

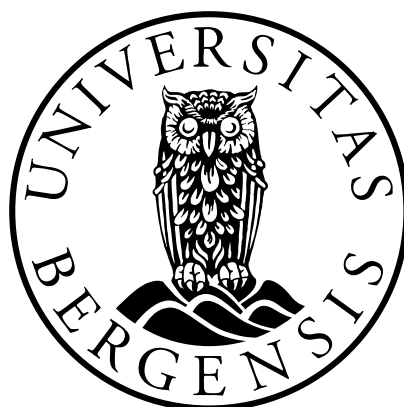
Domstolsbegrunnelsens betydning for EMDs kontroll av barnevernssaker mot EMK artikkel 8

Særlig om prosessorientert kontroll

Kandidatnummer:

Antall ord: 37 461

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen. Forord
forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

23. juli 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Struktur og avgrensninger.....	3
1.3	Det prosessuelle, det materielle og begrunnelsens plassering	3
1.3.1	Skillet prosessuelt / materielt.....	3
1.3.2	Begrepet «begrunnelse» i avhandlingen og ellers	5
1.3.3	EMK påvirker nasjonale begrunnelser på to måter	6
2	Metode.....	7
2.1	Rettsvitenskap, juridisk metode og rettsdogmatikk	7
2.2	Metodiske spørsmål tilknyttet EMDs dommer	8
2.2.1	Utvalget av avgjørelser.....	8
2.2.2	Slutning	8
2.2.3	Skillet mellom EMDs tolking og kontroll	9
3	Hensyn, funksjoner og regulering	11
3.1	Hvorfor skal rettsavgjørelser begrunnes?	11
3.1.1	Innledning.....	11
3.1.2	Rasjonell og legitim maktutøvelse	11
3.1.3	Materielt riktig resultat	11
3.1.4	Aksept for avgjørelsen.....	12
3.1.5	Anketekniske funksjoner	12
3.1.6	Effektivitetshensynet som begrensning på begrunnelsesplikten	13
3.1.7	Domstolshierarkiets betydning for hvordan begrunnelsen bør skrives	13
3.2	Regulering av begrunnelse av rettsavgjørelser	14
3.2.1	Innledning.....	14
3.2.2	Konstitusjonell og menneskeligrettslig forankring. Særlig om EMK artikkel 6	14
3.2.3	Twisteloven § 19-6. Norsk begrunnelsessystematikk	16

3.2.4	Barnevernloven § 7-19	18
4	De materielle reglene	19
4.1	Introduksjon	19
4.2	EMK artikkel 8's materielle elementer	19
4.2.1	Virkeområdet og vilkår for inngrep	19
4.2.2	Nødvendig i et demokratisk samfunn – proporsjonalitetsvurderingen	20
4.2.3	Gjenforeningsmålet	22
4.2.4	Barnets beste etter EMD praksis	23
4.2.5	Oppsummert	24
4.3	Sentrale tiltak i barnevernloven. Hva må begrunnes?	24
4.3.1	Introduksjon og barnets beste i norsk rett	24
4.3.2	Omsorgsovertakelse	25
4.3.3	Samværsfastsettelse	26
4.3.4	Fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon	27
4.4	Verdikonflikt	28
5	EMDs prosessorienterte kontroll	29
5.1	Innledning. EMDs kompetanse og funksjon	29
5.2	Subsidiaritetsprinsipp, fjerdeinstansdoktrine og skjønnsmargin	30
5.3	EMDs prosessorienterte kontroll	32
5.3.1	EMDs to tidsepoker	32
5.3.2	Prosessuell dreining – to hovedkategorier	33
5.3.3	Nærmere om prosessorientert kontroll	34
5.3.4	Fordeler og ulemper ved prosessorientert kontroll	37
5.4	EMK artikkel 8's prosessuelle side og subsidiaritet	38
6	EMD, barnevern og begrunnelse. 1980 til 2019	41
6.1	Introduksjon	41
6.1.1	Problemstilling og metode	41

6.1.2	Tre tolkingsalternativer: «relevant and sufficient reasons».....	42
6.2	1980–1989. Fasen for materiell implementering sin start.....	43
6.2.1	Generelt i EMD. Gryende selvtillit	43
6.2.2	De første barnevernssakene.....	44
6.2.3	Olsson nr. 1: «relevant and sufficient reasons»	44
6.3	1990–1999. Fasen for materiell implementering skyter fart.....	48
6.3.1	Generelt i EMD. Oppblomstring	48
6.3.2	Utvikling på barnevernsfeltet. Krav til begrunnelse etter artikkel 6	49
6.3.3	Johansen v Norge	51
6.4	2000–2009. Fasen for materiell implementering når sitt toppunkt.....	53
6.4.1	Generelt i EMD. Saksekspløsjon.....	53
6.4.2	Storkammersakene fra 2000–2003.....	54
6.4.3	K.A. 2003. Begrunnelse som prosessuell garanti?	57
6.4.4	Görgülü 2004. Høydepunktet i fasen for materiell implementering.....	59
6.5	2010–2019. Fasen for prosessuell implementering.....	60
6.5.1	Generelt i EMD. Kritikkk og subsidiaritet	60
6.5.2	Aune v. Norge fra 2010.....	62
6.5.3	Kravet om «in-depth examination»	63
6.5.4	Norsk barnevern under lupen	67
6.5.5	Lazoriva 2018. Proessorientert kontroll og begrunnelse som prosessuell garanti ...	73
6.6	Oppsummering 1980–2019.....	74
7	Strand Lobben i storkammer og etterfølgende praksis	77
7.1	Strand Lobben i storkammer 2019.....	77
7.1.1	Bakgrunn og dommens vota.....	77
7.1.2	Førstevotumets prosessuelle krenkelse.....	78
7.1.3	Hvilke avgjørelser kan tas i betraktning? Andrevotumets materielle krenkelse	80

7.1.4	Dissensvotumet	82
7.1.5	Hva er dommen prejudikat for?.....	83
7.1.6	Institusjonelle, funksjonelle og kulturelle betraktninger	84
7.2	Dommene fra november og desember 2019	85
7.3	Dommene fra mars 2020.....	89
7.4	Avgjørelsene fra desember 2020	91
7.5	Avgjørelsene fra juli 2021	94
7.6	En ekskurs til dommene mot Russland	98
7.7	Oppsummering.....	99
8	Avsluttende betraktninger	100
8.1	Begrunnelseens betydning	100
8.2	Kommentar til skjerpede begrunnelseskrav i norsk rett.....	101
	Kildeliste.....	105
	Litteratur.....	105
	Internasjonale konvensjoner mv.....	122
	Konvensjoner.....	122
	Dokumenter fra Europarådet og tilhørende organer.....	123
	Norske lover og forskrifter	123
	Forarbeider og andre offentlige dokumenter.....	124
	Norges offentlige utredninger (NOU)	124
	Andre offentlige dokumenter	125
	Norske dommer og avgjørelser	126
	Høyesterett.....	126
	Lagmannsretter	127
	Tingretter.....	127
	Fylkesnemnder	128

EMDs dommer og avgjørelser	128
1970-tallet.....	128
1980-tallet.....	129
1990-tallet.....	130
2000-tallet.....	130
2010-tallet.....	132
2020-tallet.....	134
Rapporter	135
Nettsider	135
Annet	136

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Siden 2018 har Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) dømt Norge for krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 om rett til respekt for familieliv, i 11 barnevernssaker.¹ Siden 2015 har EMD kommunisert 39 saker for norske myndigheter, og en rekke av disse er ennå ikke behandlet.² Dette er historisk høye tall, og norske myndigheter har naturligvis respondert på kritikken. I mars 2020 kom Høyesteretts storkammer frem til at dommene *ikke* gir grunnlag for å tolke den norske barnevernloven innskrenkende.³ Høyesterett presiserte imidlertid at barnevernloven må

«[...] praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis. Her er det særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og hjelpetiltak. Vedtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, inneholde en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse.»⁴

I april 2021 la Barne- og familiedepartementet frem forslag til ny barnevernslov for Stortinget.⁵ Lovforslaget bygger i stor grad på Høyesteretts dommer. I juni 2021 vedtok Stortinget forslaget med mindre endringer.⁶ I proposisjonen uttaler departementet at

«[k]ritikken fra EMD har i hovedsak vært rettet mot barnevernsmyndighetenes og domstolenes avgjørelsesgrunnlag og begrunnelser, herunder i tilknytning til myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening av barn og foreldre.»⁷

¹ Kildene er ajourført per 21. juli 2021.

² Se oversikt i Søvig/Vindenes (2020) s. 195.

³ HR-2020-661-S avsnitt 170. Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.

⁴ HR-2020-661-S avsnitt 171.

⁵ Arbeidet med ny lov begynte da barnevernlovutvalget ble nedsatt i 2014, og så avga NOU 2016: 16. Noen av forslagene ble fulgt opp ved Lov om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre) 20. april 2018 nr. 5, se Prop. 169 L (2016–2017). Deretter utarbeidet departementet et høringsnotat på 491 sider, som ble sendt på høring i april 2019, jf. Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov, april 2019. Høringssvarene er inkorporert i Prop. 133 L (2020–2021) fra april 2021.

⁶ Innst. 625 L (2020–2021) og Lovvedtak 173 (2020–2021).

⁷ Prop. 133 L (2020–2021) s. 15 andre spalte.

Norske myndigheter har altså lagt til grunn at EMDs kritikk mot det norske barnevernet i stor grad retter seg mot prosessuelle forhold, og særlig *begrunnelsen*. Det har lenge vært kjent at EMDs kontroll av barnevernssaker mot EMK artikkel 8 på barnevernsfeltet, inneholder et komplekst samspill mellom prosessuelle og materielle elementer.⁸ Når det gjelder EMDs praksis generelt, har en rekke forfattere avdekket en mer prosessorientert kontroll de siste ti årene.⁹ Dette innebærer at EMD innrømmer statene en videre skjønnsmargin dersom den nasjonale beslutningsprosessen har vært betryggende. I denne vurderingen inngår klassiske, prosessuelle rettsikkerhetsgarantier, slik som muligheten for kontradiksjon. EMD retter imidlertid særlig fokus på hvordan statene har vurdert forholdet til EMK på nasjonalt nivå. Forholdet til EMK vil ofte være vurdert av nasjonale domstoler, og deres vurdering vil fremgå av domstolsbegrunnelse.¹⁰

Avhandlingens tema er forholdet mellom EMDs kontroll av barnevernssaker mot EMK artikkel 8 og norske domstolsbegrunnelser. Temaet analyseres gjennom å besvare følgende hovedproblemstilling: Hvilken betydning har de nasjonale domstolsbegrunnelse for EMDs kontroll av barnevernssaker mot artikkel 8?

Analysene er rettet mot de barnevernrettslige tvangstiltakene som har vært til prøving for EMD de siste fem årene. Dette er omsorgsovertakelse, samværsfastsettelse samt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon.¹¹ Tiltakene blir nærmere redegjort for i punkt 4.3. Der fratakelse av foreldreansvar er besluttet i samme avgjørelse som en tvangsadopsjon vil jeg omtale saken som en tvangsadopsjon.

⁸ Christoffersen (2009) s. 463, Sørensen (2016) s. 341 og Prop. 133 L (2020–2021) s. 37 andre spalte.

⁹ Spano (2018) s. 473 flg. og f.eks. NOU 2016: 24 s. 131. Fra praksis se særlig den nye storkammersaken *M.A. v. Danmark* [GC] (6697/18 – 9. juli 2021) avsnitt 147–150. Nærmere analyse følger i kap. 5.

¹⁰ Spano (2018) s. 492.

¹¹ Totalt 17 saker, hvor noen gjelder flere tiltak. Fem gjelder omsorgsovertakelse, seks gjelder samvær og syv gjelder tvangsadopsjon. *J.M.N. og C.H. v. Norge* [D] (2016) gjaldt omsorgsovertakelse. *I.D. v. Norge* gjaldt tilbakeføring [D] (2017). *T.S. og J.J. v. Norge* [D] (2016) og *Jansen v. Norge* (2018) gjaldt samvær. *K.O. og V.M. v. Norge* (2019), *Hernehult v. Norge* (14652/16 – 10. mars 2020). *R.O. v. Norge* (2021), *K.E. og A.K. v. Norge* (2021) gjaldt omsorgsovertakelse og samvær. *A.S. v. Norge* (2019) og *A.A. v. Norge* [D] (2021) gjaldt tilbakeføring og samvær. *Mohamed Hassan v. Norge* (2018), *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019), *Abdi Ibrahim v. Norge* (2019), *Pedersen m.fl. v. Norge* (2020), *M.L. v. Norge 2020* (2020), *F.Z. v. Norge* (2021) og *S.P. v. Norge* (2021) gjaldt tvangsadopsjon. *M.L. v. Norge 2017* (2017) er den eneste som gjaldt plassering. Dommen blir analysert, men tiltaket blir ikke drøftet eksplisitt. Tre saker gjelder tilbakeføring. Også disse dommene analyseres, uten at tiltaket drøftes eksplisitt.

1.2 Struktur og avgrensninger

Kapittel 1 redegjør for skillet mellom prosessuelle og materielle forhold, herunder begrunnelsens plassering i denne materien. I kapittel 2 kommenteres metodiske spørsmål. I kapittel 3 analyseres de hensyn som ligger til grunn for begrunnelse av rettsavgjørelser, samt hvordan dette er regulert. I kapittel 4 gis en fremstilling av EMK artikkel 8's materielle elementer. Sentrale tvangstiltak i barnevernloven blir også fremstilt, da disse påvirker hva domstolen må begrunne. Kapittel 5 redegjør for EMDs prosessorienterte kontroll, samt viktige forutsetninger for denne. Det gis også en oversikt over EMK artikkel 8's prosessuelle elementer. I kapittel 6 følger en kronologisk analyse av hvordan EMDs kontroll på barnevernsfeltet har utviklet seg fra de første sakene på 1980-tallet og frem til i dag. Det fokuseres på domstolsbegrunnelsens betydning, med et særlig blikk for den prosessorienterte kontrollen. I kapittel 7 analyseres storkammesaken *Strand Lobben m.fl. v. Norge* fra 2019 og etterfølgende praksis inngående, også her med fokus på domstolsbegrunnelsene. I kapittel 8 oppsummeres analysene, og det gjøres et forsøk på en syntese av rettstilstanden. Jeg knytter så noen bemerkninger til HR-2020-661-S, hvor Høyesterett utleder prosessuelle garantier om krav til begrunnelse fra EMDs praksis.¹² De skjerpede kravene til begrunnelse i den nye barnevernsloven, som ble vedtatt i juni 2020, blir også kommentert.¹³

1.3 Det prosessuelle, det materielle og begrunnelsens plassering

1.3.1 Skillet prosessuelt / materielt

Skillet mellom det *materielle* og det *prosessuelle* står sentralt i avhandlingen. Det materielle viser til innholdet av noe, mens det prosessuelle relaterer til prosessen som har ledet frem til innholdet. Det materielle og prosessuelle har likevel en nær sammenheng.¹⁴ Begrepsparet blir brukt i relasjon til forskjellige fenomener, og jeg skal forklare to som blir viktige i det videre.

¹² HR-2020-661-S avsnitt 163–169.

¹³ Prop. 133 L (2020–2021).

¹⁴ Se f.eks. Syse (2016) s. 41 for velferdsrettens del og Schei m.fl., kommentarutgave til tvisteloven, til § 36-10, i relasjon til *Strand Lobben m.fl. v. Norge* (2019). Også Aall (2018) s. 242 påpeker at det er «flytende overganger mellom» det prosessuelle og materielle innen EMDs praksis på barnevernsfeltet. Skivenes/Søvik (2016) s. 349 skriver i relasjon til EMDs saker om adopsjon at «it is important to acknowledge that substantial and procedural requirements are interrelated.»

De materielle *rettsreglene* regulerer forholdet mellom borgerne imellom, og mellom staten og borgerne.¹⁵ En typiske materiell rettsregler er barnevernloven § 4-12, som gir hjemmel for omsorgsovertakelse. De prosessuelle rettsreglene regulerer hvordan man skal gå frem for å få håndhevet de rettslige posisjonene man er berettiget etter de materielle rettsreglene.¹⁶ En av de prosessuelle rettsreglenes viktigste funksjoner er å gjennomføre de materielle rettsreglene.¹⁷ Typiske prosessuelle rettsregler er retten til kontradiksjon, retten til å bli representert av advokat og retten til vitneførsel.¹⁸

Reglene om begrunnelse av rettsavgjørelser er også prosessuelle rettsregler. Begrunnelsen har imidlertid tettere tilknytning til de materielle rettsreglene enn de typiske prosessuelle reglene. Hvilke krav som stilles til begrunnelsen varierer i stor grad ut fra hvilke materielle rettsregler som regulerer den konkrete saken, se punkt 3.2.3. Til forskjell fra de typiske prosessuelle rettsreglene som kan benyttes av partene i prosessen frem til avgjørelsen, kommer begrunnelsen samtidig som resultatet i saken.¹⁹ Reglene om begrunnelse kan derfor ikke brukes av partene til å påvirke avgjørelsens materielle innhold. *Dommerens begrunnelsesplikt* kan imidlertid bidra til at resultatet er i tråd med de materielle rettsreglene. Partene kan også bruke begrunnelsen i *ankeomgangen*, og slik påvirke det materiellet innholdet av ankeavgjørelsen.

Man kan skille mellom der domstolene foretar en materiell eller prosessuell *kontroll* (eller prøving). En domstolskontroll er sjeldent utelukkende prosessuell eller materiell, og det følgende er kun noen perspektiver. Der domstolen foretar en materiell kontroll, knytter domstolens argumentasjon seg til de materielle rettsreglene som regulerer den konkrete saken. For eksempel foretar tingretten en materiell kontroll når den avgjør en sak om omsorgsovertakelse. I en fullstendig prosessuell kontroll, vil domstolens argumentasjon kun knytte seg til om behandlingen i forrige instans oppfylte de prosessuelle rettsreglene. Det er vanskelig å gi eksempler på en fullstendig prosessuell kontroll, men avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg har utpreget prosessuell karakter. Hvorvidt man karakteriserer domstolenes kontroll

¹⁵ Skoghøy (2017) s. 5–6.

¹⁶ Skoghøy (2017) s. 6 og Skoghøy/Pedersen (2020) s. 18.

¹⁷ Se tvisteloven (Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister) § 1-1 andre punktum.

¹⁸ Se hhv. tvl. § 11-1 og bvl. § 7-3 andre ledd bokstav c; tvl. 3-3 (1) og bvl. § 7-8; og tvl. kap. 24 og bvl. § 7-17.

¹⁹ Slik også Trechsel (2005) s. 102: «It may even seem strange that such a right should be discussed within the context of the guarantee of a fair trial as the reasoning of a judgement is only relevant after the conclusion of the trial.»

som materiell eller prosessuell, beror på hvor stort innslag det er av materielle og prosessuelle elementer i domstolens argumentasjon.

1.3.2 Begrepet «begrunnelse» i avhandlingen og ellers

Med ordet «begrunnelse» sikter jeg i denne avhandlingen til *den skriftlige begrunnelsen* for en rettsavgjørelse.²⁰ Dette er et sivilprosessuelt begrunnelsesbegrep, med et klart innhold i norsk rett. Innholdet kan utledes av tvisteloven § 19-6 fjerde og femte ledd, med tilhørende rettskilder.²¹ Et annet ord for dette er «domsgrunner».²² Tvisteloven § 19-6 gjelder tilsvarende for fylkesnemndas begrunnelser, jf. bvl. § 7-19. Også fylkesnemndas begrunnelser inngår derfor i avhandlingens begrunnelesbegrep. Det jeg undersøker i avhandlingen er altså hvilken betydning norske domstoler og fylkesnemnders skriftlige begrunnelser har for EMDs kontroll av barnevernssaker mot EMK artikkel 8.

Ordet «begrunnelse» brukes imidlertid også om andre forhold. Betydningen av et ord i en konkret situasjon må fastlegges ved hjelp av den konteksten ordet inngår i.²³ Noen andre betydninger som skaper utfordringer i den videre analysen skal imidlertid kort skisseres. I alminnelig språkbruk brukes gjerne ordet begrunnelse om motivasjonen eller årsaksforklaringen for en handling. I filosofien brukes ordet begrunnelse med en mer grunnleggende betydning, og Eng fremhever «[t]ankens iboende krav om begrunnelse».²⁴ Ofte skilles det mellom den «overveielse» som leder frem til et standpunkt, og den «begrunnelsen» som sier eller skrives for å forklare, forsvare eller supplere standpunktet.²⁵ Også innenfor jussen blir begrunnelse brukt på flere måter, og dette kan fort skape forvirring. Fliflet skiller mellom der begrunnelse blir brukt om «et forhold som legger grunnen til noe», og der begrunnelse blir brukt om å «angi grunner for, underbygge eller motivere».²⁶ Den første betydningen utgjør de *materielle* grunnene for en dom, mens sistnevnte betydning sikter til den *prosessuelle*, skriftlige domstolsbegrunnelsen. Når man analyserer EMDs praksis, kan dette skillet være vanskelig å få grep på. Det engelske ordet «reasons» blir nemlig brukt om begge fenomener. Det er imidlertid

²⁰ Slik også Pedersen (2016) s. 16 flg.

²¹ Tvl. § 19-6 fjerde og femte ledd blir nærmere analysert i pkt. 3.2.3.

²² Tvistemålsloven (lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål) § 144 brukte uttrykkene «avgjørelsesgrunde» og «domsgrunde».

²³ Kolflaath (2004) s. 26–28.

²⁴ Eng (2007) s. 7.

²⁵ Eckhoff/Sundby (1991) s. 157.

²⁶ Fliflet (2002) s. 75–76.

avgjørende å klarlegge om EMDs kritikk retter seg mot de *materielle* grunnene, eller den *prosessuelle* begrunnelsen.

1.3.3 EMK påvirker nasjonale begrunnelser på to måter

EMK-retten påvirker norske domstolsbegrunnelser både direkte og indirekte.²⁷ *Direkte* betydning er når EMD gjennom fortolkning av EMK artikkel 6 nr. 1 har oppstilt prosessuelle minstekrav til nasjonale domstolsbegrunnelser, se nærmere punkt 3.2.2. I disse tilfellene kan begrunnelsen *i seg selv* utgjøre en krenkelse av EMK. Det er imidlertid EMK artikkel 8 som er avhandlingens fokus. Et sentralt spørsmål er derfor om EMD har innfortolket minstekrav til domstolsbegrunnelsene også i artikkel 8.

