementene i oppgavens problemstilling.

Det har i kapittel 4 blitt vist til hvordan det fremstår usikkert om det er en realitetsforskjell mellom uttrykkene «very exceptional circumstances» og «exceptional circumstances» med tilleggskravet «an overriding requirement pertaining to the child's best interests». Høyesterett legger tilsynelatende til grunn et skille, uten at dette i det utvalget som er gjort av EMDs praksis i denne oppgaven, synes å være klart at et slikt skille eksisterer.

I kapittel 5 er det vist til usikkerheten rundt forståelsen av at samværet ikke skal utsette barnet for «undue hardship», som Høyesterett oversetter til «urimelig belastning». Særlig har Høyesterett fremstått noe tilbakeholdne ved å tilsynelatende ha variert i begrepets rettslige innhold og dens rolle i vurderingen av samværsfastsettelsen.

Kapittel 6 er det vist til hvordan betydningen av uttrykket «family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session» er usikkert. Høyesterett forsøker å forstå begrepet, men er ikke særlig overbevisende i sin argumentasjon eller i sine henvisninger til tre eldre avgjørelser fra EMD som grunnlag for sin forståelse. Det har også blitt illustrert hvordan eksistensen av et minstekrav til samværsfastsettelsen der gjenforeningsmålet ligger til grunn kan være nedtonende overfor enkelte elementer i hensynet til barnets beste slik det er utlagt blant annet i Strand Lobben-dommen, uten at dette alene er egnet til å gi svar på eksistensen av et minstekrav.

Felles for disse tre elementene i forholdsmessighetsvurderingen er at det ikke kan svares klart på hva deres rolle i forholdsmessighetsvurderingen og deres rettslige innhold er. En årsak til dette er at EMD ikke foretar en tilstrekkelig utgreiing av det rettslige innholdet av begreper og uttrykk. Dette gjør at Høyesterett tilsynelatende strever med å få grep om blant annet disse tre

elementenes rolle i forholdsmessighetsvurderingen. Samtidig som Høyesterett er tilbakeholden med å utvikle EMK-retten, det er som utgangspunkt EMDs anliggende.

Konsekvensen av dette er en rettsusikkerhet som er uheldig for beslutningstakerne i de kommunale barneverntjenestene, i fylkesnemndene og domstolene. Dette medfører også at rettsstilstanden er forutberegnelig for de involvert parter, samtidig som usikkerheten også er egnet til å skape utfordringer for lovgiver.

# Kildeliste

## Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018
- Bendiksen og Haugli (2018) Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Bendiksen og Haugli (2021) Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2021.
- Hauge (2016) Hauge, Hilde, *Løsøreerverters kreditorvern*, Fagbokforlaget 2016.
- Haugeli (2000) Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2000.
- Kjølbrot (2020) Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention- for praktikere*, 5. utgave, Justist- og økonomforbundets forlag 2020.
- Köhler-Olsen (2019) Köhler-Olsen, Julia, «EMD: Strand Lobben med flere mot Norge- betydningen for norsk barnevern», *Tidsskrift for velferdsforskning*, Årgang 22, nr. 4-2019 s. 341-346, 2019.
- NIM (2020) Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), «Hvorfor dømmes Norge i EMD», 2020.
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1.utgave, Gyldendal 2003
- Sandberg (2020) Sandberg, Kirsten, «Storkammeravgjørelsene om barnevern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02/2020 (Volum 18), s.

- Settem (2016) Settem, Ola Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens venner*, 03/16, s. 118 – 141, 2019.
- Sen og Broadhurst (2011) Sen, Robin and Karen Broadhurst, “Contact between children in out-of-home placements and their family and friends networks: a research review”, *Child & Family Social Work*, 16(3), 298-309, Blackwell Publishing Ltd 2011.
- Stang og Baugerud (2018) Stang, Elisabeth Gording og Gunn-Astrid Baugerud, «Samvær etter omsorgsovertakelse- En barnefaglig og juridisk utredning», OsloMet Rapport 2018 nr. 10.
- Strand og Larsen (2017) Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, 1. utgave, Gyldendal 2017
- Søreide (2017) Søreide, Christel, «Grensen mellom fast og midlertidig fastsettelse», *Arbeidsrett 2017* s. 113–127.
- Sørensen (2004) Sørensen, Christian Børge, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydning for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004, s. 134-196.
- Sørensen (2020) Sørensen, Christian Børge, «Langvarige fosterhjemsplasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8», *Lov og rett* vol 59, nr 2 2020, s. 103-122

Søvig (2019)

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

## **Norske lover og forskrifter**

Lov 17.september 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

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

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

## **Forslag til lovvedtak**

Prop. 133 L (2020-2021)

Prop. 133 L (2020-2021) Proposisjon til lovvedtak, Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.