I begrunnelsen gir norske domstoler uttrykk for hvorfor norske myndigheter i siste instans mente inngrepet *ikke* krenket EMK. Denne begrunnelsen inngår i EMDs prøvingsgrunnlag. Begrunnelsen kan overbevise EMD om at avgjørelsen som ble besluttet nasjonalt var i tråd med EMK. EMDs prosessorienterte kontroll, som blir nærmere analysert i punkt 5.3, oppfordrer til et slikt samspill. Dersom norske domstoler skriver begrunnelser for å overbevise EMD, vil EMK påvirke de norske domstolsbegrunnelsene *indirekte*.

²⁷ Skoghøy/Pedersen (2020) s. 300.

2 Metode

2.1 Rettsvitenskap, juridisk metode og rettsdogmatikk

Avhandlingen er hovedsakelig rettsdogmatisk. Rettsdogmatikken handler om å analysere og systematisere gjeldende rett.²⁸ Hvilken metode man skal bruke avhenger av problemstillingen som skal besvares.²⁹ Der jeg analyserer norsk rett benytter jeg alminnelig juridisk metode slik den er utviklet i samspill mellom Høyesterett og juridisk teori.³⁰ Høyesterett har med forbilde i EMDs metode også utviklet hvordan EMK skal tolkes som norsk rett, jf. mrl. § 2.³¹ I kapittel 6 og 7 tolker jeg EMK artikkel 8 etter EMDs metode, isolert fra norske rettskilder, herunder Høyesteretts dommer. Presumsjonsprinsippet medfører at EMK-retten gir føringer for hvilke slutninger som bør utledes fra norske kilder.³² Det er derfor metodisk korrekt å først identifisere hvilke krav EMK stiller til norsk rett, før man tar i betraktning rent nasjonale rettskilder.³³ EMDs metode tar utgangspunkt i Wien-konvensjonen om trakttolkning artikkel 31 til 33, men med større fokus på formålsrettet tolking og vektleggelse av tidligere dommer.³⁴

Sammenlignet med juridiske praktikere, stilles det innen rettsvitenskapen høyere krav til systematisering, å se spørsmål i sammenheng, og å se problemstillingene i et større perspektiv. Disse krav har jeg gjennomgående søkt å ivareta.³⁵ Særlig kapittel 6 setter begrunnelsens rolle i EMDs praksis på barnevernsfeltet i et større perspektiv, over en lengre tidsperiode. Rettsvitenskapelige arbeider kan kritisere «gjeldende rett». Kritikken kan rette seg mot lovgiver, kritikk *de lege ferenda*. Man kan også kritisere hvordan rettskilder tolkes eller brukes. Slik kritikk kan suppleres med anbefalinger *de sententia ferenda*, og har da en flytende overgang til gjeldende rett.³⁶ I avslutningskapittelet kommer jeg med noen kritiske bemerkning til den nye barnevernloven *de lege ferenda*. Det gis også noe kritikk mot Høyesteretts dom HR-

²⁸ F.eks. Sæther Mæhle (2004) s. 329 og Graver (2008) s. 159.

²⁹ Backer (2020) s. 33.

³⁰ Se f.eks. Nygaard (2004) og Sæther Mæhle/Aarli (2017).

³¹ Se Solheim (2019).

³² Etter mrl. § 3 går EMK ved motstrid foran norsk lov, og slik er rekkefølgen av mindre betydning. Det er imidlertid uansett en fordel å heller tolke norske regler i tråd med EMK enn å bruke forrangsbestemmelsen.

³³ Se Arnesen/Stenvik (2015) s. 71–74. Se også Oppedal (2008) s. 32. I HR-2020-661-S behandles kildene i denne rekkefølgen.

³⁴ Se Ulfstein (2020) og Kjølbro (2020) s. 15–34.

³⁵ Sml. Øyen (2010) s. 31.

³⁶ Monsen (2012) s. 250 og Eriksen (2016) s. 114 og 118.

2020-661-S, *de sententia ferenda*.³⁷ Evalueringsgrunnlaget for denne kritikken er min selvstendige analyse av EMDs dommer i kapittel 6 og 7, samt de hensyn som ligger til grunn for regler om begrunnelse av rettsavgjørelser, presentert i punkt 3.1.

2.2 Metodiske spørsmål tilknyttet EMDs dommer

2.2.1 Utvalget av avgjørelser

Ved tolking av EMK må det avgjøres hvilke av EMDs dommer som er relevant å analysere for mitt formål.³⁸ Barnevernssaker mot Norge er åpenbart relevante. Disse dommene retter seg direkte mot det norske barnevernssystemet, og man slipper å foreta en rettskulturell vurdering knyttet til overførbarhet, ved slutning fra dommen. Jeg har også tilgang til de norske domstolsbegrunnelsene som EMD kritiserer, noe som muliggjør en grundigere analyse.

Barnevernssaker mot andre land er også relevante, men her må det gjøres et utvalg. Utvalget er basert på følgende kriterier: *For det første* har jeg valgt dommer hvor EMD har uttalt noe eksplisitt om krav til den nasjonale domstolsbegrunnelsen. Særlig hvordan uttalelsene blir fulgt opp i EMDs konkrete vurdering er sentralt, da det er EMDs konkrete vurderinger som reelt sett avgjør nasjonalstatenes forpliktelser og borgernes rettigheter.³⁹ *For det andre* har jeg valgt viktige saker, særlig storkammersaker og saker markert som «key case» i Hudoc. *For det tredje* har jeg valgt saker som illustrerer en utvikling. I barnevernssaker viser EMD ofte til dommer fra tilgrensende sakstyper. Jeg vil også analysere noen dommer om barnefordeling og barnebortføring, som ofte blir henvist til i barnevernssaker.⁴⁰

2.2.2 Slutning

Det kan være utfordrende å trekke slutninger fra EMDs praksis. Praksisen inneholder inkonsekvent språkbruk både innad i den enkelte dom, og mellom forskjellige dommer.⁴¹ EMD består av 47 dommere, med forskjellig bakgrunn både faglig og kulturelt. Disse er igjen delt inn i fem forskjellige kamre. Dommer i kammer blir avgjort etter skriftlig behandling.

³⁷ Høyesterett er nemlig prejidikatdomstol for EMK tolket som norsk rett, jf. mrl § 2, se Øyen (2019) s. 51.

³⁸ EMDs dommer vil alltid ha *generell relevans* for både EMD og norske rettsanvendere, jf. Frøberg (2007) s. 177–179. Man si dette spørsmålet handler om *spesiell relevans*, se f.eks. Høgberg (2019) s. 271.

³⁹ I relasjon til legalitetsprinsippet mener Tobiassen (2019) s. 36–40 at eksplisitte uttalelser er av liten betydning for fastleggelsen av gjeldene rett, og at det eneste av betydning er den konkrete rettsanvendelsen i en gitt sak.

⁴⁰ Særlig pkt. 6.5.3.

⁴¹ Påpekt av Bårdsen (2014) s. 1296.

Forberedende dommer, hjulpet av en utreder, skriver utkast til dom før de andre seks dommerne vet at saken eksisterer.⁴² EMD avsier også opp mot 1000 dommer hvert år.⁴³ Disse faktorene kan forklare den sprikende praksisen både hva gjelder resultat, metode og språkbruk.⁴⁴

Storkammerssakene er derfor viktig for konsistensen i EMDs praksis.⁴⁵ Her får sakene en grundigere behandling av en bredere sammensatt domstol. Storkammerssakene ender imidlertid ofte med å illustrere de ovennevnte utfordringene, heller enn å bringe klarhet. Når det er 17, og ikke bare 7, dommere som skal enes om et resultat med tilhørende begrunnelse, ender det ofte med dissenser og særvtum. Eksempler fra barnevernsfeltet er *K. og T. v. Finland* og *Strand Lobben m.fl. v. Norge*, som begge har totalt fem vota.⁴⁶

En av rettsvitenskapens viktigste oppgaver er, som nevnt, å systematisere rettsstoffet. Det har imidlertid også verdi å avdekke og kritisere tilfeller av inkonsekvens. Der EMD begrepsbruk er sprikende, er det grunn til å være varsomt med å legge for mye i uttalelsene.⁴⁷ Et viktig stikkord er intensjonsdybde.

2.2.3 Skillet mellom EMDs tolking og kontroll

Et annet problem ved slutning fra EMDs praksis, gjelder forskjellen mellom EMDs *tolking* av EMK-rettighetene og EMDs *kontroll* av individklagesaker.⁴⁸ Norske domstoler bør legge til grunn EMDs tolkning av EMK, men kan ikke nødvendigvis føre samme type kontroll. Et mye omdiskutert spørsmål, er om nasjonale domstoler skal anvende EMDs skjønnsmarginlære.⁴⁹ I storkammerssaken *A. m.fl. v. Storbritannia* fra 2009 uttalte EMD: «The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic

⁴² Rett24 (2. januar 2020) og Nussberger (2020) s. 49–51.

⁴³ EMD avsa 871 dommer i 2020, jf. Europarådet (2020) s. 5. På høydepunktet i 2010 avsa den 1543 dommer, se illustrasjon i Madsen (2016) s. 160.

⁴⁴ I samme retning Øyen (2010) s. 33–34 og Bårdsen (2014) s. 1296.

⁴⁵ Påpekt av EMD selv i Opinion on the draft Copenhagen Declaration (2018) pkt. 28.

⁴⁶ Se analyse av dommene i hhv. pkt. 6.4.2 og 7.1.

⁴⁷ I samme retning f.eks. Harbo (2015) s. 67, Søvig (2008) s. 116 og Sørensen (2016) s. 318.

⁴⁸ Ulfstein (2020) s. 928 understreker at det er «crucial to distinguish between principles of interpretation and standards of review.»

⁴⁹ Se Sørensen (2004) s. 162–192, Oftedal Broch (2005) s. 278–281, Borvik (2011), Skoghøy (2012), Sørensen (2014) s. 369–372 og Nyhus (2016).

authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.»⁵⁰ Etter min mening avklarer dommen spørsmålet.⁵¹

Problemstillingen kommer imidlertid ikke på spissen på barnevernsfeltet. Skjønnsmarginlæren forutsetter at beslutningstakeren skal *kontrollere* om en beslutning *som allerede er tatt*, oppfyller rettslige krav. I barnevernssakene opptrer ikke domstolene som *kontrollør*, de skal etter tvisteloven § 36-5 avgjøre saken som førstehånds *beslutningstakere*. Det er altså ingen å innrømme skjønnsmargin til.

Samme spørsmål gjør seg gjeldende for EMDs prosessorienterte kontroll.⁵² Denne går ut på at EMD vektlegger kvaliteten på den nasjonale beslutningsprosessen i vurderingen av hvor vid skjønnsmargin staten skal innrømmes. Når en norsk domstol skal avgjøre realiteten av en barnevernssak, kan den imidlertid ikke vektlegge forhold ved fylkesnemndas beslutningsprosess. Følgelig kan heller ikke denne siden ved EMDs kontroll overføres til nasjonale domstoler.⁵³ Det er dermed nødvendig å skille EMDs tolking av artikkel 8, fra EMDs kontroll av individklagesaker mot artikkel 8. Dette er en utfordrende øvelse. Når EMD behandler en sak gjør den nemlig begge deler: Domstolen tolker EMK, og kontrollerer saken opp mot bestemmelsen ferdig tolket.

I kapittel 6 har jeg forsøkt å bote på slutningsutfordringene skissert over, ved å foreta en kronologisk analyse av EMDs dommer siden de første barnevernssakene på slutten av 1980-tallet og frem til i dag. Se den nærmere redegjørelse for dette valget i punkt 6.1.1.

⁵⁰ *A. m.fl. v. Storbritannia* [GC] (2009) avsnitt 184.

⁵¹ Norske domstoler kan imidlertid vise tilbakeholdenhet i prøvingen etter interne norske regler. Se mindretallet drøftelser i Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 257–258.

⁵² Se nærmere pkt. 5.3.

⁵³ Slik også Solheim (2019) s. 282.

3 Hensyn, funksjoner og regulering

3.1 Hvorfor skal rettsavgjørelser begrunnes?

3.1.1 Innledning

I dette punktet analyserer jeg hvilke hensyn og funksjoner begrunnelse for rettsavgjørelser på barnevernsfeltet skal ivareta.⁵⁴ For det første kan dette bidra til å fastlegge hvor langt begrunnelsesplikten rekker. For det andre vil svaret kunne bidra til analysen av om EMDs dommer stiller krav til begrunnelser av rettsavgjørelsene, materielle grunner, eller begge deler. For det tredje tjener de hensyn og funksjoner begrunnelsen skal ivareta, som evalueringsgrunnlag for min kritikk *de lege ferenda* og *de lege sententia*.

3.1.2 Rasjonell og legitim maktutøvelse

I et moderne rettsstatlig demokrati er det en grunnleggende forventning om at myndighetenes maktutøvelse begrunnes.⁵⁵ Domstolene utgjør en sentral del av statens myndigheter, og når de avsier dommer utøver de stor makt. I barnevernrettslige tvangssaker beslutter domstolene alvorlige inngrep i enkeltindividers frihet, og slik inngripende maktutøvelse må begrunnes.⁵⁶ Begrunnelsen muliggjør kontroll og debatt rundt domstolens maktutøvelse, både generelt og i enkeltsaker. Der man tidligere aksepterte avgjørelser fordi beslutningstakerne hadde autoritet, godtar vi i dag avgjørelser dersom vi blir overbevist.⁵⁷ I begrunnelsen kan domstolen vise at avgjørelsen er rasjonell. Dette øker sjansen for at maktutøvelsen har legitimitet blant sakens parter og samfunnet ellers.

3.1.3 Materielt riktig resultat

Begrunnelsen skal sikre at domstolen foretar en reell og samvittighetsfull vurdering av saken.⁵⁸ Dette kan bidra til at saken får materielt riktig resultat, og sammenfaller slik med det generelle formålet med prosessuelle rettsregler. Tanken på at andre kan ettergå vurderingene, skal tvinge dommeren til å tenke nøye gjennom saken. Når dommeren blir tvunget til å skrive ned

⁵⁴ Jeg skiller ikke skarpt mellom «funksjoner» begrunnelsen har, og de «hensyn» den skal ivareta. Se andre fremstillinger i f.eks. NOU 2001: 31 B s. 577–578, NOU 2011: 13 s. 84–92, NOU 2016: 24 s. 403–405, NOU 2019: 5 s. 353–354, Skoghøy (2017) s. 1005–1006 og Pedersen (2016) kap. 2 og 3.

⁵⁵ Schei/Qvigstad (2019) s. 482 og Sæther Mæhle/Aarli (2017) s. 159.

⁵⁶ Se NOU 2001: 32 s. 578: «Noen egentlige argumenter mot å kreve begrunnelse av dommer, er det knapt».

⁵⁷ Se NOU 2019: 5 s. 143 og Sørensen (2014) s. 378–379 med videre henvisninger.

⁵⁸ Rt. 2009 s. 750 avsnitt 63.

resonnementene sine, vil hun innse at hva hun har forstått, eller ikke forstått.⁵⁹ Hun vil ikke kunne skrive ned usaklige hensyn, og dermed også vanskeligere kunne vektlegge slike. Hun kan slik ende med en annen konklusjon, enn den hun intuitivt ville valgt.⁶⁰

3.1.4 Aksept for avgjørelsen

Som nevnt kan domstolene gjennom begrunnelsen vise at avgjørelsen er rasjonell. Dette kan bidra til at sakens parter, særlig den tapende part, slår seg til ro med avgjørelsen. Amerikansk sosialpsykologi har introdusert teorien om *prosessuell rettferdighet*.⁶¹ Teorien bygger på forskning som viser at opplevelsen av at rettssaken foregikk på en rettferdig måte, var viktigere for en parts oppfatning av domstolens legitimitet, enn om resultatet i saken var rettferdig (materiell rettferdighet).⁶² Viktige forhold som inngår i prosessuell rettferdighet er partenes opplevelse av deltakelse; at beslutningstakeren oppfattes som nøytral; at parten har tillit til prosessen og beslutningstakerne; og opplevelsen av å bli behandlet med respekt.⁶³ Flere av disse forholdene, og særlig opplevelsen av deltakelse, blir først *reell* gjennom utformingen av begrunnelsen.⁶⁴

3.1.5 Anketekniske funksjoner

Begrunnelsen skal sette en part som ikke aksepterer avgjørelsen i stand til å utnytte ankeretten.⁶⁵ Ved å lese begrunnelsen, kan parten finne ut hva den mener domstolen gjorde feil, herunder se hva domstolen ikke vurderte. Parten kan så rette fokus mot manglene i ankebehandlingen.

Begrunnelsen har også betydning for ankeinstansen behandling av anken.⁶⁶ Dette er særlig viktig der ankeinstansen ikke har kompetanse til å prøve saken fullt ut.⁶⁷ Hensynet til effektiv ankebehandling gjelder også når ankeinstansen har full kompetanse, slik domstolene har i barnevernssaker.⁶⁸ Begrunnelsen vil kunne gjøre ankebehandlingen mer spisset. Begrunnelsen

⁵⁹ Michelsen (1984) s. 231.

⁶⁰ Se i samme retning Jacobsen (2003) s. 368–369.

⁶¹ På engelsk «procedural justice». Se Thibaut /Walker (1975) s. 1–3.

⁶² Brems/Lavrysen (2013) fotnote 22.

⁶³ Se f.eks. Bernt (2019) s. 252 og Brems/Lavrysen (2013) s. 180–181 med videre henvisninger.

⁶⁴ Brems/Lavrysen (2013) s. 181.

⁶⁵ Jf. tvl. § 36-10 for barnevernssakers del. Eventuelt bvl. § 7-24 for rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak. Se nærmere om denne funksjonen i Pedersen (2016) s. 80–86.

⁶⁶ Skoghøy/Pedersen (2020) s. 298.

⁶⁷ Jf. henholdsvis tvl. § 36-10 og tvl. kap. 30.

⁶⁸ Jf. tvl. § 36-5 (3). Dette til forskjell fra alminnelige forvaltningssaker.

kan slik bidra til effektivitet i rettssystemet som helhet, selv om argumentet som regel blir brukt motsatt vei, jf. punkt 3.1.6. Sakene om barnevernrettslige tvangstiltak innebærer alltid et inngrep i EMK artikkel 8. Hensynet til en etterfølgende kontroll i EMD slår derfor inn ved utformingen av begrunnelsen, se nærmere punkt 5.3

3.1.6 Effektivitetshensynet som begrensning på begrunnelsesplikten

Domstolene skal levere riktige avgjørelser, men også til riktig tid.⁶⁹ Effektivitetshensynet kan ikke fritta for krav til begrunnelse i inngripende barnevernssaker, men setter rammer for begrunnelsesplikdens rekkevidde. På tross av de gode grunnene for begrunnelseskrav jeg har fremhevet overfor, har man heller ingen *garanti* for at strengere krav til begrunnelse fører til bedre avgjørelser.⁷⁰ For et barn i en sårbar posisjon er raske avgjørelser viktigere, enn en omfattende begrunnelse.

3.1.7 Domstolshierarkiets betydning for hvordan begrunnelsen bør skrives

Domstolenes funksjon i domstolshierarkiet påvirker hvordan begrunnelsen *bør* utformes. Høyesterett er en prejudikatdomstol som skal avklare og til dels utvikle rettstilstanden. Høyesterett ivaretar prejudikatfunksjonen gjennom å skrive begrunnelser som grundig utgreier sakens juridiske spørsmål.⁷¹ Funksjonen som dialogpartner med EMD, ligger også i utgangspunktet til Høyesterett.⁷² I begrunnelsen kan Høyesterett overbevise EMD om at Norge har foretatt rett vurdering nasjonalt, se punkt 5.3. Tvisteloven § 36-10 (3) stiller imidlertid opp en regel om ankesiling, som bygger på at barnet skal få ro og stabilitet, samt at saken allerede har blitt behandlet i to instanser.⁷³ Bestemmelsen har blitt praktisert strengt, noe som har ført til at de fleste barnevernssaker ikke slipper inn til behandling i lagmannsretten, og enda færre til Høyesterett.⁷⁴ Av de elleve sakene hvor EMD har funnet krenkelse, har syv blitt sist realitetsbehandlet i tingretten, tre i lagmannsretten og kun en i Høyesterett. Tingrettens hovedfunksjon er konkret tvisteløsning, noe som innebærer at begrunnelsen særlig utformes med tanke på partene.⁷⁵ Lagmannsrettens funksjon er i en mellomstilling, men også her står

⁶⁹ Se f.eks. NOU 2001: 32 s. 578.

⁷⁰ Cohen (2015) s. 514–524 viser ved siden av effektivitetshensynet også til institusjonelle og kognitive hensyn.

⁷¹ Se Bårdsen (2018) s. 96–99.

⁷² Se nærmere i f.eks. Backer (2017) særlig s. 235.

⁷³ Innst. O. nr. 115 (2004–2005) pkt. 2.9. Se nærmere i Søvig (2019A).

⁷⁴ Lindboe (2005) s. 194–194 påpekte at lovendringen ville medføre dette. Det var imidlertid av mindre betydning, bl.a. fordi «[s]lett fra norsk side er også forholdet til EMK avklart.»

⁷⁵ Pedersen (2016) s 76.

tvisteløsningsfunksjonen sentralt.⁷⁶ I de fleste dommene er EMK ikke drøftet, noen ganger ikke nevnt. I etterkant av EMDs saker har Høyesterett myket opp på ankesilingsregelen, og en rekke tidligere ankenektelser er nå opphevet.⁷⁷

3.2 Regulering av begrunnelse av rettsavgjørelser

3.2.1 Innledning

Dette punktet fremstiller rettsreglene om begrunnelse av rettsavgjørelser. Først behandler jeg de overordnede kravene som følger av Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og Barnekonvensjonen, og deretter hvordan tvisteloven § 19-6 og barnevernloven § 7-19 presiserer disse. Under redegjørelsen for tvisteloven § 19-6 vil også knytte noen bemerkninger til norsk begrunnelsessystematikk.

3.2.2 Konstitusjonell og menneskeligrettslig forankring. Særlig om EMK artikkel 6

Grunnloven § 95 gir alle rett til å få saken sin avgjort etter en «rettferdig og offentlig» rettergang. Det følger av forarbeidene at «retten til begrunnelse for avgjørelsen» utgjør et av «de sentrale elementene i en rettferdig rettergang».⁷⁸ Begrunnelse av rettsavgjørelser har derfor en konstitusjonell forankring. Verken forarbeidene, praksis fra Høyesterett eller andre autoritative kilder gir imidlertid veiledning for det nærmere innholdet av begrunnelsesplikten.⁷⁹ Men på generelt grunnlag har Høyesterett uttalt at de nye grunnlovsbestemmelsene må sees i lys av sine konvensjonsforbilder.⁸⁰

EMK artikkel 6 nr. 1 gir alle rett til en «fair trial».⁸¹ Den kommer til anvendelse i sivile saker om «civil rights and obligations». EMD har slått fast at barnevernssaker er inkludert.⁸² Heller ikke artikkel 6's *ordlyd* inneholder noen begrunnelsesplikt, men EMD har innfortolket krav til begrunnelse.⁸³ EMD bygger begrunnelsesplikten på hensynet til reell deltakelse, materielt riktig

⁷⁶ Pedersen (2016) s. 76–79.

⁷⁷ HR-2020-661-S avsnitt 61.

⁷⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 118 første spalte.

⁷⁹ Se Pedersen (2016) 147–150.

⁸⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 60, Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40 og 44 og HR-2016-2554-P avsnitt 81.

⁸¹ Se Pedersen (2016) s. 209–248 og Kjølbro (2020) s. 700–704.

⁸² *O. v. Storbritannia* [P] (1987) avsnitt 53–60 og Aall (2018) s. 427.

⁸³ Jf. f.eks. *Higgins m.fl. v. Frankrike* (1998) avsnitt 42.

resultat, ankemuligheter og effektiv ankebehandling, samt hensynet til offentlighetens kontroll.⁸⁴ For rekkevidden av begrunnelsesplikten hensyntar EMD at tradisjon for domsskriving varierer mellom medlemstatene.⁸⁵ Videre må kravene til begrunnelse tilpasses at hver enkelt sak har forskjellig faktum, rettsgrunnlag, anførsler og bevis.⁸⁶ EMD har oppsummert den overordnede vurderingsnormen slik:

«[T]he national courts must indicate with sufficient clarity the grounds on which they base their decisions [...]. However, the extent of the duty to give reasons varies according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case [...]. While courts are not obliged to give a detailed answer to every argument raised [...], it must be clear from the decision that the essential issues of the case have been addressed [...].»⁸⁷

EMD har særlig slått ned på begrunnelser hvor sentrale anførsler ikke er tatt stilling til.⁸⁸ Videre er det også slått ned på tilfeller hvor begrunnelsen for jussen ikke er juridisk holdbar.⁸⁹ Gitt den variable standarden EMD anlegger, er det vanskelig å utlede presise retningslinjer.⁹⁰ Pedersen oppsummerer kravene i sivile saker slik: «begrunnelsen må være egnet til å forklare/underbygge resultatet i saken – dvs. avgjørelsen må isolert være forståelig.»⁹¹ Som fremhevet av Trechsel kan retten til en begrunnelse for avgjørelsen, nærme seg en rett til en riktig avgjørelse – noe som ikke er vernet av EMK.⁹² I disse tilfellene er det mulig å argumentere for at EMD gjennom strenge krav til begrunnelsen, i realiteten sensurerer resultatet i den nasjonale avgjørelsen.⁹³

Barnekonvensjonens (BK) ordlyd inneholder heller ikke regler om begrunnelse. I Barnekomiteens generelle kommentar nummer 14, er det imidlertid lagt til grunn at BK

⁸⁴ Se f.eks. *Suominen v. Finland* (2003) avsnitt 37.

⁸⁵ *Hiro Balani v. Spania* (1994) avsnitt 27. Se også Bårdsen (2007) s. 116 som tar til orde for at det generelt må gjelde en vid skjønnsmargin for anvendelse av artikkel 6 i sivile saker.

⁸⁶ *Taxquet v. Belgia* [GC] (2010) avsnitt 91 og Kjølbros (2020) s. 700.

⁸⁷ *Taxquet v. Belgia* [GC] (2010) avsnitt 91, med henvisning til *Hadjianastassiou v. Hellas* (1992) avsnitt 33, *Ruiz Torija v. Spania* (1994) avsnitt 29, *Van de Hurk v. Nederland* (1994) avsnitt 61 og *Boldea v. Romania* (2007) avsnitt 30.

⁸⁸ F.eks. *Ruiz Torija v. Spania* (1994).

⁸⁹ Kjølbros (2020) s. 701 trekker her frem *De Moor v. Belgia* (1994) avsnitt 54–58.

⁹⁰ I samme retning Pedersen (2016) s. 220 og 248, Gerards (2014) s. 154 og Trechsel (2005) s. 107.

⁹¹ Pedersen (2016) s. 220.

⁹² Trechsel (2005) s. 106.

⁹³ Trechsel (2005) s. 106 peker på *Hiro Balani v. Spania* (1994). Se motsatt Pedersen (2016) s. 224.

artikkel 3 om barnets beste innebærer en begrunnelsesplikt.⁹⁴ I norsk rett har denne begrunnelsesplikten vært særlig omdiskutert på utlendingsfeltet.⁹⁵ Dette skyldes at domstolene ikke kan overprøve utlendingsnemndas skjønnsmessige vurderinger. I barnevernssaker har imidlertid domstolene full kompetanse til å avgjøre sakens realitet, jf. tvisteloven § 36-5 (3). Kravene til begrunnelse for barnets beste på utlendingsfeltet er blitt behandlet av Høyesterett i plenum tre ganger, og flertallet har kommet til at begrunnelsesplikten i Generell kommentar nr. 14 ikke gjelder fullt ut.⁹⁶ I 2016 la barnevernlovutvalget til grunn at «barnekomiteens formulerte krav til begrunnelse likevel [må] legges til grunn som gjeldende rett på barnevernets område.»⁹⁷ I 2018 ble det derfor inntatt spesialregulering av begrunnelsen for vurderingen av barnets beste i avgjørelser fra barnevernstjenesten og fylkesnemnda, se punkt 3.2.4.

3.2.3 Tvisteloven § 19-6. Norsk begrunnelsessystematikk

Barnevernssaker følger tvistelovens regler. Tvisteloven § 19-6 fjerde ledd fastsetter at dommer og kjennelser skal begrunnes. Begrunnelsen skal omfatte tre elementer: «framstilling av saken, partenes påstander med påstandsgrunnlag, og rettens vurdering». I femte ledd er innholdet av de to første elementene presisert til å skulle «konsentrert beskrive det rettsforhold som er tvistegjenstand, sakens bakgrunn og partenes rettslige og faktiske anførsler så langt det er nødvendig for å forklare avgjørelsen». Det er særlig det tredje elementet, rettens vurdering, som er interessant for avhandlingens tema. Denne skal etter femte ledd inneholde en redegjørelse «for den bevisvurdering og rettsanvendelse avgjørelsen er bygd på». Ifølge forarbeidene vil sakens betydning «påvirke kravene til begrunnelse.»⁹⁸

Begrunnelsen må inneholde en redegjørelse for *bevisresultatet*.⁹⁹ Dette fremgår ikke av tvisteloven § 19-6's ordlyd, men bestemmelsen viderefører tvistemålsloven § 144 nr. 4.¹⁰⁰ Her heter det at begrunnelsen «maa bestemt og uttømmende angi det saksforhold som retten bygger sin avgjørelse på». Det samme følger av Rt. 2009 s. 1456, hvor Høyesterett la til grunn at «retten

⁹⁴ Barnekomiteens generelle kommentar nr. 14, pkt. 6 bokstav c og pkt. 97. Se om vekten av disse i Martnes (2021) s. 28–36.

⁹⁵ Se Martnes (2021) s. 124–129 og Sandberg (2020B) s. 353–355.

⁹⁶ Se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 156 og 211, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 44–46 og 108–112 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186–202 og 269–283. Se nå utlendingsforskriften § 17-1a.

⁹⁷ Sørensen (2016) inntatt i NOU 2016: 16 s. 317.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 437, jf. NOU 2001: 32 s. 890.

⁹⁹ Pedersen (2016) s. 330–343.

¹⁰⁰ NOU 2001: 32 s. 892.

må gjengi de sentrale deler av det faktiske forhold den bygger avgjørelsen på.»¹⁰¹ Begrunnelsen må beskrive faktum så nøye «at det er mulig å se om rettsanvendelsen er riktig».¹⁰² Videre må «retten så langt det er nødvendig for avgjørelsen, ta stilling til de faktiske omstendigheter som partene har påberopt til støtte for sine standpunkter».¹⁰³

Når det gjelder begrunnelsen for *bevisvurderingen* som ledet frem til bevisresultatet, uttaler Høyesterett i Rt. 2009 s. 1456 at retten «på viktige punkter [må] begrunne bevisvurderingen».¹⁰⁴ Sentrale bevismidler må trekkes frem. I barnevernssaker vil ofte sakkyndigrapporter være viktige i så henseende. I HR-2021-270-U la ankeutvalget til grunn at «vurderinger etter barneloven baseres på fremtidsrettede vurderinger av hva som vil være til barnets beste, og at redegjørelsen for faktiske forhold derfor må være ‘grundig nok til at man kan se at loven er riktig anvendt’».¹⁰⁵ Det samme vil være tilfelle etter barnevernloven. Pedersen omtaler ellers kravene til begrunnelse av bevisvurderingen som «nokså beskjedne».¹⁰⁶

Begrunnelsen for *rettsanvendelsen* kan deles i to elementer, som i praksis ofte skli over i hverandre: begrunnelsen for rettsregelen og begrunnelsen for anvendelse av rettsregelen på faktum – subsumsjonen. Når det gjelder begrunnelsen for rettsregelen vil det være nok å vise hvilken rettsoppfatning som er lagt til grunn, men dersom det rettslige spørsmålet er omtvistet vil retten måtte innta en grundigere redegjørelse for rettskildene.¹⁰⁷

Rettsregler kan inndeles i to hovedkategorier, som får betydning for begrunnelsen: vilkårsnormer og avveiingsnormer. Vilkårsnormer predeterminerer en gitt rettsvirkning dersom vilkåret er oppfylt, mens avveiingsnormer krever skjønnsmessige avveiiinger av flere momenter, og har ofte variabel rettsvirkning.¹⁰⁸ EMK artikkel 8 krever utpregede avveiingsvurderinger, og det samme gjelder hensynet til barnets beste. Avveiingsnormer er derfor fokus i det følgende. Ifølge Pedersen skal begrunnelsen for innholdet i avveiingsnormer

¹⁰¹ Avsnitt 20.

¹⁰² Skoghøy (2017) s. 1006.

¹⁰³ Skoghøy (2017) s. 1006.

¹⁰⁴ Avsnitt 20.

¹⁰⁵ Avsnitt 10.

¹⁰⁶ Pedersen (2016) s. 366.

¹⁰⁷ Prejudikatfunksjonen krever at *Høyesterett* drøfter rettsreglene.

¹⁰⁸ Eckhoff/Sundby (1991) s. 108 flg. og Eng (2007) s. 163 flg.

«låse saken», noe dommeren gjør ved å avgjøre «hvilke momenter som skal og kan vektlegges».¹⁰⁹

Begrunnelsen for *subsumsjonen* av avveiiingsnormer krever omtale av de relevante momentene, og deretter en konkret avveiiing av momentene mot hverandre. Det bør beskrives hvilken vekt som tillegges de enkelte momenter, og hva som er avgjørende. Relevante momenter som ikke er tillagt vekt, kan kort kvitteres ut. Pedersen mener begrunnelseskravet krever at «retten må drøfte alle momenter pro og contra», og samtidig være «tilstrekkelig bred».¹¹⁰ Et typisks trekk ved begrunnelser av anvendelsen av avveiiingsnormer er at begrunnelsen for bevisvurdering gjøres suksessivt, etter hvert som de forskjellige momentene trekkes frem.

3.2.4 Barnevernloven § 7-19

Barnevernloven § 7-19 fastslår at fylkesnemndas vedtak skal begrunnes som dommer, og gir tvisteloven § 19-6 anvendelse så langt den passer. Som nevnt, oppstiller bestemmelsen tre tilleggskrav: «Det skal fremgå av vedtaket hva som er barnets synspunkt, og hvilken vekt barnets mening er tillagt. Hvordan barnets beste er vurdert skal også fremgå av vedtaket.»¹¹¹ Det fremgår av forarbeidene at «[d]ersom avgjørelsen avviker fra det som var barnets syn i saken, bør beslutningstaker forklare hvorfor dette er tilfelle.»¹¹² Tilleggsvilkårene ble foreslått av Barnevernslovutvalget i 2016, og var et av få forslag som ble fulgt opp i 2018.¹¹³ De forhold som trekkes frem, følger uansett av barnevernlovens materielle regler. Disse vurderingene skulle altså uansett fremgått av begrunnelsen for rettsanvendelsen, uten eksplisitte begrunnelseskrav i loven.¹¹⁴ De eksplisitte kravene til begrunnelse av barnets beste-vurderinger ble vedtatt for å «styrke barnets rettssikkerhet»,¹¹⁵ og er slik et eksempel på at krav til begrunnelsen brukes for å gjennomføre materiell rett.¹¹⁶

¹⁰⁹ Pedersen (2016) s. 406.

¹¹⁰ Pedersen (2016) s. 417.

¹¹¹ Jf. bvl. § 7-19 tredje ledd andre og fjerde punktum.

¹¹² Prop. 169 L (2016–2017) s. 73. Ytterligere krav i NOU 2016: 16 s. 241.

¹¹³ NOU 2016: 16 s. 241 og Prop. 169 L (2016–2017) s. 73.

¹¹⁴ Fylkesnemnda i Oslo og Akershus var på denne bakgrunn mot forslaget, se Prop. 169 L (2016–2017) s. 72.

¹¹⁵ Prop. 169 L (2016–2017) s. 73.

¹¹⁶ Tilsvarende krav stilles til barneverntjenestens vedtak etter barnevernloven § 6-3a og det var her fokuset til lovgiver lå. Reglene om begrunnelse i fvl. § 25 stiller betydelig lempeligere krav til begrunnelsen, enn tvl § 19-6. For svakheter ved begrunnelsen av barneverntjenestens vedtak, se Langsrud/Fauske/Lichtwarck (2019) s. 47–61.

4 De materielle reglene

4.1 Introduksjon

Domstolenes begrunnelser avhenger av hvilke materielle regler som regulerer saken. I kapittel 4 fremstilles derfor noen av de viktigste materielle reglene for tvangstiltak etter barnevernsloven. Jeg gir imidlertid først en fremstilling over EMK artikkel 8's materielle elementer. Dette er nødvendig for analysene av EMDs praksis i kapittel 5 til 8. Deretter går jeg over til de aktuelle tvangsinngrepene i barnevernloven. Jeg redegjør derfor kort for reglene om omsorgsovertakelse, opphevelse av omsorgsovertakelse, samværsfastsettelse, samt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. I punkt **Feil! Fant ikke referansekilden.** påpekes den verdikonflikten som ligger mellom EMK-retten og norsk barnevernretten.

4.2 EMK artikkel 8's materielle elementer

4.2.1 Virkeområdet og vilkår for inngrep

EMK artikkel 8 nr. 1 gir en materiell rett til «respect for his private and family life». Familielivet er også vernet av Grunnloven § 102, men har ifølge Høyesterett ikke selvstendig betydning ved siden av EMK artikkel 8 på barnevernsområdet.¹¹⁷ Forholdet mellom barn og foreldre er i kjernen av hva som omfattes av begrepet «family life».¹¹⁸ Tvangstiltak etter barnevernloven kapittel 4 er et *inngrep* i denne retten. Slike inngrep utgjør likevel ikke en *krenkelse* av bestemmelsen dersom de tre vilkårene i inngrepshjemmelen i EMK artikkel 8 nr. 2 er oppfylt.¹¹⁹ Hva retten til respekt for familielivet egentlig verner må derfor klarlegges ut fra hvor vidt inngrepshjemmelen rekker.¹²⁰ Inngrepet må ha hjemmel i nasjonal rett, forfølge et av de legitime formålene opplistet i artikkel 8, og være «nødvendig i et demokratisk samfunn».

For at inngrepet skal være «in accordance with the law», må tiltaket ha grunnlag i nasjonal rett.¹²¹ Reglene må være så tilgjengelige og presise at innbyggerne har mulighet til å forutse konsekvensene av handlingene sine.¹²² EMD godtar at barnevernssaker er så mangfoldige at

¹¹⁷ HR-2020-661-S avsnitt 79–80. Se om forholdet mellom EMK og Grunnloven i Aall (2017).

¹¹⁸ Se *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 202 og *K. og T. v. Finland* [GC] (2001) avsnitt 151.

¹¹⁹ Denne er tilnærmet lik inngrepshjemmelen i artikkel 9, 10 og 11.

¹²⁰ Sml. Christoffersen (2015) s. 120 og Gerards/Brems (2017) s. 2–3.

¹²¹ Se Sørensen (2016) s. 339–340 og Prop. 113 L (2020–2021) s. 38.

¹²² *Margareta og Roger Anderson v. Sverige* (1992) avsnitt 75.

lovgiver umulig kan formulere en lovbestemmelse som dekker enhver eventualitet.¹²³ Inngrepet har et *legitimt formål* dersom tvangstiltaket skal beskytte barnets «health or morals» eller «rights and freedoms». Vilkåret har kun vært problematisk i spesielle saker, hvor formålet med barnevernstiltaket har vært å straffe foreldrene.¹²⁴ Verken lovskravet eller formålskravet har vært problematisert i dommene mot Norge. Det er nødvendighetsvurderingen som er interessant.

4.2.2 Nødvendig i et demokratisk samfunn – proporsjonalitetsvurderingen

Når EMD vurderer om et barnevernstiltak er «nødvendig i et demokratisk samfunn» tar domstolen i betraktning både materielle og prosessuelle forhold. Man kan likevel som utgangspunkt skille artikkel 8's prosessuelle og materielle side.¹²⁵ Her behandles kun de materielle elementene i nødvendighetsvilkåret, mens de prosessuelle elementene behandles i punkt 5.4. EMD har oppstilt følgende utgangspunkt for vurderingen av om et barnevernstiltak er «nødvendig i et demokratisk samfunn»:

«[...] 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 [...]»¹²⁶

Uttalelsen kan spaltes opp i tre elementer. For det første må grunnene som er lagt frem for å rettferdiggjøre inngrepet være relevante og tilstrekkelige. For det andre må inngrepet korrespondere med et presserende samfunnsmessig behov.¹²⁷ Og for det tredje må inngrepet stå i et proporsjonalt forhold til det legitime formålet som søkes oppnådd. På andre områder har EMD behandlet dette som tre forskjellige vurderinger,¹²⁸ men på barnevernsfeltet foretar EMD en helhetsvurdering hvor den viser til alle formuleringene.¹²⁹

¹²³ *Olsson v. Sverige* [P] (1988) avsnitt 62.

¹²⁴ Se Fenton-Glynn (2020) s. 212–213, som viser til *Sabou og Pircalab v. Romania* (2004). Se Søvig (2006).

¹²⁵ Se f.eks. *R. og H. v. Storbritannia* (2011) avsnitt 75 og 81.

¹²⁶ Avsnitt 203.

¹²⁷ Ivaretagelsen av barns helse og utvikling er et «pressing social need», og ingen av dommene mot Norge kommenterer dette.

¹²⁸ Se f.eks. *Vavříčka and others v. the Czech Republic* [GC] (2021) avsnitt 281, 285 og 290.

¹²⁹ Betydningen av formuleringen «relevant and sufficient reasons» blir analysert i kapittel 6 til 8.

Den overordnede materielle vurderingsnormen under nødvendighetsvilkåret, er at inngrepet må stå *proporsjonalt* til det legitime formålet som søkes oppnådd.¹³⁰ Dette understreker EMD ved å bruke uttrykket «particular» når proporsjonalitetskravet introduseres. Den overordnede funksjonen til proporsjonalitetskravet vises også i flere dommer, hvor EMD omformulerer nødvendighetsvilkåret til et spørsmål om proporsjonalitet.¹³¹ Proporsjonalitetsvurderinger er gjennomgående for hele EMK-retten.¹³² Som det fremgår av sitatet må myndighetene finne en rettferdig balanse mellom interessene som gjør seg gjeldene. Proporsjonalitetskravet er altså en avveiiingsregel.¹³³ I barnevernssakene har man på den ene siden samfunnets *og barnets* interesser i at barnets helse og utvikling sikres. På den andre siden har man foreldrenes *og barnets* interesser i et fortsatt familieliv. Barnet har altså interesser i begge vektskåler. Dette skiller barnevernssakene fra inngrepssituasjoner hvor samfunnets interesser står direkte mot den enkeltes interesser.

I juridisk teori tar flere til orde for at EMDs proporsjonalitetsvurdering inneholder tre vilkår.¹³⁴ Inngrepet må være (1) egnet til å oppnå det legitime formålet, egnethetsvilkåret; (2) nødvendig for å oppnå det legitime formålet, vilkåret om streng nødvendighet; og (3) det må treffes en rettferdig balanse mellom samfunnets og individets interesser (proporsjonalitet *strictu sensu*). Betragtninger knyttet til alle disse elementene finnes i EMDs proporsjonalitetsvurderinger. EMD formulerer dem imidlertid ikke som absolutte vilkår, men som *retningslinjer* som inngår i en overordnet avveiiingsnorm.¹³⁵ Når det gjelder vilkåret om streng nødvendighet har domstolen eksplisitt uttalt at den ikke opererer med et slik krav på generelt grunnlag.¹³⁶ Dersom statene alltid var forpliktet til å velge det minst inngripende tiltaket, ville ikke EMD kunne operert med

¹³⁰ Se f.eks. Sørensen (2020) s. 111.

¹³¹ *A.S. v. Norge* (2019) avsnitt 59: «Accordingly, the issue before the Court is whether the measures were proportionate». Se også *Abdi Ibrahim v. Norge* (2019) avsnitt 53 og *S.P. v. Norge* (2021) avsnitt 24 og *A.A. v. Norge* (2021) avsnitt 31.

¹³² Christoffersen (2009) s. 1.

¹³³ Se om begrunnelse for avveiiingsnormer i pkt. 3.2.3.

¹³⁴ Noe regner med kravet om et legitimt formål som en del av proporsjonalitetsvurderingen, og da inneholder proporsjonalitetsvurderingen fire vilkår, se f.eks. Andenæs/Bjørge (2012) s. 61.

¹³⁵ Aall (2018) s. 153 omtaler elementene som en «grovkategorisering av typetilfeller», og videre at det er «vanskelig å uttrykke seg mer presist på det generelle plan».