## **Konvensjoner**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, vedlegg 2 til menneskerettsloven)

The United Nations Convention on the Rights of the Child. 20. November 1989. (barnekonvensjonen, vedlegg 8 til menneskerettsloven).



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

Abdi Ibrahim mot Norge [J], no. 15379/16, ECHR:2019:1217JUD001537916

A.I mot Italia [J], no. 70896/17, ECHR:2021:0401JUD007089617

A. m. fl. mot Storbritannia [GC] 2009, no. 3455/05, ECHR:2009:0219JUD000345505

A.S mot Norge [J], no. 60371/15, ECHR:2019:1217JUD006037115

Aune mot Norge [J], no. 52502/07, ECHR:2010:1028JUD005250207

Chapman mot Storbritannia [J], no. 27238/95, ECHR:2001:0118JUD002723895

Connors mot Storbritannia [J] 2004, no. 66746/01, ECHR:2004:0527JUD006674601.

Cooper mot Storbritannia[J], no . 48843/99, ECHR:2003:1216JUD004884399

Dolhamre mot Sverige [J], no. 67/04, ECHR:2010:0608JUD000006704

Fogarty mot Storbritannia [J], no. 37112/97, ECHR:2001:1121JUD003711297

Gerger mot Tyrkia [J], no. 24919/94, ECHR:1999:0708JUD002491994

Gnahoré mot Frankrike [J], no. 40031/98, ECHR:2000:0919JUD004003198

Handyside mot Storbritannia [J], no. 5493/72, ECHR:1976:1207JUD000549372

Hernehult mot Norge [J], no. 14652/16, ECHR:2020:0310JUD001465216

I.D mot Norge [J] no. 51374/16, ECHR:2017:0404DEC005137416

Incal mot Tyrkia [J], no. 41/1997/825/1031, ECHR:1998:0609JUD002267893

J.M.N and C.H mot Norge, no. 3145/16, ECHR:2016:1011DEC000314516

Johansen mot Norge [J], no. 17383/90, ECHR:1996:0807JUD001738390

Karpenko mot Russland [J], no. 5605/04, ECHR:2012:0313JUD000560504

K. og T mot Finland [GC], no. 25702/94, ECHR:2001:0712JUD002570294

K.O og V.M mot Norge [J], no. 64808/16, ECHR:2019:1119JUD006480816

Konstantin Marvin mot Russland [GC], no. 30078/06, ECHR:2012:0322JUD003007806

Levin mot Sverige [J], no. 35141/06, ECHR:2012:0315JUD003514106

López Ribalda m. fl. mot Spania [GC] 2019, nos. 1874/13 and 8567/13, ECHR:2019:1017JUD000187413

M.L mot Norge [J], no. 64639/16, ECHR:2020:1222JUD006463916

Neulinger og Shuruk mot Sveits [J], no. 41615/07, ECHR:2010:0706JUD004161507

Olsson mot Sverige nr. 1 [J] 1988, no. 10465/83, ECHR:1988:0324JUD001046583

Pavel Shishkov mot Russland [J], no. 78754/13, ECHR:2021:0302JUD007875413

Pedersen m.fl mot Norge [J], no. 39710/15, ECHR:2020:0310JUD003971015

R. og H. mot Storbritannia [J] 2011, no. 35348, ECHR:2011:0531JUD003534806

S.J.P og E.S mot Sverige, no. 8610/11, ECHR:2018:0828JUD000861011

S.S mot Slovenia [J], no. 40938/16, ECHR:2018:1030JUD004093816

Strand Lobben m.fl mot Norge [GC], no. 37283/13, ECHR:2019:0910JUD003728313

Tyrer mot Storbritannia [J], no. 5856/72, ECHR:1978:0425JUD000585672

Uzbyakov mot Russland [J], no. 71160/13, ECHR:2020:0505JUD007116013

Y.I vi .Russland [J], no. 69968/14, ECHR:2020:0225JUD006886814

Zelikha Magomadova mot Russland [J], no. 58724/14, ECHR:2019:1008JUD005872414

## **Høyesterettspraksis**

Rt. 2005 s. 833.

Rt. 2012 s. 1832

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-2081-A

HR-2021-474-A

HR-2021-475-A

HR-2021-476-A