¹³⁶ Senest i *Vavříčka m.fl. v. Tsjekkia* [GC] (2021) avsnitt 310: «The Court would clarify that, ultimately, the issue to be determined is not whether a different, less prescriptive policy might have been adopted, as has been done in some other European States. Rather, it is whether, in striking the particular balance that they did, the Czech authorities remained within their wide margin of appreciation in this area.» Christoffersen (2009) s. 112–191 viser til andre dommer. Gerards (2013) s. 467–468 anbefaler EMD å ta en slik test i bruk. EMDs president, Robert Spano, inkluderer heller ikke disse elementene i EMDs proporsjonalitetsvurdering, Spano (2021) s. vi. Se Billis/Knust/Rui (2021) s. 25 med videre henvisninger i begge retninger.

skjønnsmargin.¹³⁷ Vilkåret om streng nødvendighet springer ut av minste inngreps prinsipp, som også gjenfinnes i EMDs proporsjonalitetsvurdering på barnevernsfeltet. Både gjenforeningsmålet og plikten til å *vurdere* mindre inngripende tiltak før omsorgsovertakelse, er eksempler på dette.¹³⁸

I EMDs praksis står særlig to retningslinjer sentralt for hvordan man finner en rettferdig balanse mellom interessene i en barnevernssak: gjenforeningsmålet og hensynet til barnets beste.¹³⁹

4.2.3 Gjenforeningsmålet

Gjenforeningsmålet går ut på at barn som det offentlige har overtatt omsorgen for, skal tilbakeføres til sine foreldre så fort omstendighetene tillater det.¹⁴⁰ Gjenforeningsmålet ivaretar det biologiske prinsipp, som handler om at barnet primært skal vokse opp i sin biologiske familie.¹⁴¹ Om barnet kan tilbakeføres uten problemer, vil en fortsatt omsorgsovertakelse utgjøre et større inngrep i familielivet enn nødvendig, og gjenforeningsmålet er slik et utslag av minste inngreps prinsipp.¹⁴² Det spesielle med barnevernssaker er at tilbakeføring kan bli umulig. Mens tiden går kan barnets tilknytning til sitt nye miljø, gjøre at hensynet til barnet krever at det blir værende.

Gjenforeningsmålet viktigste funksjon er derfor at staten pålegges *positive* forpliktelser om å arbeide for gjenforening. Utgangspunktet er at alle barnevernstiltak skal være i tråd med gjenforeningsmålet. Myndighetene må jevnlig vurdere om det har skjedd endringer i familiens situasjon. Videre må myndighetene iverksette tiltak som øker sjansen for gjenforening. Gjenforeningsforpliktelsene vil veie tyngre på myndighetene etter hvert som tiden går. Det overordnede kriteriet er om myndighetene har hatt gjenforening som overordnet mål og handlet i tråd med dette.¹⁴³ Omfanget og gjennomføringen av samvær står sentralt i denne vurderingen. Ellers kan hjelpetiltak spille inn. Forskjellige aspekter ved plasseringsstedet er også relevant,

¹³⁷ Se om skjønnsmargin i pkt. 5.2.

¹³⁸ Se hhv. pkt.6.4.2 4.2.3 og 6.4.2.

¹³⁹ Sørensen (2020) s. 111 og Arai-Takahashi (2002) s. 64.

¹⁴⁰ Introdusert i *Olsson v. Sverige nr. 1* [P] (1988) avsnitt 81.

¹⁴¹ Det biologiske prinsipp er vernet i Grunnloven § 104 tredje ledd. Se nærmere i Gording Stand (2007) s. 34–37.

¹⁴² NIM (2020) s. 7 fotnote 26.

¹⁴³ Sørensen (2020) s. 116 med videre henvisning *Dolhamre v. Sverige* (2010) avsnitt 123.

herunder avstanden til foreldrene, om barnet er plassert hos foreldrenes familie, og om barnet plasseres sammen med sine søsken.¹⁴⁴

De positive forpliktelsene under gjenforeningsmålet er imidlertid ikke ubegrenset. Det kreves ikke at myndighetene gjør endeløse forsøk på gjenforening, bare at de tar «all the necessary steps that can reasonably be demanded».¹⁴⁵ Sitatet viser uansett at kravet er strenge. Under visse omstendigheter kan også gjenforeningsmålet forlates. EMD legger til grunn at når en «considerable period of time has passed since a 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.»¹⁴⁶

4.2.4 Barnets beste etter EMD praksis

EMD fremhever hensynet til barnets beste på barnevernsfeltet.¹⁴⁷ Men domstolen forholder seg ikke til barnets beste på en konsekvent måte, og det følgende er derfor kun utgangspunkter.¹⁴⁸ EMD legger til grunn at barnets beste består av to grunnleggende elementer:

«[O]n 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 [...]. On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development [...].»¹⁴⁹

EMDs forståelse av barnets beste inkluderer altså gjenforeningsmålet. EMD legger slik stor vekt på *barnets rett* til familieliv. EMD erkjenner også at barnet har interesse i å utvikle seg i et godt miljø. Dette må gå foran familiebandene når barnets helse og utvikling utsettes for *skade*.

EMDs praksis er uklar på hvilken selvstendig vekt som skal tillegges barnets interesser, der disse står i motsetning til foreldrenes interesser. Både formuleringer som at barnets beste er «of

¹⁴⁴ Sørensen (2020) s. 116.

¹⁴⁵ *R. og H. v. Storbritannia* (2011) avsnitt 88.

¹⁴⁶ F.eks. *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 208 og *K. og T. v. Finland* [GC] (2001) avsnitt 155.

¹⁴⁷ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 204.

¹⁴⁸ Se om utviklingen her i Fenton-Glynn (2020) s. 304–308.

¹⁴⁹ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 207. Først i *Gnahoré v. Frankrike* (2000) avsnitt 59, men da med motsatt rekkefølge på de to elementene.

paramount importance» og «a primary considiration» er brukt.¹⁵⁰ Intuitivt skulle dette bety at barnets interesse var overordnet foreldrenes interesser, og at hensynet til familieliv skulle inngå i vurderingen av barnets beste. EMD ligger imidlertid også til grunn at der foreldrene og barnas interesser kommer i konflikt så må myndighetene

«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.»¹⁵¹

En avveining, der barnets interesse bare *kan* («may») gå foran dersom deres art og alvorlighetsgrad tilsier det, tilsier intuitivt noe annet enn at barnets interesser er «paramount».

4.2.5 Oppsummert

Oppsummert krever artikkel 8's materielle side at man i hver enkelt barnevernssak finner en rettferdig balanse mellom de motstående interessene som gjør seg gjeldede. Hensynet til barnets beste og gjenforeningsmålet gir retningslinjer for denne avveilingen. Selv om hver enkelt sak krever en konkret avveiling, vil de forskjellige type tiltakene utgjøre typetilfeller hvor det er mulig å formulere en mer presis terskel. I den følgende redegjørelsen for de ulike tvangstiltakene i barnevernloven vil jeg løpende vise til de materielle tersklene som *Høyesterett* har utledet fra artikkel 8. Norske rettsanvendere er forpliktet til å begrunne eksistensen og oppfyllelsen også av disse rettslige kriteriene.

4.3 Sentrale tiltak i barnevernloven. Hva må begrunnes?

4.3.1 Introduksjon og barnets beste i norsk rett

Her gis en fremstilling av barnevernslovens regler om omsorgsovertakelse, samværsfastsettelse samt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til tvangsadopsjon. Det er disse tiltakene som har vært oppe til kontroll i de norske barnevernssakene for EMD.¹⁵²

Ifølge Grunnloven § 104 skal barnets beste «være et grunnleggende hensyn». Barnevernloven § 4-1 krever at ved anvendelse av tvangstiltakene i barnevernloven kapittel 4 «skal det legges

¹⁵⁰ *Strand Lobben v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 204 og *Gnahoré v. Frankrike* (2000) avsnitt 59.

¹⁵¹ *Strand Lobben v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 206.

¹⁵² Flere av dommen har også omhandlet tilbakeføring etter omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21. Vurderingene som kreves her ligger tett opp til de som må gjøres ved omsorgsovertakelsen, og jeg viser til behandlingen av dette i pkt. 4.3.2

avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet». Bestemmelsen oppstilles slik et tilleggsvilkår til alle de andre bestemmelsene i kapittel 4. Ordlyden presiserer at det skal legges «avgjørende vekt» på barnets beste. Dette skiller seg fra EMDs avveiningstilnærming. Det er vanskelig å definere begrepet «barnets beste» presise meningsinnhold både rettslig og faktisk.¹⁵³ Det eneste momentet som er fremhevet i barnevernloven § 4-1's ordlyd er at det «skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». Også dette skiller seg fra EMDs forståelse av barnets beste.

4.3.2 Omsorgsovertakelse

Et vedtak om omsorgsovertakelse innebærer at barnevernet blir flyttet fra foreldrene, og barnevernet overtar omsorgsansvaret.¹⁵⁴ Barnet blir plassert hos fosterforeldre eller i barnevernsinstitusjon. Hjemmelen for omsorgsovertakelse er barnevernloven § 4-12. Bestemmelsen fastsetter at omsorgsovertakelse kun kan besluttes dersom det er «nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i», og kan «derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak».¹⁵⁵ Minste inngreps prinsipp er her lovfestet. I første ledd oppstilles fire alternative situasjoner hvor omsorgsovertakelse «kan» bestemmes. Det første er der det foreligger «alvorlige mangler ved den daglige omsorgen barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling», jf. bokstav a. Det andre alternativet er der «foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring», jf. bokstav b. Det tredje er dersom «barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet», jf. bokstav c. Det fjerde, og siste, alternativet er der det er «overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet», jf. bokstav d. Alternativet skiller seg fra de andre alternativene ved å eksplisitt forde en vurdering av fremtiden. Dersom flere av vilkårene er aktuelle foretas en samlet vurdering.

Det første alternativet er det mest praktiske. For å vurdere om det foreligger alvorlige mangler ved enten den «daglige omsorgen» eller «den personlige kontakt og trygghet» barnet får, må det først foretas en vurdering av barnets omsorgsbehov, før dette holdes opp mot foreldrenes

¹⁵³ Se Bendiksen/Haugli (2021) s. 26–28 og Sandberg (2016) s. 57 flg.

¹⁵⁴ Se nærmere i Bendiksen/Haugli (2021) s. 244–265.

¹⁵⁵ Andre ledd, hhv. første og andre punktum.

omsorgsevner. Det er slik domstolenes begrunnelser som regel er bygget opp: en vurdering av barnets omsorgsbehov følges av en vurdering av foreldrenes omsorgsbehov, før det deretter vurderes om forelderens omsorgsevne kan komme på et tilstrekkelig nivå med hjelpetiltak, og til slutt om omsorgsovertakelse vil være til barnets beste.

Når det gjelder omsorgsovertakelser har Høyesterett siden HR-2020-661-S, lagt til grunn at EMDs praksis medfører at omsorgsovertakelser etter barnevernloven § 4-12 kun kan iverksettes dersom det foreligger «very exceptional circumstances».¹⁵⁶ Høyesterett har understreket at ordlyden i barnevernloven § 4-12 er i samsvar med dette kravet.

4.3.3 Samværsfastsettelse

Samvær er kontakt mellom biologisk foreldre og barn etter omsorgsovertakelse.¹⁵⁷ Etter barnevernloven § 4-19 har både barn og foreldre i utgangspunktet rett på samvær.¹⁵⁸ Av hensyn til barnet kan fylkesnemnda bestemme at det ikke skal være samvær. Utover hensynet til barnets beste i bvl. § 4-1, gir ikke loven føringer for samværsfastsettelsen. Det fremgår av forarbeidene at samværsomfanget «henger sammen med spørsmålet om vedtakets varighet og hva som vil være målsetningen med vedtaket».¹⁵⁹ I Rt. 2012 s. 1832 la Høyesterett til grunn at

«[m]idlertidige plasseringer skal ha hyppige samvær for å gjøre en tilbakeføring lettere. Langtidsplasseringer skal ha sjeldnere samvær, og barnet skal ha et kjennsksforhold til de biologiske foreldrene. Formålet med samværet er da å gi barnet en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene, og ikke skap eller opprettholde en følelsesmessig tilknytning til foreldrene.»

I samme dom uttalte Høyesterett at det i de fleste saker om langvarige fosterhjems plasseringer gis samvær tre til seks samvær per år, mens ytterligere begrensning krever sterke og særlige grunner.¹⁶⁰ Undersøkelser har vist at uttalelsen ble oppfattet som et standardsamvær.¹⁶¹ Dette har ført til samværsomfanget ofte ikke drøftes i begrunnelsen dersom fosterplassering er ventet

¹⁵⁶ HR-2020-661-S avsnitt 96 og HR-2020-662-S avsnitt 55–56.

¹⁵⁷ Se nærmere Bendiksen/Haugli (2021) s. 266–287.

¹⁵⁸ Også andre kan kreve samvær, jf. tredje og fjerde ledd.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 51.

¹⁶⁰ Rt. 2012 s. 1832.

¹⁶¹ Gerds-Andresen (2020) f.eks. s. 136. Se og Sørensen (2020) s. 109–110.

å bli langvarig. I HR-2020-661-S tok Høyesterett eksplisitt avstand fra en slik standardnorm.¹⁶² I etterkant av dommene fra EMD har Høyesterett avsagt en rekke dommer hvor domstolen utpenslet hvordan samvær skal fastsettes.

Terskelen etter artikkel 8 varierer med samværsomfanget. Jo mindre samvær, desto høyere terskel. I *K.O. og V.M. v. Norge* uttalte EMD at staten var forpliktet til å gi så mye samvær som mulig uten å utsette barnet for «undue hardship», og formuleringen er fulgt opp av Høyesterett.¹⁶³ Minimalt samvær og samværsnekt krever «very exceptional circumstances».

4.3.4 Fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon

Fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje (tvangsadopsjon), er regulert i barnevernloven § 4-20.¹⁶⁴ Fratakelse av foreldreansvar er et vilkår for tvangsadopsjon. Det eneste vilkåret for fratakelse av foreldreansvar er at det er «vedtatt å overta omsorgen for et barn». Tredje ledd fastsetter videre at fire ytterlige vilkår må være oppfylt dersom det skal samtykkes til tvangsadopsjon. Bokstav a oppstiller to alternative vilkår. Enten må det «regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg», eller så må barnet ha «fått en slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet». Bokstav b krever at «adopsjon vil være til barnets beste». Bokstav c krever at adoptivsøkerne «har vært fosterforeldre for barnet» og «vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget». Bokstav d krever at vilkårene etter adopsjonsloven er oppfylt. Begrunnelse vil som regel rette seg mot vilkårene i bokstav a og b. Vurderingen av foreldrenes omsorgsevne vil minne om den som foretas for omsorgsovertakelser. Vurderingen må baseres på antagelser om fremtiden, minner slik mest om § 4-12 første ledd alternativ d. Dersom det er tilknytning som er det aktuelle grunnlaget, vil vurderingen følge de samme linjene som etter det tilknytningsvilkåret i § 4-21, men med alminnelig beviskrav. Etter EMK artikkel 8 krever tvangsadopsjon at foreligger «very exceptional circumstances» og «an overriding requirement pertaining to the child's best interests».

¹⁶² Avsnitt 125.

¹⁶³ Avsnitt 69. HR-2020-662-S avsnitt 129–137, og deretter i HR-2020-663-S avsnitt 141, HR-2020-1788-A avsnitt 111, HR-2020-1967-A avsnitt 60–61, HR-2020-2081-A avsnitt 73–74 og HR-2021-474-A avsnitt 44–45. For en diskusjon se NIM (2020) s. 44–47.

¹⁶⁴ Se nærmere i Bendiksen/Haugli (2021) s. 287–316.

4.4 Verdikonflikt

Det er en grunnleggende verdikonflikt mellom norsk barnevernrett og EMDs fortolkning av EMK artikkel 8 i barnevernssaker.¹⁶⁵ Forskjellen knytter seg til vurderingen av *hva* som er barnets beste i en konkret sak. Her legger EMD stor vekt på barnets rett til familieliv, også på lengre sikt. I norsk barnevernrett legges det, nærmest tvert imot, stor vekt på at barn har behov for ro og stabilitet. Denne spenningen har blitt påpekt i flere tiår, men de fleste norske barnevernsjurister har foretrukket den norske verdiprioriteringen.¹⁶⁶ Verdikonflikten kan knyttes til forskjellige syn på tillitt til staten. I Norge og andre skandinaviske land har gjennomsnittet høy tillitt til staten.¹⁶⁷ Dette kan blant annet forklares gjennom meget godt utviklede velferdsstater. Tillitten til staten er betraktelig lavere i andre deler av Europa. EMK ble skrevet i kjølvannet av andre verdenskrig, og på 1990-tallet tok også de tidligere sovjetstatene del i konvensjonen. EMK bygger derfor på et grunnleggende premiss om at *frihet* fra statlig inngripen er et gode. Individene er tillagt grunnleggende rettigheter, og staten kan bare gripe inn i disse på strenge betingelser. I en EMK-rettslig proporsjonalitetsvurdering vil derfor unntaket være at statlig inngripen anses som den beste løsningen – så også på barnevernsfeltet.

¹⁶⁵ Se særlig Sandberg (2003) s. 285–304.

¹⁶⁶ Haugli (2000) s. 269 og Sandberg (2003) s. 303. Se nærmere Sørensen (2020) s. 105–111. Spenningen illustreres godt i Prop. 133 L (2020–2021) s. 273: «Departementet mener at en så lang utvidelse av sperrefristen vil kunne være uheldig i lys av kritikken Norge har møtt fra EMD med hensyn til gjenforeningsmålsettingen. [...] Departementet må imidlertid også ta hensyn til den klare tilbakemeldingen fra høringsinstansene hvor det er stor barnefaglig enighet om at man bør minimere antallet rettslige prosesser barna kan involveres i. Dette av hensyn til barnets behov for ro og stabilitet.»

¹⁶⁷ Kjølstad/Koch/Øyrehagen Sunde (2020) s. 107.

5 EMDs prosessorienterte kontroll

5.1 Innledning. EMDs kompetanse og funksjon

Jeg går nå nærmere inn på avhandlingshovedproblemstilling: Hvilken betydning har *domstolsbegrunnelsen* for EMDs etterfølgende kontroll av barnevernssaker mot artikkel 8? Kapittel 5 utgjør et teoretisk grunnlag for analysene i kapittel 6, 7 og 8. EMDs kompetanse (5.1), subsidiaritetsprinsippet (5.2) og særlig EMDs prosessorienterte kontroll (5.3) utgjør viktige elementer her. Til slutt gis en fremstilling av artikkel 8's prosessuelle elementer, samt EMDs generelle prinsipper om subsidiaritet og skjønnsmargin på barnevernsfeltet (5.4).

EMDs *kompetanse* er fastlagt i EMK artikkel 32 nr. 1 som bestemmer at «[t]he jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention». Kompetansen strekker seg altså til alle spørsmål om *tolking* og *anvendelse* av EMK.¹⁶⁸ Dette innebærer at EMD kan fastlegge faktum, tolke rettighetene og subsumere. Den eneste begrensningen ligger i at spørsmålet må gjelde *EMK*. Domstolen kan ikke avsi dom på at en nasjonal avgjørelse var feil eller må oppheves. EMD avgjør selv tvister om domstolens kompetanse, jf. art. 32 nr. 2. EMKs tekst oppstiller imidlertid noen *formelle* begrensninger i EMDs kompetanse. Den viktigste av disse er at klageren skal avvises om klageren ikke har uttømt nasjonale rettsmidler, jf. artikkel 35 nr. 1 og 4.¹⁶⁹

EMDs har to funksjoner i EMK-systemet. For det første avgjør domstolen klagesaker, og sikrer slik enkeltindividers menneskerettigheter. For det andre tolker EMD de vage bestemmelsene i EMK i enkeltsaker, og utpensler slik konvensjonens nærmere innhold. For å sikre at rettighetene i konvensjonen er praktiske og effektive, og ikke teoretiske eller illusoriske, har EMD anlagt en dynamisk fortolkning.¹⁷⁰ EMD må balansere sin dynamiske fortolkning, mot at artikkel 1 bestemmer at statene har det *primære* ansvaret for gjennomføring av konvensjonen.¹⁷¹

¹⁶⁸ Jeg bruker her uttrykket «kompetanse» synonymt med ordlydens «jurisdiction», slik også Pedersen (2016) s. 153 og Spano (2018) s. 492.

¹⁶⁹ Se f.eks. *Bodnariu v. Norge* (2020).

¹⁷⁰ Se f.eks. *Artico v. Italia* (1987) avsnitt 33 og *Vo v. Frankrike* [GC] (2004) avsnitt 82.

¹⁷¹ I *Jurisconsult* (2010) s. 5 avsnitt 14.

5.2 Subsidiaritetsprinsipp, fjerdeinstansdoktrine og skjønnsmargin

Subsidiaritetsprinsippet ligger til grunn for EMK-systemet.¹⁷² Prinsippet går ut på at statene har det primære ansvaret for gjennomføringen av menneskerettighetene, mens EMDs kontroll er subsidiær.¹⁷³ Domstolen trer inn der statene har feilet. Subsidiaritetsprinsippet suppleres altså av prinsippet om statenes primæransvar.¹⁷⁴ Prinsippene bygger på at rettighetene i EMK bør gjennomføres på lavest mulig nivå. Prinsippene danner opphavet til flere av konvensjonens bestemmelser, herunder artikkel 1 om statenes sikringsplikt, artikkel 13 om rett til nasjonalt rettsmiddel og det nevnte kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler.¹⁷⁵ Fra 1. august 2021 blir subsidiaritetsprinsippet en del av EMKs fortale.

*Fjerdeinstansdoktrinen*s opprinnelige betydning er at EMD ikke kan behandle spørsmål om juss eller fakta som ikke omhandler EMKs rettigheter. Den er derfor ikke en fjerde ankeinstans for nasjonale avgjørelser.¹⁷⁶ Et institusjonelt utslag av fjerdeinstansdoktrinen er at Fjerdeinstansdoktrinen henger sammen med EMDs kompetanse, jf. artikkel 32. EMD har særlig benyttet doktrinen i vurderinger av om inngrep har hjemmel i nasjonal rett, siden nasjonale domstoler har best innsikt i nasjonale rett.¹⁷⁷ Fjerdeinstansdoktrinen har også en side til kravet om begrunnelse av rettsavgjørelser som er innfortolket i artikkel 6. Dette skyldes at EMD kan konstatere krenkelse i saker hvor sakens materielle spørsmål ikke gjelder EMK, dersom den nasjonale domstolens begrunnelse har vært mangelfull. Slik kan EMD til en viss grad omgå fjerdeinstansdoktrinen gjennom begrunnelseskontroll etter artikkel 6.

EMDs president, Robert Spano, omtaler *skjønnsmarginlæren* som subsidiaritetsprinsippets «functional tool».¹⁷⁸ Læren står sentralt i EMDs praksis, men domstolen bruker formuleringen om forskjellige fenomen.¹⁷⁹ Letsas skiller mellom materiell skjønnsmargin og strukturell

¹⁷² Se f.eks. *Vučković m.fl. v. Serbia* [GC] (2014) avsnitt 70, og i litteraturen Spano (2014) s. 491. Se om subsidiaritetsprinsippet i Besson (2016).

¹⁷³ Subsidiaritetsprinsippet har en tett tilknytning til det folkerettslige suverenitetsprinsippet.

¹⁷⁴ Se Christoffersen (2009) s. 359 flg. Terminologien knyttet til prinsippet om statenes primæransvar er ikke like innarbeidet som subsidiaritetsprinsippet.

¹⁷⁵ *Scordino v. Italia nr. 1* [GC] (2006) avsnitt 140.

¹⁷⁶ Se f.eks. *Perlala v. Hellas* (2007) avsnitt 25.

¹⁷⁷ Se f.eks. *Pla og Puncernau v. Andorra* (2014) avsnitt 46.

¹⁷⁸ Spano (2018) s. 474.

¹⁷⁹ Se *Handyside v. Storbritannia* [P] (1976) avsnitt 48–50.

skjønnsmargin.¹⁸⁰ Materiell skjønnsmargin beskriver de akseptable løsningene som statene kan komme til i proporsjonalitetsvurderingene EMK krever. Strukturell skjønnsmargin knytter seg til hvor intensivt EMD prøver statenes proporsjonalitetsvurdering. I noen tilfeller drøfter EMD inngående hvilken prøvingsintensitet som gjelder.¹⁸¹ Andre ganger nevnes ikke spørsmålet overhodet. På mange saksfelt har EMD utviklet standardfraser, som siteres i hver sak. Dette gjelder barnevernsfeltet, se punkt 5.4.

Særlig fire forhold påvirker skjønnsmarginen.¹⁸² *For det første* spiller interessene på borgernes side en sentral rolle for fastsettelsen av skjønnsmarginen. Både hvilken type rettighet, hvor viktig rettigheten er for den enkelte og hvor stort inngrep som gjøres er relevant på borgerens side.¹⁸³ Skjønnsmarginen vil være snevrere der rettigheten som står på spill er viktig for individets effektive utøvelse av sentrale eller intime interesser. *For det andre* spiller det en rolle hvilken interesse myndighetene søker å ivareta ved inngrepet. Jo tyngre samfunnsmessig interesse, desto videre skjønnsmargin. De to første forholdene henger tett sammen med *materielle* proporsjonalitetsvurderingen. *For det tredje* spiller det en rolle om det kan spores en konsensus blant medlemstatene, eller i internasjonal rett ellers.¹⁸⁴ Jo mindre konsensus, desto videre skjønnsmargin. *For det fjerde* har den nasjonale beslutningsprosessen betydning ved fastsettelsen av skjønnsmarginen. De siste årene har EMD vektlagt prosessuelle forhold i større grad enn tidligere.¹⁸⁵ Den nylige avsagte storkammerdommen *M.A. v. Danmark* fra 2021 er et kron eksempel i så måte.¹⁸⁶ En rekke elementer ved den nasjonale prosessen er av betydning, og presenteres i neste punkt.¹⁸⁷

¹⁸⁰ Letsas (2006) s. 796 flg. Det er den sistnevnte forståelse som er vanligst å vise til, se f.eks. Aall (1995) s. 56, Møse (2002) s. 417 og Sandberg (2003) s. 153.

¹⁸¹ F.eks. *M.A. v. Danmark* [GC] (2021) avsnitt 140–163.

¹⁸² Slik som f.eks. Nyhus (2016) s. 364. Det finnes forskjellige oppfatninger om oppdelingen.

¹⁸³ Se f.eks. *S. og Marper v. Storbritannia* [GC] (2009) avsnitt 102.

¹⁸⁴ *M.A. v. Danmark* [GC] (2021) avsnitt 151 flg.

¹⁸⁵ Men også tidligere var den nasjonale prosessen av betydning, se Sørensen (2004) s.160.

¹⁸⁶ *M.A. v. Danmark* [GC] (2021) avsnitt 147.

¹⁸⁷ Holten (2018) s. 119–122 oppstiller seks kategorier.

5.3 EMDs prosessorienterte kontroll

5.3.1 EMDs to tidsepoker

De siste 10 årene har det skjedd en generell dreining mot et større innslag av prosessuelle elementer i EMDs argumentasjon knyttet til materielle EMK-rettigheter, slik som artikkel 8.¹⁸⁸ Dette henger sammen med medlemsstatenes økte fokus på subsidiaritet.¹⁸⁹ President Spano deler EMDs historie inn i to tidsepoker.¹⁹⁰ Den første kaller han «the substantive embedding phase», som startet på ved domstolens opprettelse i 1959, og varte frem til slutten av 2000-tallet. De første tiårene avsa imidlertid EMD svært få saker, og at de få som ble avsagt var vennlig innstilt overfor statene.¹⁹¹ Så sent som i 1976 ville et mindretall på 7 av 15 dommere, anlegge en god-tro standard for kontrollen av statene. Dette ble avvist av flertallet, og i tiden etter foretok EMD gjennomgående en strengere kontroll.¹⁹² Etter min mening begynte derfor ikke fasen for materiell implementering før på 1980-tallet. Denne varte helt til EMD på starten av 2010-tallet gikk over i sin andre tidsepoke, «the procedural embedding phase».¹⁹³ Jeg brukes Spanos tidsepoker i analysen i kapittel 6

«The substantive embedding phase» kan oversettes til *fasen for materiell implementering*. I denne fasen ivaretok EMD sitt ansvar etter artikkel 19, ved å utpensle de vage rettighetene i EMKs ordlyd.¹⁹⁴ EMD foretok gjennomgående en fullstendig omprøving av sakene, og så i liten grad hen til hvordan spørsmålet hadde blitt løst på nasjonalt plan. Gjennom fasen for materiell implementering utviklet EMD de generelle prinsippene som gjelder for tolkingen og anvendelsen av EMK på de aller fleste områder – også barnevernsfeltet.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Se Madsen (2018) s. 211, Madsen (2021B) s. 15 og Mowbray (2015) s. 337–338. Også straffeprosessutvalget nevner utviklingen i NOU 2016: 24 s. 131. Christoffersen (2009) blir ofte trukket frem som den som først påpekte fenomenet. Fra norsk litteratur se Rui (2013A), Sørensen (2014), Solheim (2019) s. 381–382, Holten (2018), Rui (2021) s. 194–195. Fra internasjonal litteratur se f.eks. Brems (2013), Arnardóttir (2015) og (2018), Huijbers (2017), Kleinlein (2019), Gerards (2017), Nussberger (2017), og Sormunen (2020).

¹⁸⁹ Spano (2018).

¹⁹⁰ Spano (2018), «The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law». Allerede i 2014 hevdet Spano EMD gått inn i «the Age of Subsidiarity», Spano (2014) s. 491.

¹⁹¹ Ifølge Madsen (2016) s. 142–143 skyldes dette at sentrale ikke ennå hadde akseptert domstolens jurisdiksjon.

¹⁹² *Sunday Times v. Storbritannia* [P] (1979).

¹⁹³ Spano (2018) s. 480.

¹⁹⁴ Spano (2018) s. 475.

¹⁹⁵ Spano (2018) s. 476 anslår at dette gjelder 90–95 prosent av EMDs saker.

«The procedural embedding phase» kan oversettes til *fasen for prosessuell implementering*. I denne fasen har EMD skiftet fokus fra en selvstendig implementering av konvensjonen, til å skulle gjennomføre de allerede utpenslede rettighetene i tettere samarbeid med statene.¹⁹⁶ EMD kan nå operasjonalisere subsidiaritetsprinsippet også i sin kontroll av individklagesaker, ved å innrømme større skjønnsmargin dersom statene har implementert rettighetene på en god måte. I fasen for prosessuell implementering kan det også spores en dreining mot mer prosessuell argumentasjon i EMDs praksis.

5.3.2 Prosessuell dreining – to hovedkategorier

Det er vanlig å dele den prosessuelle dreiningen i EMDs praksis inn i to hovedkategorier. Den første kategorien er innfortolkning av prosessuelle rettigheter (og plikter) i materielle rettigheter, mens den andre er EMDs prosessorienterte kontroll.¹⁹⁷ Når EMD innfortolker prosessuelle garantier i materielle rettigheter, blir disse en del av rettighetenes omfang.¹⁹⁸ Et brudd på innfortolkede prosessuelle garantier vil *i seg selv* utgjøre et brudd på den materielle EMK-rettigheten, uansett om resultatet i saken materielt sett ikke krenket EMK.¹⁹⁹ Et eksempel er når rett til deltakelse og kontradiksjon blir innfortolket i artikkel 10 om ytringsfrihet.²⁰⁰

Den prosessorienterte kontrollen står sentralt i fasen prosessuell implementering.²⁰¹ Prosessorientert kontroll er omfattende behandlet i juridisk teori, og forskjellige forfatter legger til dels ulikt meningsinnhold i betegnelsen.²⁰² Her vil prosessorientert kontroll brukes om der «EMD [...] vektlegger kvaliteten av den nasjonale beslutningsprosess i vurderingen av om en stat har holdt seg innenfor skjønnsmarginen.»²⁰³ Det er viktig å presisere at jeg her sikter til

¹⁹⁶ Spano (2018) s. 474.

¹⁹⁷ Gerrard (2017) s. 129, Kleinlein (2019) s. 93 og Arnardóttir (2018) s. 233–234..

¹⁹⁸ Kleinlein (2019) s. 93 og Arnardóttir (2017) s. 14.

¹⁹⁹ Et beslektet fenomen er når EMD legger til grunn at art. 1 pålegger statene positive sikringsforpliktelser om etterforskning og håndheving av tilfeller hvor private har krenket andre privates rettigheter etter art. 2 og 3, jf. art. 1. Også på barnevernsfeltet har EMD innfortolket slike positive forpliktelser for staten til å hindre grov omsorgssvikt. Se O'Mahony (2019) s. 660–693 og Søvig (2005A).

²⁰⁰ *Karacsony m.fl. v Ungarn* [GC] (42461/13 og 44357/13 – 17. mai 2016) avsnitt 148–162. Se flere eksempler i Brems (2013) s. 137–161.

²⁰¹ Jf. Spano (2019) s. 480. Termen jeg bruker er en oversettelse av Spano (2018) s. 480: «process-based review». Også Sørensen (2014) s. 350 bruker denne termen.

²⁰² Huijbers (2019) går gjennom relevant litteratur på s. 94–97.

²⁰³ Sørensen (2014) s. 355.

både den materielle og strukturelle skjønnsmarginen. Den prosessorienterte kontrollen har nemlig betydning både for EMDs proporsjonalitetsvurderinger og prøvingsintensitet.

5.3.3 Nærmere om prosessorientert kontroll

I en prosessorientert kontroll kan EMD vektlegge typiske prosessuelle forhold, slik som hvor mange instanser som behandlet saken nasjonalt, om klageren var representert av advokat, om det ble hentet inn rapporter fra sakkyndige, hvor mange vitner som ble hørt osv. Når slike forhold vektlegges, vil det være en glidende overgang mot de prosessuelle garantiene som er innfortolket i artikkel 8.

Det som særpreger den prosessorienterte kontrollen, er imidlertid når EMD vektlegger hvordan nasjonale myndigheter har vurdert forholdet til EMK. I noen tilfeller vurderer EMD om en lov er strid med EMK, og da vil fokus rette seg mot hvordan forholdet til EMK ble vurdert under lovgivningsprosessen.²⁰⁴ På barnevernsfeltet er det imidlertid som regel domstolenes anvendelse av loven i en konkret sak, som blir vurdert mot EMK artikkel 8. I barnevernssakene retter derfor EMDs prosessorienterte kontroll seg mot hvordan forholdet til EMK er vurdert i *domstolsbegrunnelsene*. EMDs president Spano, uttrykker det slik: «States Parties demonstrate through their actions, in particular the reasoning provided by national courts, whether deference is due under the principle of subsidiarity.»²⁰⁵ Gjennom begrunnelsen kan altså domstolene gjøre seg fortjent til en vid skjønnsmargin.

Når EMD anlegger en prosessorientert kontroll med fokus på hvordan EMK-spørsmålet er behandlet nasjonalt, endres domstolens proporsjonalitetsvurdering.²⁰⁶ Tidligere foretok EMD gjennomgående sin egen, og selvstendige, vurdering av om inngrepet var proporsjonalt. Rui omtaler dette som en «indre, materiell forholdsmessighetskontroll».²⁰⁷ Når fokus heller rettes mot om nasjonale domstoler har løst saken i tråd med EMK og EMDs praksis, kan man med

²⁰⁴ *Animal Defenders International v. Storbritannia* [GC] (2013) og *Lindheim v. Norge* (2012) er kjente eksempler på prosessorientert kontroll av lovgivningsprosesser. Se nærmere Saul (2021).

²⁰⁵ Spano (2018) s. 492.

²⁰⁶ Spano (2018) s. 480–481,

²⁰⁷ Rui (2021) s. 194.

Rui omtale proporsjonalitetsvurderingen som en «ytre, prosessuell kontroll».²⁰⁸ Arnardóttir beskriver det samme skillet slik:

«The key difference [...] is that instead of performing its own proportionality assessment in concreto [...], the Court focuses on an evaluation of the quality of the national court's reasoning and whether it correctly applied established Convention standards to the facts of the case.»²⁰⁹

Den vanligste formen for en slik ytre, prosessuell kontroll er at EMD forholder seg tett til den nasjonale domstolsbegrunnelsen, men også knytter noen egne bemerkninger til inngrepets proporsjonalitet.²¹⁰ Derfor benytter noen forfattere også termer som «substance-flavoured procedural review» og «semi-procedural review».²¹¹ Dersom domstolsbegrunnelsen avdekker at EMK-spørsmålet ikke er behandlet på en tilfredsstillende måte snevres imidlertid skjønnsmarginen inn, og EMD foretar en indre, materiell kontroll av inngrepet selv. Dette er beskrevet i *Matúz v. Ungarn*:

«If the reasoning of the national court demonstrates a lack of sufficient engagement with the general principles of the Court under Article 10 of the Convention, the degree of margin of appreciation afforded to the authorities will necessarily be narrower.»²¹²

I noen tilfeller velger EMD å fullstendig frastå fra å foreta sin egen proporsjonalitetsvurdering, dersom domstolsbegrunnelsen viser at avgjørelsen ble tatt ut fra relevante prinsipper i EMDs praksis. Denne formen for prosessorientert kontroll ble først utviklet i saker som gjaldt avveining mellom yringsfriheten og privatlivet etter henholdsvis artikkel 10 og 8. Her oppstilte EMD en sjekkliste på fem kriterier som skulle tas i betraktning, og utviklet følgende test:

«Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts.»²¹³

²⁰⁸ Rui (2021) s. 194. Rui introduserte dette begrepsparet i Rui (2013A) s. 41 på engelsk og Rui (2013B) s. 316 på norsk. Det er senere tatt i bruk av bl.a. Sørensen (2014) s. 349 og Madsen (2018) s. 201.

²⁰⁹ Arnardóttir (2017) s. 26.

²¹⁰ Arnardóttir (2018) s. 230.

²¹¹ Hhv. Brems (2017) s. 35 og Bar-Siman-Tov (2012) s. 272.

²¹² *Matúz v. Ungarn* (2014) avsnitt 35.

²¹³ *Von Hannover v. Tyskland nr. 2* [GC] (2012) avsnitt 88.

Testen er oppkalt etter dommen hvor den først ble introdusert, nemlig *Von Hannover nr. 2*. For norske forhold er *Lillo-Stenberg og Sæther* et velkjent eksempel der Von Hannover-testen ble anvendt.²¹⁴ Testen er også omtalt som «the responsible domestic courts doctrine».²¹⁵ Dette navnet sikter til at det som regel er de nasjonale *høyesterettene* som i siste instans har avgjort forholdet til EMK. EMD er i større grad villig til å vise tilbakeholdenhet, når den vet at EMK-spørsmålet er håndtert av noen av medlemsstatenes fremste dommere. Som nevnt, har de fleste norske barnevernssakene for EMD vært sist realitetsbehandlet i tingretten.

De siste årene har EMD også anvendt Von Hannover-testen på utlendingssaker som kun gjelder artikkel 8.²¹⁶ Det siste eksempelet på dette er storkammersaken *M.A. v. Danmark* fra juli 2021.²¹⁷ Dommen er også det første eksempelet på at EMD på prinsipielt grunnlag viser til hvordan den nasjonale beslutningsprosessen påvirker skjønnsmarginen.²¹⁸ Saken gjaldt utvidelse av karantenetiden før man kunne søke om familiegjening, fra ett til tre år. Dansk Høyesterett hadde anvendt EMDs prinsipper og kommet til at den nye loven var i tråd med artikkel 8. EMD erkjente også at dens egen praksis på området var uklar, da dommen ble avsagt. Likevel konstaterte EMD krenkelse, blant annet fordi den nye loven ikke åpnet for individuelle vurderinger. Saken illustrerer et viktig poeng med prosessorientert kontroll. Selv om kontrollen er *orientert* mot prosessen, har ikke EMD på noen måte gitt fra seg *formell* kompetanse. Ifølge artikkel 32 rekker den fortsatt til alle spørsmål om tolking og *anvendelse* av konvensjonen. EMD avgjør derfor fortsatt i siste instans om et inngrep er i tråd med EMK eller ikke.²¹⁹

Et spørsmål knytter seg til hvordan EMD avgjør kvaliteten på den nasjonale domstolsbegrunnelsen. En løsning kan være å stille seg følgende spørsmål: Har myndighetene vist at det gripes inn i en rettighet EMK-rettighet? Har myndighetene vist at de har foretatt en proporsjonalitetsvurdering? Har myndighetene vist at proporsjonalitetsvurderingen er utført i samsvar med EMDs prinsipper?²²⁰ Jo, flere spørsmål som kan besvares med ja, desto høyere kvalitet holder domstolsbegrunnelsen. EMD kan også gjennom formuleringen av sine egne

²¹⁴ Se om *Lillo-Stenberg og Sæther v. Norge* (2014) i Bårdsen (2014) s. 1300–1305.

²¹⁵ Çalı (2016) s. 152 flg.

²¹⁶ *Ndidi v. Storbritannia* (2017) avsnitt 76. Se Spano (2018) s. 487.

²¹⁷ *M.A. v. Danmark* [GC] (2021).

²¹⁸ Avsnitt 147–150.

²¹⁹ Slik understreket av Spano (2018) s. 493.

²²⁰ De to siste spørsmålene er inspirert av Sørensen (2014) s. 358.

prinsipper, i større eller mindre grad tilrettelegge for at nasjonale domstoler skal avgjøre saker basert på disse prinsippene.²²¹ På områder hvor EMD har oppstilt en sjekklister, slik som i saker hvor artikkel 8 og artikkel 10 skal avveies mot hverandre, er svært egnet for en prosessorientert kontroll.²²² På saksområder hvor det ikke foreligger fast EMD-praksis, vil en prosessorientert kontroll være vanskeligere, men her kan EMD vektlegge de typiske prosessuelle garantiene. Det som hyppigst forekommer i EMDs praksis er imidlertid saker hvor EMD over tid har utviklet generelle prinsipper for et spesifikt saksfelt. Dette er tilfellet for barnevernsfeltet. Som vist i kapittel 4, kan det imidlertid være vanskelig å operasjonalisere gjenforeningsmålet, og spesielt hensynet til barnets beste, i en konkret sak. Det er likevel grunn til å tro at EMD vil vise større tilbakeholdenhet dersom retningslinjene er nevnt i den norske begrunnelsen.

5.3.4 Fordeler og ulemper ved prosessorientert kontroll

Prossessorientert kontroll gjør det mulig å effektivisere EMDs prøving av individklagesaker. Dersom EMD kan unngå å gå langt inn i sakens materielle spørsmål, kan saken avgjøres på kortere tid. Dette kan bøte på EMDs restanseproblem. Videre tilsier rollen som overnasjonal domstol at EMD ikke detaljstyrer enkeltsaker i medlemsstatene, men griper inn der prosessen har vært kritikkverdig. Kritikken av nasjonale prosesser vil tvinge medlemsstatene til å gjennomføre grundige prosesser nasjonalt i første omgang. Videre imøtegår EMDs hensyntagen til subsidiaritetsprinsippet statenes oppfordringer på det siste tiåret. Dette kan bidra til EMDs legitimitet og politiske støtte ivaretas.

En innvending mot prosessorientert kontroll er at nasjonale myndigheter får mindre veiledning i hvordan de skal anvende EMK-rettighetene nasjonalt. I *LO og NTF v. Norge* gjorde EMD et forsøk på å bøte på dette problemet.²²³ Spørsmålet i saken var om det at Høyesterett hadde funnet en boikott rettstridig, var i strid med foreningsfriheten i artikkel 11. EMD anvendte Von Hannover-testen, og kom raskt til at den ikke hadde «strong reasons» for å erstatte sin vurdering av proporsjonaliteten for Høyesteretts. Likevel ga imidlertid EMD flere retningslinjer for hvordan Høyesterett *burde* lagt opp proporsjonalitetsvurderingen sin.²²⁴

²²¹ Se Sormunen (2020) s. 756–765.

²²² Et annet utvisning av utledninger, se *Üner v. Nederland* [GC] (2006) avsnitt 57. Se Brems (2017) 35–37.

²²³ *Case of Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway* (2021). Også kjent som *Holship*, og ble avgjort av Høyesterett i HR-2016-2554-P.

²²⁴ Avsnitt 116–118.

En annen innvending mot prosessorientert kontroll er at det kan føre til prosessuell «window dressing».²²⁵ Argumentet bygger på at en god beslutningsprosess ikke *nødvendigvis* fører til en god avgjørelse. Det er en fare for at den prosessorienterte kontrollen fører til at statene blir mer opptatt av formaliteter og formuleringskrav, enn på reell beskyttelse av menneskerettigheter. Om EMD godtar nasjonale beslutning som *materielt* står i et tvilsomt forhold til EMK, kun fordi spørsmålet er behandlet grundig nasjonalt, vil dette kunne svekke den enkeltes vern.

EMDs president, Spano, er en tydelig forkjemper for prosessorientert kontroll. Dette er imidlertid et kontroversielt tema blant EMDs dommere.²²⁶ I flere storkammersaker er dette kommet til syne gjennom skarpe dissenser, herunder.²²⁷ Huijbers har spurt en rekke av EMDs dommere om den prosessorienterte kontrollen, og svarene var svært sprikende.²²⁸ Hvilken sammensetning domstolen får i en gitt sak kan derfor påvirke graden av prosessorientering i EMDs kontroll.

5.4 EMK artikkel 8's prosessuelle side og subsidiaritet

I kapittel **Feil! Fant ikke referanseilden.** redegjorde jeg for EMK artikkel 8's *materielle* elementer. I 2009 uttalte Christoffersen at barnevernsområdet «displays the most comprehensive and complex proceduralization of any substantive provision in the ECHR».²²⁹ Uttalelsen står seg i 2021. Her skal jeg fremstille EMK artikkel 8's *prosessuelle* elementer. Jeg vil også redegjøre for standardformuleringene knyttet til subsidiaritet og skjønnsmargin som EMD gjennomgående legger til grunn på barnevernsfeltet.

I *W. v. Storbritannia* fremhevet EMD at avgjørelser på barnevernsfeltet ofte er irreversible.²³⁰ Barnet kan etablere bånd med sine nye omsorgspersoner, slik at det ikke er i barnets interesse å bli tilbakeført. Derfor er det særlig viktig å beskytte mot vilkårlige inngrep på dette området. Domstolen innfortolket derfor prosessuelle garantier i artikkel 8. Om disse er oppfylt må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Vurderingstemaet er om

²²⁵ Gerards/Brems (2017) s. 6.

²²⁶ Se f.eks. nylig avgåtte EMD-dommer Angelica Nussbergers innvendinger i Nussberger (2017) s. 165–172.

²²⁷ F.eks. *Animal Defenders International v. Storbritannia* [GC] (2013) og *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019).

²²⁸ Huijbers (2019) s. 397.

²²⁹ Christoffersen (2009) s. 463.

²³⁰ *W. v. Storbritannia* [P] (1987) avsnitt 62.

«the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests and have been able fully to present their case [...]»²³¹

Essensen er at foreldrene må gis en mulighet for *reell kontradiksjon*. EMD har her vektlagt en rekke forskjellige aspekter ved den nasjonale prosessen. Dette inkluderer rett til å tale sin sak,²³² føre bevis og imøtegå myndighetenes bevis,²³³ anke,²³⁴ få forhåndsvarsel,²³⁵ få innsyn²³⁶ og juridisk bistand.²³⁷ I visse tilfeller vil det kunne konstateres krenkelse om det ikke er innhentet sakkyndigrapport.²³⁸ Om sakkyndigrapport er påkrevd beror på barnets alder og modenhet, samt hvor klart det har gitt uttrykk for sitt syn.²³⁹

Forholdet mellom artikkel 6 om rettferdig rettergang og de prosessuelle garantiene innfortolket i artikkel 8 var tidligere omdiskutert. De siste 20 årene har imidlertid EMD latt være å behandle artikkel 6, der det også er innfortolket prosessuelle krav i artikkel 8.

I barnevernssakene fremhever EMD gjennomgående generelle betraktninger knyttet til subsidiaritet. Det følgende er basert på oppsummeringen som gis i storkammersaken *Strand Lobben*.²⁴⁰ EMD fremhever at den tar hensyn til at synet på statens inngrep i familieforhold varierer mellom medlemsstatene. Blant annet tradisjoner og tilgjengelige ressurser påvirker dette synet. Domstolen uttaler også at den tar hensyn til at nasjonale myndigheter har direkte kontakt med sakens parter på tidspunktet når avgjørelsene blir tatt. EMDs rolle er derfor ikke å overta statenes oppgaver på barnevernsfeltet. EMD skal kun kontrollere om avgjørelsene myndighetene har fattet, er i tråd med EMK.

²³¹ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 212.

²³² *Süss v. Tyskland* (2005) avsnitt 92.

²³³ *C. v. Finland* (2006) avsnitt 58.

²³⁴ *W. v. Storbritannia* [P] (1987) avsnitt 63.

²³⁵ *A.K. og L. v. Kroatia* (2013) avsnitt 78–80.

²³⁶ *Buchberger v. Østerrike* (2001) avsnitt 43.

²³⁷ *P., C., og S. v. Storbritannia* (2002) avsnitt 137.

²³⁸ *Elsholz v. Tyskland* [GC] (2000) avsnitt 53.

²³⁹ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 213.

²⁴⁰ Avsnitt 210.

EMD har videre utviklet en del standardfraser knyttet til hvilken skjønnsmarginen som innrømmes på barnevernsfeltet. Det følgende er også basert på *Strand Lobben*.²⁴¹ I tråd med de generelle utgangspunktene for skjønnsmarginen, varierer den også på barnevernsfeltet ut fra sakens art, og hvor alvorlige interesser som står på spill. De to interessene EMD trekker frem er å beskytte et barn i en situasjon som alvorlig truer dets helse og utvikling, og å gjenforene familien så fort som mulig. EMD oppstiller en vid skjønnsmargin for *omsorgsovertakelser*. Skjønnsmarginen snevres imidlertid inn for alle ytterligere inngrep i familielivet, slik som begrensninger i *samvær*, *foreldreansvar* og *tvangsadopsjon*. Slike tiltak er underlagt en strengere kontroll – «a stricter scrutiny». Den snevre skjønnsmarginen ved ytterligere inngrep i familielivet, skyldes at slike tiltak kan føre til at familiebandene blir fullstendig avskåret. Også ivaretagelsen av de *prosessuelle garantiene* er underlagt «stricter scrutiny».

²⁴¹ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 11.

6 EMD, barnevern og begrunnelse. 1980 til 2019

6.1 Introduksjon

6.1.1 Problemstilling og metode

I kapittel 6 analyserer avhandlingens problemstilling – domstolsbegrunnelsen betydning for EMDs kontroll av barnevernssaker mot artikkel 8 – gjennom en kronologisk analyse av utviklingen i EMDs praksis siden de første barnevernssakene på 1980-tallet, og frem til i dag. Et sentralt siktemål er å avdekke om begrunnelsen kan utgjøre en krenkelse av artikkel 8 *i seg selv*. I så fall er krav til begrunnelse innfortolket i artikkel 8 som en prosessuell garanti. Et annet sentralt siktemål er å avdekke om, og i så fall hvordan, begrunnelsen påvirker den skjønnsmargin EMD innrømmer statene. I dette tilfellet utgjør begrunnelsen et sentralt premiss for EMDs prosessorienterte *kontroll*.

Analysene vil hovedsakelig knytte seg til EMDs vurderinger av om et inngrep er «nødvendig i et demokratisk samfunn» i artikkel 8 nr. 2 («nødvendighetsvurderingen»). Der analysen rettes mot andre forhold vil det påpekes. De to fasene presentert i punkt 5.3.1 – fasen for materiell implementering og fasen for prosessuell implementering – blir brukt for å strukturere analysen.

Valget av en kronologisk analyse skyldes fire forhold. *For det første* er rettskildebildet usikkert. Per juli 2021 venter minst 24 norske barnevernssaker på behandling av EMD, og man vet ikke hva EMD vil komme til her. Den kronologiske analysen vil få frem de forskjellige rollene begrunnelsen har spilt tidligere, og slik peke på hvilken rolle begrunnelsen kan spille fremover. *For det andre* vil jeg kunne vise utviklingstrekk. EMDs praksis er inkonsekvent og sprikende, og en kronologisk analyse muliggjør å påpeke der dette er tilfellet. *For det tredje* kan jeg se barnevernsfeltet i lys av mer generelle utviklingstrekk i EMK-systemet. Dette innebærer både å se barnevernsdommene i et institusjonelt, kulturelt og funksjonelt lys, og ikke minst å analysere dommene i lys av EMDs prosessorienterte kontroll. *For det fjerde* gjør den kronologiske analysen det mulig å undersøke følgende påstand fra Holten: På barnevernsfeltet «har ikke EMD beveget bruken av skjønnsmarginen ytterligere i retning av en mer prosessuell kontroll» de siste 20 årene.²⁴²

²⁴² Holten (2018) s. 133.

6.1.2 Tre tolkingsalternativer: «relevant and sufficient reasons»

I storkammersaken *Strand Lobben m.fl. v Norge* blir følgende formulering brukt som utgangspunkt for nødvendighetsvurderingen:

«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.»²⁴³

Formuleringen har gått igjen i EMDs praksis på barnevernsfeltet helt siden den ble introdusert i *Olsson v. Sverige nr. 1* fra 1988.²⁴⁴ Den kan også gjenfinnes i praksis knyttet til artikkel 8 på andre saksfelt, samt praksis tilknyttet andre rettigheter. Uttalelsens nærmere betydning er ikke åpenbar, og forholdet til proporsjonalitetskravet er uklart.²⁴⁵ Likevel er uttrykksformen viet svært liten plass i juridisk teori.²⁴⁶ Ordet «reasons» kan oversettes til både «grunner» og «begrunnelse». Disse ordene er tett knyttet sammen, men blir, som nevnt i punkt **Feil! Fant ikke referanseilden.**, brukt på forskjellige måter i både språkbruk og juss.²⁴⁷ Gitt den nære sammenhengen med avhandlingens tema, og den sentrale betydningen formuleringen har i EMDs praksis, skal jeg oppstille tre tolkingsalternativer som vil undersøkes i den følgende analysen:

(i) Det første alternativet er at «relevant and sufficient reasons» er en beskrivelse av den *kontrollen* EMD foretar når den undersøker om et inngrep er proporsjonalt. Myndighetene må legge frem relevante grunner som er tilstrekkelige til at inngrepet rettfærdiggjøres, og da vil inngrepet være *materielt* proporsjonalt.²⁴⁸ Formuleringen er da ikke en *tolking* av nødvendighetsvilkåret – tolkingen av vilkåret er at inngrepet må være materielt proporsjonalt.

²⁴³ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 203.

²⁴⁴ *Olsson v. Sverige nr. 1* [P] (1988) avsnitt 68.

²⁴⁵ Se Gerards (2005) s. 151 fotnote 207: «It is moreover important that the precise meaning of this requirement for the decision on the substantive provision is not particularly clear: not only is it unclear what is intended by the combination of concepts, but it is also somewhat vague as to the relationship of the requirement of ‘sufficiency’ compared to the requirements of necessity and proportionality». I Gerrards (2013) s. 468 legger hun til grunn at formuleringens «concrete meaning has remained obscure».

²⁴⁶ Det er f.eks. påfallende at en av grundigste analysene som finnes er inntatt i en fotnote (207) hos Brems (2005) s. 151. Se ellers Arai-Takahashi (2002) s. 87–88. Havre (2015A) s. 88–101 behandler formuleringen grundig i tilknytning til art. 5 nr. 3.

²⁴⁷ I HR-2020-661-S avsnitt 76 oversettes uttalelsen til at «begrunnelsen for inngrepet må være relevant og tilstrekkelig»,

²⁴⁸ Fenton-Glynn (2020) s. 314 kan tolkes i denne retning når hun omtaler uttalelsen som «substantive boundarises». Havre (2015A) legger til grunn at EMD foretar en proporsjonalitetsvurdering når den undersøker om myndighetene fremførte «relevant and sufficient reasons» i saker om artikkel 5 nr. 3, s. 88–101.

Denne forståelsen er *nøytral*, i den forstand at den verken pålegger statene større eller mindre forpliktelser.

(ii) Det andre alternativet er at «relevant and sufficient reasons» er et *prosessuelt* krav om å legge frem grunner som er relevante og tilstrekkelige, som kommer i tillegg til at inngrepet må være materielt proporsjonalt.²⁴⁹ I forlengelsen av denne forståelsen oppstår det spørsmål om grunnene må fremgå av domstolsbegrunnelsen, eller om statene kan legge grunnene frem i en eventuell etterfølgende prosess for EMD. Forståelsen innebærer at et inngrep som er *materielt* proporsjonalt, likevel kan utgjøre en krenkelse dersom det ikke *prosessuelt* er lagt frem relevante og tilstrekkelige grunner. Denne forståelsen utvider statenes forpliktelser.

(iii) Det tredje alternativet er at «relevant and sufficient reasons» er det eneste kravet som følger av nødvendighetsvilkåret. Gitt en slik forståelse vil ikke EMD kontrollere om inngrepet er materielt proporsjonalt, men kun om staten prosessuelt har lagt frem relevante og tilstrekkelige grunner. En slik utelukkende *prosessuell* forståelse innebærer at statene pålegges mindre forpliktelser.

Den grundigste analysen følger i punkt 6.2.3 om *Olsson*-dommen. Deretter vil jeg vise til tolkingsalternativene der en aktuell dom særlig belyser hvilken forståelse som er rett. I oppsummeringskapitlet, punkt **Feil! Fant ikke referanseilden.**, konkluderer jeg med hvilken forståelse som *bør* legges til grunn.

6.2 1980–1989. Fasen for materiell implementering sin start

6.2.1 Generelt i EMD. Gryende selvtilit

I løpet av 1980-tallet tilrådte to nye stater i Europarådet, som i 1989 rommet 23 medlemsstater. Fra 1980 til 1989 økte antall årlige klager fra 396 til 1445.²⁵⁰ På 1970-tallet hadde domstolen avsagt flere viktige avgjørelser, og på 1980-tallet startet fasen for materiell implementering for alvor.²⁵¹ I 1980 avsa domstolen 4 dommer, mens den i 1989 avsa 24.²⁵² Viktige stater som Storbritannia og Frankrike hadde godkjent EMDs jurisdiksjon i individklagesaker.²⁵³ Der

²⁴⁹ Knyttet til advokaters taushetsplikt mener Rui (2013B) s. 318, kravet gjelder i tillegg til proporsjonalitetskravet.

²⁵⁰ Bates (2010) s. 393.

²⁵¹ Se Madsen (2016) s. 151–158 om denne utviklingen.

²⁵² Nussberger (2020) s. 23.

²⁵³ Hhv. i 1966 og 1981, jf. Madsen (2004) s. 63.

domstolen tidligere anla en statsvennlig kontroll for å overbevise statene om at det var trygt å gi individklageadgang, fikk domstolen nå økt selvtillit.²⁵⁴ Selvtilliten viste seg gjennom flere saker hvor den anvendte læren om dynamisk konvensjonstolkning i tråd med samfunnsutviklingen.²⁵⁵ På denne tiden var systemet slik at individklager først ble brakt inn for *kommisjonen*. Kun dersom kommisjonen fant krenkelse, foretok *domstolen* en ny og fullstendig behandling av saken.²⁵⁶

6.2.2 De første barnevernssakene

I de første barnevernssakene frikjente kommisjonen gjennomgående statene.²⁵⁷ De første sakene for domstolen var fem plenumsdommer mot Storbritannia, avsagt 8. juli 1987.²⁵⁸ Det britiske barnevernssystemet var blottet for rettsikkerhetsgarantier, og klagen var derfor rettet mot prosessuelle forhold.²⁵⁹ EMD innfortolket rett til deltakelse og kontradiksjon som prosessuelle garantier i artikkel 8, og konstaterte krenkelse i alle sakene.²⁶⁰ Ifølge EMD var det særlig viktig å unngå vilkårlige avgjørelser på barnevernsfeltet, da barnet kunne bli tilknyttet fosterforeldrene. En dommer mente domstolen på eget initiativ burde vurdert sakenes materielle sider.²⁶¹

6.2.3 Olsson nr. 1: «relevant and sufficient reasons»

Det skulle bare gå ett år før domstolen for første gang tok stilling til de materielle sidene ved en barnevernssak. Plenumsdommen *Olsson v. Sverige nr. 1* ble avsagt i 1988.²⁶² Saken gjaldt omsorgsovertakelse, samvær og plassering av tre søsken.²⁶³

Kommisjonens kontroll hadde gått ut på å «stay ... within the judgments of the domestic courts and, after making a detailed study of the relevant judgments, conclude whether or not [their]

²⁵⁴ Madsen (2016) s. 148–149 og Madsen (2004) s. 77.

²⁵⁵ Først nevnt i *Tyrer v. Storbritannia* (1978) avsnitt 31, og deretter i bl.a. *Guzzardi v. Italia* [P] (1980) avsnitt 95, *Van der Musselle v. Belgia* [P] (1983) avsnitt 32 og *Soering v. Storbritannia* [P] (1989) avsnitt 102.

²⁵⁶ Om det tidligere systemet, se Møse (2002) s. 108–121.

²⁵⁷ F.eks. *X. og Y. v. Tyskland* [kom.] (1978), *L. v. Sverige* [kom.] (1983) og *U. og G.F. v. Tyskland* [kom.] (1986).

²⁵⁸ *W. v. Storbritannia* [P] (1987), *O. v. Storbritannia* [P] (1987), *B. v. Storbritannia* [P] (1987), *R. v. Storbritannia* [P] (1987) og *H. v. Storbritannia* [P] (1987).

²⁵⁹ Sørensen (2016) s. 342.

²⁶⁰ *W. v. Storbritannia* [P] (1987) avsnitt 61–64. Se nærmere pkt. 5.4.

²⁶¹ *W. v. Storbritannia* [P] (1987), dommer De Meyers dissens, s. 38.

²⁶² *Olsson v. Sverige nr. 1* [P] (1988).

²⁶³ Om faktum se Bendiksen (2008) s. 44–47 og Haugli (2000) s. 254–255.

contents ... reveal sufficient reasons for taking a child into public care».²⁶⁴ For muliggjøre sin egen kontroll hadde kommisjonen innfortolket et krav om at «domestic court's judgments are sufficiently well reasoned to permit a subsequent review by the Convention organs».²⁶⁵ Kommisjonen tok forbehold om at den ikke tok stilling til om EMK generelt stilte krav til nasjonale domstolsbegrunnelser.²⁶⁶ I den konkrete vurderingen behandlet kommisjonen alle tiltakene samlet. Den svenske domstolsbegrunnelsen ble oppsummert i syv punkter.²⁶⁷ Kommisjonen oppsummerte med at den hadde «expressed some criticism above about the contents of the written judgments of the Swedish courts», og konstaterte krenkelse.²⁶⁸

I tråd med tidligere praksis tolket *domstolen* nødvendighetsvilkåret slik at inngrepet måtte være «proportionate to the legitimate aim pursued».²⁶⁹ Deretter ble kommisjonens innfallsvinkel forkastet:

«The approach which the Court has consistently adopted – and from which it sees no reason to depart on the present occasion – differs somewhat from those described above. In the first place, its review is not limited to ascertaining whether a respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith [...]. In the second place, in exercising its supervisory jurisdiction, the Court cannot confine itself to considering the impugned decisions in isolation, but must look at them in the light of the case as a whole; it must determine whether the reasons adduced to justify the interferences at issue are ‘relevant and sufficient’ [...].»²⁷⁰

Domstolen skulle altså se saken «as a whole».²⁷¹ Denne uttalelsen må sees på som en kontrast til at kommisjonen skulle «stay within the judgements».²⁷² Videre introduseres uttalelsen om «relevant and sufficient reasons» på barnevernsfeltet. Den språklige konteksten kan kaste lys over uttalelsens innhold. Ifølge sitatet skal EMD *avgjøre* («determine») om grunnene/begrunnelsen («reasons») som myndighetene har *anført* («adduced») for å

²⁶⁴ *Olsson v. Sverige nr. 1* [P] (1988) avsnitt 68 (siteringsteknikk i original).

²⁶⁵ *Olsson v. Sverige nr. 1* [kom.] (1986) avsnitt 153.

²⁶⁶ Et slikt krav er senere innfortolket i art. 6, se pkt. 6.3.2 og 3.2.2.

²⁶⁷ *Olsson v. Sverige nr. 1* [kom.] (1986) avsnitt 155.

²⁶⁸ *Olsson v. Sverige nr. 1* [kom.] (1986) avsnitt 178. Kommisjonens mindretall inntok en enda mer tilbakelemt kontroll og frikjente Sverige.

²⁶⁹ *Olsson v. Sverige nr. 1* [P] (1988) avsnitt 67.

²⁷⁰ Avsnitt 68.

²⁷¹ Formuleringen diskuteres fortsatt, se pkt. 7.1.3.

²⁷² Uttalelsens nærmere betydning diskuteres fortsatt, se særlig pkt. 7.1.3.

rettferdiggjøre («justify») inngrepet, er relevante og tilstrekkelige. Et inngrep som er rettferdiggjort vil også være proporsjonalt.²⁷³ EMD skal altså avgjøre om det foreligger tilstrekkelige grunner som oppveier ulempene ved inngrepet, slik at inngrepet er rettferdiggjort og dermed proporsjonalt. Den språklige konteksten tilsier at tolkningsalternativ (i) er rett: «relevant and sufficient reasons» beskriver hvordan EMD skal *kontrollere* at inngrepet er materielt proporsjonalt. Videre hadde *kommisjonen* oppstilt eksplisitte krav til de nasjonale domstolsbegrunnelsene. *Domstolens* taushet på dette punkt, tilsier videre at det er de reelle *grunnene* som rettferdiggjorde inngrepet, og ikke den *skriftlige domstolsbegrunnelsen*, som er EMDs fokus. Dette underbygges av domstolens uttalelse om å se saken «as a whole».

Hvor EMD hentet uttalelsen fra, kan også kaste lys over betydningen. Som støtte for uttalelsen viste domstolen til den to år eldre plenumsdommen *Lingens v. Østerrike* fra 1986, som gjaldt ytringsfrihet i artikkel 10.²⁷⁴ Man kan derfra følge en henvisningsrekke til andre kjente ytringsfrihetssaker, hvor man til slutt havner i *Handyside v. Storbritannia* fra 1976.²⁷⁵ *Handyside* er den første og grunnleggende dommen hvor EMD forklarer læren om statenes skjønnsmargin.²⁷⁶ Her slo EMD blant annet fast at statene i prinsippet er bedre egnet til å vurdere et inngreps nødvendighet, men at EMDs subsidiære kontroll innebar å vurdere om de nasjonale avgjørelsene tilfredstilte EMKs krav.²⁷⁷ Den skjønnsmargin som innrømmes var derfor ikke ubegrenset. EMDs kontroll ble i *Handyside* oppsummert slik:

«The Court must decide, on the basis of the different data available to it, whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of ‘interference’ they take are relevant and sufficient under Article 10 para. 2 [...]»²⁷⁸

Uttalelsen om «relevant and sufficient reasons» var altså opprinnelig et utslag av EMDs rolle som subsidiær kontrollør av statenes primære gjennomføring av EMK. Uttalelsen er her knyttet

²⁷³ Se i samme retning Brems (2013) s. 467: «if a measure does not substantially contribute to the achievement of a certain goal, the reasons for introducing it will probably not be ‘relevant and sufficient.’» Se og Arai-Takahashi (2002) s. 87, som legger til grunn at «[t]his notion is closely intertwined with that of proportionality: where there is no reason sufficient to justify the impugned restrictions, the proportionality principle will not be met.»

²⁷⁴ *Lingens v. Østerrike* [P] (1986).

²⁷⁵ *Lingens* viser til *Barthold v. Tyskland* (1985), som viser videre til *The Sunday Times v. Storbritannia* [P] (1979), som igjen viser til *Handyside v. Storbritannia* [P] (1976).

²⁷⁶ Pkt. 5.2.

²⁷⁷ Avsnitt 48–50.

²⁷⁸ Avsnitt 50.

til den *kontroll* EMD skal føre med om statene har fullført sine forpliktelser, og *ikke* som et krav til nasjonale domstolsavgjørelser. I *Handyside* viste EMD til *Wemhoff v. Tyskland* fra 1968 om varetektsfengsling etter artikkel 5 nr. 3.²⁷⁹ Dommen er den første hvor EMD benyttet frasen om «relevant and sufficient reasons».²⁸⁰ Artikkel 5 nr. 3 oppstiller ingen nødvendighetsvilkår, men inneholder vage uttrykk som «reasonable time». EMD uttalte at fengslingsaker har vært behandlet av nasjonale domstoler som har gitt «reasoned decisions».²⁸¹ EMD skulle derfor «judge whether the reasons given by the national authorities to justify continued detention are relevant and sufficient to show that detention was not unreasonably prolonged and contrary to Article 5 (3).»²⁸² Også her var altså uttalelsen knyttet til hvordan EMD skulle *kontrollere* saken, ikke hva som utgjorde «reasonable time». EMD kunne føre en kontroll av myndighetenes anførte grunner, fordi at grunnene allerede forelå i domstolsbegrunnelsene. Samlet tilsier også forhistorien til formuleringen om «relevant and sufficient reasons» at tolkningsalternativ (i) legges til grunn, altså at formuleringen knyttet seg til hvordan EMD *kontrollerer* at det *materielle* proporsjonalitetskravet er oppfylt.

I den konkrete vurderingen av *Olsson*-saken skilte domstolen skarpt mellom vurderingen av omsorgsovertakelsen, på den ene siden, og det etterfølgende samværet og plasseringen, på den andre siden. I vurderingen av omsorgsovertakelsen forholdt domstolen seg tett til de nasjonale domstolsbegrunnelsene.²⁸³ Etter å ha oppsummert grunnene la den kort til grunn at de var relevant. I vurderingen av om grunnene også var tilstrekkelige, la domstolen vekt på at mindre inngripende tiltak var forsøkt, at avgjørelsene bygget på et godt faktisk grunnlag og at det var gjennomført en grundig rettsprosess. Det forelå «relevant and sufficient reasons» og artikkel 8 var ikke krenket i denne relasjon. I vurdering av samværet og plasseringen oppstilte domstolen det grunnleggende gjenforeningsmålet, og kom til tiltakene ikke understøttet dette.²⁸⁴ Tiltakene var derfor «not supported by ‘sufficient’ reasons justifying them as proportionate to the legitimate aim pursued».²⁸⁵ Denne formuleringen bygger videre opp under forståelsen av

²⁷⁹ *Wemhoff v. Tyskland* (1968).

²⁸⁰ Avsnitt 12 (s. 20–21).

²⁸¹ Side 20, avsnitt 12

²⁸² Side 20, avsnitt 12.

²⁸³ Avsnitt 72–77.

²⁸⁴ Avsnitt 78–84.

²⁸⁵ Avsnitt 83.

«relevant and sufficient reasons» som en formulering av EMDs kontroll mot proporsjonalitetskravet.

Oppsummert anla EMD en prosessorientert kontroll av omsorgsovertakelsen. Her forholdt domstolen seg tett til de nasjonale domstolsbegrunnelsene, men det ble ikke innfortolket krav til begrunnelsene slik kommisjonen hadde gjort. I vurderingen av de ytterlige tiltakene om lite samvær og plassering anla domstolen en mer materielt innrettet kontroll, og konstaterte krenkelse av gjenforeningsmålet. EMD hensyntok altså subsidiaritetsprinsippet ved å anlegge en prosessorientert kontroll, men skjerpet inn kontrollen for alle ytterligere tiltak. Denne tilnærmingen utgjør grunnleggende utgangspunkter for EMDs kontroll av barnevernssaker den dag i dag. Avslutningsvis kan det nevnes at den norske, islandske og tyrkiske dommeren dissenterte. At nordiske dommere argumenterer for en vid skjønnsmargin på barnevernsfeltet er også noe som har gått igjen i senere praksis.

6.3 1990–1999. Fasen for materiell implementering skyter fart

6.3.1 Generelt i EMD. Oppblomstring

På starten av 1990-tallet endte den kalde krigen, Sovjetunionen ble oppløst og Berlin-muren falt. For de tidligere sovjetstatene var medlemskap i Europarådet første skritt mot de økonomiske godene som kunne oppnås ved EU-medlemskap.²⁸⁶ I løpet av 1990-tallet fikk Europarådet 18 nye medlemmer, som i 1999 telte 41 stater. Antall avsagte dommer fra EMD økte fra 30 i 1990 til 177 i 1999.²⁸⁷ Under hele tiåret hadde det pågått en reformprosess, som i 1998 endte med nedleggelse av kommisjonen.²⁸⁸ Nå skulle alle klager behandles av domstolen som fikk fulltidsansatte dommere. Storkammeret ble innført som ankeinstans. Statene var generelt vennlig innstilt overfor EMD. Et eksempel på dette var da Storbritannia i 1998 inkorporerte EMK som nasjonal lov.²⁸⁹ EMD tok dette til inntekt for å fortsette sin ekspansive virksomhet gjennom ytterligere dynamisk fortolkning av EMK, og fulgte slik opp Europarådets

²⁸⁶ Nussberger (2020) s. 25 og Madsen (2021A) s. 25.

²⁸⁷ Se oversikt Madsen (2016) s. 160.

²⁸⁸ Protokoll 11.

²⁸⁹ Madsen (2021A) s. 28.

ønske om å spre menneskerettighetene til hele Europa.²⁹⁰ Fasen for materiell implementering skjøt slik fart.

Også i Norge var menneskerettighetene høyt prioritert. Arbeiderpartiet satt i 1989 ned Menneskerettsutvalget, som i NOU 1993: 18 foreslo å inkorporere EMK i norsk rett gjennom en ny menneskerettslov.²⁹¹ Utover 1990-tallet avsa EMD flere dommer mot Norge,²⁹² og Høyesterett tok i bruk EMDs praksis i sin argumentasjon.²⁹³ I 1994 la imidlertid Høyesterett til grunn at en regel utledet fra EMDs praksis, kun skulle gå foran norsk lov dersom den var «tilstrekkelig klar og entydig».²⁹⁴ I det videre arbeidet med menneskerettsloven var Justisdepartementet og Utenriksdepartementet uenige om klarhetskravet skulle inntas i loven.²⁹⁵ Etter politisk press ble menneskerettsloven vedtatt i 1999, uten klarhetskrav i ordlyden, men med uklare uttalelser i forarbeidene.²⁹⁶

6.3.2 Utvikling på barnevernsfeltet. Krav til begrunnelse etter artikkel 6

Utover 1990-tallet ga EMDs ekspansive virksomhet også utslag på barnevernsfeltet. Plenumsdommen *Eriksson v. Sverige* om samvær ble avsagt i 1989.²⁹⁷ Her ble kun proporsjonalitetskravet nevnt, og ikke frasen om «relevant and sufficient reasons».²⁹⁸ Etter en utpreget materiell kontroll var gjenforeningsmålet brutt.²⁹⁹ I etterfølgende praksis la domstolen gjennomgående stor vekt på gjenforeningsmålet, som ble utviklet videre i *Margareta og Roger Andersson v. Sverige* fra 1992.³⁰⁰ Hensynet til barnets beste ble introdusert for første gang i *Olsson v. Sverige nr. 2* fra 1992.³⁰¹ I *McMicheal v. Storbritannia* fra 1995 ble de prosessuelle

²⁹⁰ Madsen (2016) s. 160 og Nussberger (2020) s. 29. Et illustrerende eksempel er *McCann m.fl. v. Storbritannia* [GC] (1995).

²⁹¹ Kierulf (2018) s. 149 og Øyrehagen Sunde (2015) s. 428.

²⁹² Den første var *E. v. Norge* (1990) om art. 5. Totalt ble det avsagt seks dommer mot Norge i løpet av 1990-tallet, se Møse (2016) s. 269 flg.

²⁹³ De to første sakene var Rt. 1990 s. 312 og Rt. 1991. s. 333, hvor *Unterpertinger v. Østerrike* (1986) ble nevnt. Dommen gjaldt art. 6 og var drøftet i *Lov og Rett* to år tidligere, se Aall (1988).

²⁹⁴ Rt. 1994 s. 610.

²⁹⁵ Kierulf (2018) s. 153–154. Regjeringsadvokatembetet var kritisk til forrangsbestemmelsen i loven, se sitat fra høringsvaret i Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 39–40.

²⁹⁶ Kierulf (2018) s 155.

²⁹⁷ *Eriksson v. Sverige* [P] (1989).

²⁹⁸ Avsnitt 69.

²⁹⁹ Avsnitt 71.

³⁰⁰ *Margareta og Roger Andersson v. Sverige* (1992).

³⁰¹ *Olsson v. Sverige nr. 2* (1992) avsnitt 90.

garantiene presisert.³⁰² Selv om EMD førte en streng materiell kontroll av om gjenforeningsmålet var oppfylt, viste domstolen også til subsidiaritetsbetraktninger. I *Hokkanen v. Finland* fra 1994 understrekte EMD at «[t]he Court's role is not to substitute itself for the competent Finnish authorities in regulating custody and access issues in Finland».³⁰³ Domstolen konstaterte likevel krenkelse grunnet brudd på gjenforeningsmålet. I 1991 var Norges mest fremtredende barnerettsjurist, Lucy Smith, svært kritisk til EMDs praksis på barnevernsfeltet.³⁰⁴

I 1993 tok Reid opp spørsmålet om artikkel 8 stiller krav om begrunnelse som en prosessuell garanti i barnevernssaker.³⁰⁵ Reid trakk frem en avgjørelse hvor kommisjonen hadde vektlagt et bevis for omsorgsovertakelse, selv om nasjonale domstoler hadde valgt å ikke gjengi det i begrunnelsen, av hensyn til moren.³⁰⁶ Uten nærmere argumentasjon tok Reid likevel til orde for at «[i]t might be arguable that the failure to give reasons could in itself constitute a violation of Article 8 of the Convention».³⁰⁷

I løpet av 1990-tallet slo imidlertid EMD i flere dommer fast at det gjelder et krav om begrunnelse av rettsavgjørelser etter EMK artikkel 6.³⁰⁸ Kommisjonen i *Olsson nr. 1* sitt forbehold om å avgjøre om det gjelder krav til domsgrunner generelt, var derfor opphevet.³⁰⁹ Som nevnt, kommer artikkel 6 til anvendelse i barnevernssaker.³¹⁰ Det gjaldt slik allerede et krav om begrunnelse av rettsavgjørelser som tillater barnevernsrettslige tvangstiltak etter artikkel 6. Som nevnt i punkt 3.2.2 er de kvalitative kravene til begrunnelsen lave. På starten av 1990-tallet var nok kravene enda lavere. I 1995 la Aall til grunn at det kun vil være tale om

³⁰² *McMicheal v. Storbritannia* (1995) avsnitt 86 flg.

³⁰³ *Hokkanen v. Finland* (1994) avsnitt 55. Saken gjaldt krav fra en far om tilbakeføring av sønnen fra besteforeldrene, men EMD anla samme innfallsvinkel som på barnevernsfeltet.

³⁰⁴ Smith L. (1991) s. 111–112.

³⁰⁵ Reid (1993) s. 69.

³⁰⁶ Reid viser til *Horn v. Storbritannia* [kom.] (1988). Det er vanskelig å lese Reids slutning ut av kommisjonen avgjørelse. Reid viser også til en annen avgjørelse, men henvisningen er ikke mulig å spore.

³⁰⁷ Se 6.4.3 om *K.A. v. Finland* (2003) som Reid (2008) tar til inntekt for at det gjelder en prosessuell garanti om begrunnelse etter art. 8.

³⁰⁸ F.eks. *Hadjianastassiou v. Hellas* (1992) avsnitt 33, *Van de Hurk v. Nederland* (1994) avsnitt 61 og *Hiro Balani v. Spania* (1994) og *Ruiz Torija v. Spania* (1994) avsnitt 29.

³⁰⁹ *Olsson v. Sverige nr. 1* [kom.] (1986) avsnitt 153. Se pkt. 6.2.3.

³¹⁰ *O. v. Storbritannia* [P] (1987) avsnitt 53–60.

krenkelse «hvis fraværet av domsgrunner umuliggjør en overprøving som ellers ville stått åpen i den nasjonale rett».³¹¹

6.3.3 Johansen v Norge

Johansen v. Norge fra 1996 gjaldt omsorgsovertakelse, nektelse av tilbakeføring, samvær, samt fratakelse av foreldreansvar med tanke på adopsjon.³¹² Dommen er hyppig henvist til i senere praksis. Under henvisning til *Olsson nr. 1*, uttalte EMD kun at den skulle undersøke om det var lagt frem «relevant and sufficient reasons», og proporsjonalitetskravet ble ikke nevnt.³¹³ Dette i motsetning til *Eriksson* hvor kun proporsjonalitetskravet ble nevnt. EMDs varierende ordvalg tilsier at det ikke er noen forskjell mellom disse to formuleringene – det stilles krav om proporsjonale inngrep, og kontrollen utføres gjennom å se på om det er lagt frem relevante og tilstrekkelige grunner.³¹⁴ Videre uttalte EMD også for første gang at den skulle hensynta

«that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another, depending on such factors as traditions relating to the role of the family and to State intervention in family affairs and the availability of resources for public measures in this particular area.»³¹⁵

I tillegg ble skillet i prøvingsintensitet som hadde vært gjeldende siden *Olsson nr. 1*, konsolidert: Det gjaldt en «wide margin of appreciation» ved omsorgsovertakelse, men for alle ytterligere tiltak, slik som restriksjoner på foreldrerettigheter, samvær og prosessuelle garantier skulle EMD anlegge en «stricter scrutiny».³¹⁶ Begge disse formuleringene knyttet til subsidiaritet går fortsatt igjen i domstolens praksis.³¹⁷ I den konkrete vurderingen behandlet EMD først artikkel 8's prosessuelle garantier, og kom til at disse var oppfylt. Først ble nektelsen av tilbakeføring vurdert.³¹⁸ I denne vurderingen anla EMD en prosessorientert kontroll hvor den i stor grad viste til begrunnelsene som var gitt nasjonalt. Grunnene var derfor relevante og tilstrekkelige, og Norge ble frikjent på dette punkt. Også i vurderingen av fratakelsen av

³¹¹ Aall (1995) s. 225–226. Aall bygger imidlertid sitt syn på kommisjonsavgjørelser fra 1970- og 1980-tallet, og ikke på dommene fra 1992 og 1994.

³¹² *Johansen v. Norge* (1996). Om faktum se Bendiksen (2008) s. 44–47.

³¹³ Avsnitt 64 (1).

³¹⁴ Tolkningsalternativ 1 i punkt 6.1.2.

³¹⁵ Avsnitt 64 (2).

³¹⁶ Avsnitt 65 (3).

³¹⁷ Se f.eks. *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019) avsnitt 210 og 211.

³¹⁸ Avsnitt 67–74.

foreldreansvar og samtykke til adopsjon trakk EMD frem forhold fra de nasjonale begrunnelsene.³¹⁹ Her trakk den imidlertid også inn en rekke selvstendige, og materielle argumenter, og igjen ble mangelen av ivaretagelsen av gjenforeningsmålet funnet å utgjøre en krenkelse av artikkel 8. Dommer Morenilla fra Spania dissenterte, og mente det burde gjelde en vid skjønnsmargin for alle barnevernstiltak. Han mente at domstolen skulle begrense seg til de prosessuelle garantiene, samt «whether the justifications adduced by the national authorities could reasonably be made on the basis of the facts established by them.»³²⁰ Dette minner om den god tro-standarden som ble avvist i *Olsson nr. 1*.

Johansen var bare den tredje norske dommen fra EMD, og fikk naturligvis stor oppmerksomhet i Norge. Allerede etter kommisjonsavgjørelsen fra 1995 hadde Bernt påpekt at synes som «en kollisjon mellom to prinsipielt motstridende syn på hva som bør være hovedregel og utgangspunkt i saker om offentlig inngrep i foreldreretten.»³²¹ Dommen fikk også konsekvenser. Fra 1994 til 1998 var det mer enn en halvering i antall tvangsadopsjoner, noe både Bendiksen og adopsjonslovutvalget kobler til *Johansen*-dommen.³²² Bendiksen hevder også at «1998-vedtakene konsekvent var mer grundige enn 1994-vedtakene».³²³ Slik ser vi at også tidligere har domfellelser i EMD først til større fokus på skriftlige begrunnelser. At Norge ikke igjen ble dømt i en barnevernsak på 22 år kan tilsi at bedre begrunnelser også hindrer domfellelser fra EMD. Mange har analysert dommene, og verdikonflikten mellom EMDs gjenforeningsmål og norsk barnevernrett er påpekt av flere.³²⁴ Både Haugli og Sandberg mente, i henholdsvis 2000 og 2003, at de norske verdiene bør prioriteres.³²⁵

³¹⁹ Avsnitt 74–85.

³²⁰ Partly dissenting opinion of judge Morenilla avsnitt 2.

³²¹ Bernt J.F. (1995) pkt. 4.2.5. *Johansen v. Norge* [kom.] (1995).

³²² Se Bendiksens undersøkelse i Bendiksen (2008) s. 68–71 og NOU 2014: 9 s. 148. Antall tvangsadopterte barn gikk ned fra 57 i 1994 til 27 i 1998. Antallet tvangsadopsjoner er imidlertid såpass lavt at tallene ikke nødvendigvis er representative. I 2005 la Lindboe til grunn at tvangsadopsjon kan «sies å ha gått av mote, og er ikke lenger noe tiltak av stor praktisk betydning», jf. Lindboe (2005) s. 195.

³²³ Bendiksen (2008) s. 71.

³²⁴ Haugli (2000) s. 265–269, Sandberg (2003) s. 303–304 og Hedlund (2008) s. 55–56.

³²⁵ Haugli (2000) s. 269 og Sandberg (2003) s. 303.

6.4 2000–2009. Fasen for materiell implementering når sitt toppunkt

6.4.1 Generelt i EMD. Sakseksplasjon

I løpet av 2000-tallet fikk Europarådet seks nye medlemmer, som i 2010 bestod av 47 medlemstater. At 800 millioner europeere nå kunne klage til den nye fulltidsdomstolen i Strasbourg førte til at antall saker eksploderte.³²⁶ I 1999 avsa domstolen, som nevnt, 177 dommer, noe som året etter økte til 695.³²⁷ Gjennom tiåret økte dette tallet gradvis til toppen ble nådd med avsagte 1 624 dommer i 2010. Der hele 45 prosent av dommene i 2000 var knyttet til Italias manglende oppfyllelse av tidsfristene etter artikkel 6, var 56 prosent av klagen fra 2009 rettet mot enten Russland, Tyrkia, Ukraina eller Romania.³²⁸ Flere dommer generelt, førte nødvendigvis også til flere dommer som ga uttrykk for EMDs dynamiske fortolkning. EMDs argumentasjon i denne perioden kjennetegnes av selvstendige proporsjonalitetsvurderinger, frakoblet de nasjonale begrunnelsene.

I Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) avviste Høyesterett klarhetskravet.³²⁹ Det ble presisert at EMK skulle tolkes etter EMDs metode. To år senere uttalte Høyesterett i plenum at den EMK-regel som «har de beste grunner for seg» skulle legges til grunn.³³⁰ En reservasjon ble imidlertid lagt inn ved at «det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen».³³¹ Antall saker som aktualiserte EMK økte betraktelig.³³² Den vennlige innstillingen overfor EMD fortsatte slik utover 2000-tallet. Rundt midten av 2000-tallet kan man imidlertid spore en endring i holdningen til EMD, både i Norge og ellers i Europa. Dette behandles i punkt 6.5.1 om 2010-tallet.

³²⁶ Se f.eks. Helfer (2008) s. 141 som også trekker frem problemer i noen av de opprinnelige medlemsstatene.

³²⁷ Madsen (2016) s. 160.

³²⁸ Jf. Madsen (2021A) s. 29 og Europarådet (2009) s. 8.

³²⁹ Se til dels forskjellige synspunkt på dette i Aall (1999) pkt. 3.2.2, Skoghøy (2002B) s. 737 flg., Smith C. (2005) s. 435 flg. og Backer (2005) s. 430–431.

³³⁰ Rt. 2002 s. 557 på s. 565.

³³¹ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007–1008.

³³² Emberland (2019) s. 31.

6.4.2 Storkammerssakene fra 2000–2003.

Eksplosjonen i saker ga også utslag på barnevernsfeltet. Mellom 2000 og 2003 avsa EMD seks storkammerdommer om barnevern og familierettslig samvær etter artikkel 8.

Scozzari og Guinta v. Italia fra juli 2000, gjaldt omsorgsovertakelse, samvær og plassering.³³³ I vurderingen av omsorgsovertakelsen viste EMD til de alminnelige utgangspunktene utviklet på 1990-tallet.³³⁴ I den konkrete vurderingen trakk EMD kun frem *materielle* forhold, og kommenterte ikke de italienske domstolenes begrunnelser. EMD viste heller direkte til sakens beviser, slik som at den «attaches weight to the report of 9 June 1997 by the neuropsychiatrist».³³⁵ EMD aksepterte likevel omsorgsovertakelsen. I samværsvurderingen ble de nasjonale avgjørelsene trukket inn, men også her viser EMD direkte til sakens beviser.³³⁶ Den manglende oppfølgingen av avgjørelsene brøt med gjenforeningsmålet.³³⁷ Oppsummert foretok EMD selvstendige materielle vurderinger av om tiltakene var i tråd med artikkel 8, også omsorgsovertakelsen.³³⁸ I denne saken ble ikke dette avgjørende, da det utvilsomt forelå tilstrekkelige grunner til å rettferdiggjøre inngrepet. I mer tvilsomme saker ville imidlertid en slik kontroll ført til at skjønnsmargin ble betraktelig innsnevret. Dommen illustrerer at EMD var på vei mot høydepunktet av fasen for materielle implementering.

T.P. og K.M. v. Storbritannia fra 2001, gjaldt akuttvedtak om omsorgsovertakelse.³³⁹ EMD konstaterte innledningsvis at akuttvedtaket var støttet av «relevant and sufficient reasons». Igjen foretok EMD selvstendig proporsjonalitetsvurdering, framkoblede de nasjonale domstolsbegrunnelsene. Men også her var det åpenbart at omsorgsovertakelsen var rettferdiggjort siden det forelå mistanke om seksuelle overgrep. EMD skulle imidlertid se på et prosessuelt forhold.³⁴⁰ Myndighetene hadde ikke gitt moren mulighet til innsyn i en video som viste at akuttvedtaket bygget på en feiltolkning av barnets uttalelser. Dette førte til at det tok

³³³ *Scozzari og Guinta v. Italia* [GC] (2000). Se om faktum i Loftsgaard/Alstad (2003) s. 87.

³³⁴ Avsnitt 148–151.

³³⁵ Avsnitt 150.

³³⁶ Avsnitt 179 og 182.

³³⁷ Avsnitt 169–183.

³³⁸ I delvis motsatt retning omtaler Holten (2018) s. 129.

³³⁹ *T.P. og K.M. v. Storbritannia* [GC] (2001).

³⁴⁰ Avsnitt 75–83.

lang tid før feilen ble oppdaget. EMD foretok en grundig vurdering av forholdet, og kom til at det forelå en krenkelse av de prosessuelle garantiene i artikkel 8.

K. og T. v. Finland, også denne fra 2001, gjaldt akuttvedtak om omsorgsovertakelse av to barn, ordinær omsorgsovertakelse, og samvær.³⁴¹ I vurderingen av *akuttvedtakene* skilte EMD mellom et nyfødt barn fratatt moren på fødeklirikken, og det andre barnet, som allerede var bortplassert. Tilknyttet det første barnet skulle EMD vurdere om «there existed circumstances justifying the abrupt removal of the children from the care of the applicants without any prior contact or consultation.»³⁴² Dette dannet utgangspunktet for en vurdering av både *materielle* og *prosessuelle* forhold. EMD mente barnets far ikke kunne avhjelpe morens problemer, men at fratakelse av et barn rett fra fødeklirikken uten å involvere foreldrene i forkant var et «extremely harsh measure», som krevde at det forelå «extraordinarily compelling reasons».³⁴³ «Reasons» må her forstås som materielle *grunner*. EMD trakk så frem at situasjonen ikke var akutt i betydningen uventet, fordi myndighetene hadde visst om fødselen i lang tid. Dette er utpreget materiell argumentasjon. EMD oppstilte imidlertid en interessant rettslig konstruksjon:

«In particular, it is for the respondent State to establish that a careful assessment of the impact of the proposed care measure on the applicants and the children, as well as of the possible alternatives to taking the children into public care, was carried out prior to the implementation of such a measure.»³⁴⁴

EMD oppstiller her et *prosessuelt* krav om at mindre inngripende tiltak må vurderes før et akuttvedtak blir gjennomført.³⁴⁵ Det oppstilles ikke noe krav om at mindre inngripende tiltak må *benyttes* – men de må vurderes.³⁴⁶ Uttalelsen kan ikke tas til inntekt for at denne vurderingen må være inntatt i den *skriftlige begrunnelsen*. Å innta vurderingen i begrunnelsen vil imidlertid være en effektiv måte å bevise for EMD at vurderingen ble foretatt forut for inngrepet. EMD kom til at finske myndigheter *ikke* hadde foretatt slike vurderinger. Tiltaket var følgelig ikke støttet av tilstrekkelige grunner og derfor uproportsjonalt. Dommen viser hvordan EMD

³⁴¹ *K. og T. v. Finland* [GC] (2001). Om faktum i *Loftsgaard/Alstad* (2003) s. 87–88.

³⁴² Avsnitt 166.

³⁴³ Avsnitt 68.

³⁴⁴ Avsnitt 166, og fulgt opp i avsnitt 167.

³⁴⁵ Christoffersen (2009) s. 121 omtaler dette som «a primarily procedural variant of the traditional principle of necessity».

³⁴⁶ Christoffersen (2009) s. 121–122.

anlegger ulike innfallsvinkler til vurderinger av forskjellige type tiltak og forskjellige barn, alt etter de faktiske omstendighetene i saken. Den viser også hvordan det materielle og prosessuelle inngår i en intrikat sammenheng på barnevernsfeltet. Selv om EMDs kontroll hovedsakelig retter seg mot det materielle,³⁴⁷ oppstilles også prosessuelle krav om vurdering av mindre inngripende tiltak. Mer generelt illustrerer også dommen, med sine totalt fem votum, hvordan storkammerssakene ofte heller skaper uklarhet, enn bidrar til klarhet.

De tre familierettslige samværssakene som ble behandlet i storkammeret i denne perioden var *Elsholz v. Tyskland* fra 2000, avsagt samme dag og av samme storkammer som *Scozzari og Guinta*, samt *Sommerfeld v. Tyskland* og *Sahin v. Tyskland*, som ble avsagt samme dag og av samme storkammer i 2003.³⁴⁸ Alle sakene gjaldt tyske fedres samvær med et barn født utenfor ekteskap. I disse sakene anla imidlertid domstolen en annen type kontroll enn i de rene barnevernssakene. I alle sakene viste EMD først til de tyske domstolenes begrunnelse, og trakk frem at det var lagt vekt på relevante grunner. Om de også var tilstrekkelige, måtte imidlertid bero på om de innfortolkede prosessuelle garantiene i artikkel 8 var oppfylt.³⁴⁹ Alle de tre sakene aktualiserte spørsmål knyttet til om det skulle vært hentet inn sakyndigrapport. EMD trakk frem at det ikke gjaldt noen absolutt regel om å hente inn sakyndigrapporter, og at nødvendigheten av dette måtte bero blant annet på barnets alder og modenhet. Også andre forhold ved den rettslige prosessen ble trukket frem. EMD konstaterte krenkelse i *Elsholz*, men frikjennelse i *Sommerfeld* og *Sahin*.³⁵⁰

EMDs forskjellige innfallsvinkel i barnevernssakene og de familierettslige samværssakene viser hvordan EMDs kontroll avhenger av hvor skoen trykker. Sakens faktum og partenes argumentasjon får betydning for kontrollen. Når EMD, slik som i barnevernssakene, foretar en materiell kontroll, utgjør domstolsbegrunnelsen et sammenligningsgrunnlag for EMDs egen proporsjonalitetsvurdering. Når EMD, som i familieretts sakene, foretar en kontroll rettet mot

³⁴⁷ Christoffersen (2009) s. 474.

³⁴⁸ *Elsholz v. Tyskland* [GC] (2000), *Sommerfeld v. Tyskland* [GC] (2003) og *Sahin v. Tyskland* [GC] (2003). Se Søvig (2005B) pkt. 1.2 om faktum i de to siste.

³⁴⁹ *Elsholz* avsnitt 52, *Sommerfeld* avsnitt 66 og *Sahin* avsnitt 68.

³⁵⁰ Den tyske lovgivningen hadde forskjellig regulering av samvær med barn født i og utenfor ekteskap, se Søvig (2005C). I motsetning til i *Elsholz v. Tyskland*, konstaterte EMD krenkelse av artikkel 14, jf. artikkel 8, i både *Sommerfeld* og *Sahin*, jf. hhv. 76–98 og avsnitt 79–95.

de prosessuelle garantiene, utgjør begrunnelsen bevis for hvilken prosess som ble foretatt nasjonalt.

6.4.3 K.A. 2003. Begrunnelse som prosessuell garanti?

K.A. v. Finland fra 2003, gjaldt tre barn og tiltakene var akuttvedtak, omsorgsovertakelse og samværsfastsettelse.³⁵¹ I vurderingen av akuttvedtakene uttalte EMD, på samme måte som i de tre familierettslige sakene, at domstolen ikke tilfredsstillende kunne vurdere om grunnene som var gitt for akuttvedtaket var «relevant and sufficient», uten å samtidig undersøke om de prosessuelle garantiene var oppfylt.³⁵² Her gikk EMD imidlertid et steg lengre:

«In the Court's view it follows from a simultaneous consideration of the aforementioned two requirements inherent in Article 8 – that a care order be based on 'relevant' and 'sufficient' reasons and that the parent be entitled to participate adequately in the decision-making – that any order related to the public care of a child should, firstly, be capable of convincing an objective observer that the measure is based on a careful and unprejudiced assessment of all evidence on file, with the distinct reasons for the care measure being stated explicitly. The reasoning adopted should reflect the careful scrutiny which the competent organs can be expected to carry out in a matter of such magnitude by weighing the various evidence militating in favour and against the care measure.»³⁵³

EMD innfortolker her et krav til skriftlig begrunnelse av avgjørelser om omsorgsovertakelse i artikkel 8. EMD utleder begrunnelseskravet fra sammenhengen mellom det materielle kravet om «relevant and sufficient reasons» og de innfortolkede prosessuelle garantiene. For å underbygge kravet viser EMD til både hensynet til effektiv utnyttelse av ankerett, og effektive kontrollmuligheter for ankeorganet.³⁵⁴ De kvalitative kravene som stilles er at begrunnelsen er at det fremgår at de bevis som taler for og imot avgjørelsene er veid mot hverandre, slik at EMD kan overprøve saken. Videre fremgår det i neste avsnitt at verken «mere reference to 'documentation on file' or to 'information' contained» i vedlegg, eller «a vague description of the decisive considerations», vil tilfredsstillende det oppstilte begrunnelseskravet. Her henviste også EMD til kommisjonens uttalelser i *Olsson nr. 1* til støtte for begrunnelseskravet.

³⁵¹ *K.A. v. Finland* (2003). Om faktum i *Søvig* (2004) pkt. 1.

³⁵² Avsnitt 102.

³⁵³ Avsnitt 103.

³⁵⁴ Avsnitt 104. Se om disse hensyn i pkt. 0

Reid tar dommen til inntekt for at manglende begrunnelse i en barnevernssak *i seg selv* vil kunne utgjøre brudd på artikkel 8, og besvarer slik spørsmålet hun stilte i 1993 bekreftende.³⁵⁵ I 2003 var det imidlertid klart at det gjaldt krav til begrunnelse av rettsavgjørelser etter *artikkel 6*. Dette nevnes ikke i *K.A.* Videre viste EMD til *kommisjonens* uttalelser i *Olsson nr. 1*, som *domstolen* senere forkastet.³⁵⁶ Det innfortolkede kravet til begrunnelse i *K.A.* bygget derfor på spinkelt rettskildemessig grunnlag, og kan synes som et eksempel på dynamisk fortolkning. Det prosessuelle kravet til begrunnelse fra *K.A.* har heller ikke blitt gjentatt i senere praksis. Det er derfor usikkert om det gjelder prosessuelle krav til begrunnelse etter artikkel 8. Et slikt krav kan imidlertid trygt hjemles i artikkel 6.

EMD fulgte ikke opp det strenge begrunnelseskravet i den konkrete vurderingen av akuttvedtakene.³⁵⁷ EMD rettet først kritikk mot domstolsbegrunnelsen, når den uttalte at den «entertains some doubts» knyttet til om alle relevante bevis var trukket frem.³⁵⁸ Deretter trakk domstolen imidlertid frem materielle argumenter, særlig det faktum at foreldrene var mistenkt for seksuelle overgrep mot barna, og konkluderte med at akuttvedtakene uansett var støttet av «relevant and sufficient reasons». Dette viser hvordan artikkel 8 primært er en materiell bestemmelse. EMD vil ikke konstatere prosessuelle krenkelser dersom det er klart at inngrepet materielt sett oppfyller vilkårene for inngrep. Kammerets manglende oppfølging av sitt eget innfortolkede begrunnelsekrav, kan også forklare hvorfor det ikke er fulgt opp i senere dommer.

I vurderingen av de *ordinære omsorgsovertakelsene* forholdt EMD seg kun til prosessuelle forhold, og konstaterte at det ikke forelå krenkelse.³⁵⁹ I vurderingen av samværet brukte EMD en «stricter scrutiny», og mente myndighetene hadde lagt til grunn at plasseringen ville bli langvarig, og at samværsomfanget var lavt.³⁶⁰ Dette var i strid med gjenforeningsmålet. Dommen er et godt eksempel på at EMD prøver gjenforeningsmålet intensivt.

Christoffersen trekker frem begrunnelseskravet i *K.A.* som et eksempel på at EMD gir staten en videre skjønnsmargin dersom nasjonale domstoler har behandlet saken betryggende.³⁶¹ EMDs

³⁵⁵ Reid (2008) s. 244. Se pkt. 6.3.2.

³⁵⁶ Se pkt. 6.2.3.

³⁵⁷ Avsnitt 108–115.

³⁵⁸ Avsnitt 112.

³⁵⁹ Avsnitt 116–123.

³⁶⁰ Avsnitt 138–147.

³⁶¹ Christoffersen (2009) s. 477.

konkrete vurderinger i *K.A.* viser imidlertid at det først og fremst er de materielle forhold i saken – her seksuelle overgrep – som avgjør skjønnsmarginen. EMD kritiserte begrunnelsene, men aksepterte likevel omsorgsovertakelsene.

6.4.4 Görgülü 2004. Høydepunktet i fasen for materiell implementering

Kutzner v. Tyskland fra 2002 gjaldt tilbakeføring og samværfastsettelse.³⁶² EMD foretok en selvstendig vurdering av inngrepenes proporsjonalitet, men trakk også frem elementer fra saksbehandlingen. EMD konstaterte krenkelse.³⁶³ *P., C., og S. v. Storbritannia*, også den fra 2002, gjaldt omsorgsovertakelse rett fra fødestuen og etterfølgende adopsjonsprosess.³⁶⁴ I vurderingen av *omsorgsovertakelsen* foretok EMD igjen en selvstendig vurdering, og konstaterte krenkelse. I *adopsjonsvurderingen* anla EMD en annen innfallsvinkel. På grunn av sakens kompleksitet fravek EMD eksplisitt å foreta en selvstendig avveining, og undersøkte kun de prosessuelle garantiene i artikkel 8. Også her konstaterte EMD krenkelse, fordi foreldrene ikke hadde fått juridisk bistand.³⁶⁵ Også i avvisningssaken *I. og U. v. Norge* fra 2004 anla EMD en selvstendig proporsjonalitetsvurdering.³⁶⁶

Sakene illustrerer EMDs inngående materielle og selvstendige proporsjonalitetsvurderinger på 2000-tallet. Domstolsbegrunnelsene inngår som en del av EMDs prøvingsgrunnlag, men spiller liten rolle i EMDs argumentasjon. I alle dommene fremhevet EMD subsidiaritetshensyn, men dette er fraværende i EMDs konkrete vurderinger. Adopsjonsvurderingen i *P., C., og S. v. Storbritannia*, viser imidlertid at EMD også på begynnelsen av 2000-tallet i noen tilfeller frastod fra å foreta selvstendige proporsjonalitetsvurderinger.

Görgülü v. Tyskland fra 2004 er en krysning av en barnevernssak og familierettslig sak.³⁶⁷ Barnets mor hadde ved fødselen satt det bort for adopsjon. Da faren fikk vite dette, krevde han omsorgsansvaret overført til seg. Tyske domstoler fant ham skikket som omsorgsperson, men kom til at barnets beste krevde at han ble hos fosterforeldrene. EMD mente dette var i strid med gjenforeningsmålet og konstaterte krenkelse. EMD stoppet imidlertid ikke her. Utgangspunktet

³⁶² *Kutzner v. Tyskland* (2002). Om faktum i Søvig (2003A).

³⁶³ Avsnitt 81.

³⁶⁴ *P., C., og S. v. Storbritannia* (2002). Om faktum i Søvig (2003B).

³⁶⁵ Avsnitt 136–138. Også avvisnings

³⁶⁶ *I. og U. v. Norge* [D] (2004). Om faktum Søvig (2004).

³⁶⁷ *Görgülü v. Tyskland* (2004). Se Rui (2009) s. 103–105, Søvig (2005C) pkt. 1.4, og særlig Reiertsen (2007) s. 225–244.

etter artikkel 46 er at statene fritt velger hvordan en krenkelse skal repareres – «remedial subsidiarity».³⁶⁸ Etter en inngående drøftelse av artikkel 46, konkluderte imidlertid EMD med at «[i]n the case at hand this means making it possible for the applicant to at least have access to his child.»³⁶⁹ Dette strider mot EMDs gjentatte uttalelser, så også i den aktuelle saken, om at «the Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities regarding custody and access issues».³⁷⁰ Avgjørelsen er kroneksempelen på hvordan EMD på midten av 2000-tallet nådde høydepunktet av fasen for materiell implementering.

I etterkant gikk saken hele veien til forfatningsdomstolen i Karlsruhe. Forfatningsdomstolen mente dommen måtte hensyntas, men uttalte, *obiter dictum*, at forfatningen hadde forrang for EMK, og at konflikt var mulig.³⁷¹ Uttalelsen ble oppfattet som en advarsel til EMD om å ikke la den dynamiske fortolkningen gå for langt.³⁷² *Görgülü*-dommen og etterspillet i tyske domstoler førte til stor debatt, og illustrerer godt hvilke spenninger som ligger mellom EMDs ekspansive virksomhet, og hensynet til subsidiaritet og suverenitet.³⁷³ Mens den tyske regjeringen forholdt seg taus i *Görgülü*-debatten, ble kritikken mot EMD langt mer politisk mot slutten av 2000-tallet.³⁷⁴

6.5 2010–2019. Fasen for prosessuell implementering

6.5.1 Generelt i EMD. Kritikk og subsidiaritet

Da protokoll 14 trådte i kraft i 2010 fikk EMD mulighet til å avvise saker ved en dommer og i komite på tre dommere.³⁷⁵ I tillegg til økt praksis om å sambehandle saker bidro dette til at EMD fikk snudd trenden knyttet til antall avsagte dommer, og dette tallet minket gradvis fra toppen i 2010 til 891 dommer i 2014.³⁷⁶ Restansene har også gått ned fra toppunktet i 2010 med 151 600 saker på vent, til å stabilisere seg på rundt 60 000 saker utover tiåret. Etter EMDs

³⁶⁸ *E.P. v. Italia* (1999) avsnitt 77 og Besson (2016) s. 83.

³⁶⁹ Avsnitt 64.

³⁷⁰ *Görgülü v. Tyskland* (2004) avsnitt 41.

³⁷¹ Rackow (2015) s. 384 og Reiertsen (2007) s. 236.

³⁷² Jf. Breuer (2021) s. 56–57.

³⁷³ Se om debatt i Reiertsen (2007) s. 225–226 og Rui (2009) s. 104.

³⁷⁴ Rackow (2015) s. 385.

³⁷⁵ Se art. 27 og 28, innført ved tilleggsprotokoll 14.

³⁷⁶ Nussberger (2020) s. 33–34.

voldsomme virksomhet på 2000-tallet, var flere medlemsstater nå mer uttalt kritisk til det som skjedde i Strasbourg. Særlig fremtredende var Storbritannia, hvor EMD var kommet på den politiske dagsorden etter flere kontroversielle saker.³⁷⁷ Både statsminister Cameron og May kritiserte EMD offentlig.³⁷⁸ Også i andre land var det nå større diskusjon rundt EMDs rolle.³⁷⁹ Gjennomgangsmelodien var at EMDs ekspansive virksomhet og dynamiske fortolkning grep for langt inn i statenes demokratiske handlefrihet.

Dette gjaldt også i Norge. Skepsisen som viste seg i debatten rundt menneskerettsloven, ble forsterket da Maktutredningen advarte mot rettsliggjøringen fra blant annet EMD, i 2003.³⁸⁰ I juridisk teori pågikk det en løpende debatt, hvor det er blitt argumentert både for og mot EMD.³⁸¹ Debatten ble også nasjonal da kulturminister Trond Giske kritiserte EMD etter at Norge ble dømt for brudd på ytringsfriheten i *TV Vest*-saken.³⁸² For både norske domstoler og EMD har den til enhver tid sittende Regjering gjennomgående argumentert for en restriktiv tolkning av EMK.³⁸³ I 2011 fant høyesterettsdommer Skoghøy «flere eksempler på at EMD har gått for langt».³⁸⁴

Kritikken fikk konsekvenser. En rekke høynivåkonferanser for Europarådets medlemsstater munnet ut i Interlaken-deklarasjonen fra 2010, Izmir-deklarasjonen fra 2011 og Brighton-deklarasjonen fra 2012.³⁸⁵ Interlaken-deklarasjonen var første gang et offisielt dokument fra Europarådet uttrykte motvilje mot EMDs inngrep inn i nasjonale forhold.³⁸⁶ I Izmir-deklarasjonen fra 2011 gikk statene et steg lengre, og fremhevet subsidiaritetsprinsippet som

³⁷⁷ Madsen (2021A) s. 36 og Spano (2014) s. 488. Se f.eks. *Hirst v. Storbritannia nr. 2* [GC] (2005), *Vinter m.fl. v. Storbritannia* [GC] (2013) og *Othman (Abu Qatada) v. Storbritannia* (2012).

³⁷⁸ Se Stiansen/Voeten (2020) s. 771–772.

³⁷⁹ Madsen (2021) s. 38 og Stiansen/Voeten (2020) s. 772–773 viser bl.a. til Sveits, Belgia, Nederland, Italia og Danmark. I tillegg kommer Russland som ikke følger opp krenkelser, men dette er en annen historie.

³⁸⁰ NOU 2003: 19 særlig s. 30–32. Ulfstein (2012) s. 559. I Stortingsmelding fant Regjeringen behov for følgende presisering: «I et makt- og demokratiperspektiv understreker Regjeringen også at beskyttelsen av visse grunnleggende rettigheter og friheter er et sentralt element i et demokrati.» Se St.meld. nr. 17 (2004–2005) s. 74.

³⁸¹ Se forskjellige syn i bl.a. Hov (2004), flere bidrag i Kinander red. (2005), Smith C. (2006) s. 68, Emberland (2006) og Backer (2009). Andenæs/Bjørge (2012) er svært positiv til EMD og dynamisk tolking, mens Gjems-Onstad (2018) er svært kritisk. Begge er ytterpunkter både hva gjelder innhold, form og personkarakteristikker.

³⁸² *TV Vest AS og Rogaland Pensjonistparti v. Norge* (2008). Dagbladet (18. mai 2009).

³⁸³ For noen av de argumenter som gjennomgående er fremført for dette standpunkt, se Regjeringsadvokatens høringsvar til maktutredningen, inntatt i uttrykt vedlegg til St.meld. nr. 17 (2004–2005) s. 143–148.

³⁸⁴ Skoghøy (2011) s. 530.

³⁸⁵ Interlaken-deklarasjonen 2010, Izmir-deklarasjonen 2011 og Brighton-deklarasjonen 2012.

³⁸⁶ Rui (2013A) s. 33.

fundamentalt for EMK-systemet.³⁸⁷ Storbritannia var vertskap for konferansen som ledet til den skjellsettende Brighton-erklæringen.³⁸⁸ Brighton-deklarasjonen var første gang medlemsstatene fremsatte systematisk kritikk av EMD, og satte spørsmålstegn ved domstolens plass i det europeiske rettssystemet.³⁸⁹ Deklarasjonen fokuserte sterkt på subsidiaritet. Medlemsstatene foreslo blant annet en strengere, og mer konsistent, anvendelse av avvisningskriteriene i artikkel 35.³⁹⁰ Det ble foreslått at «the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation as developed in the Court's case law should be included in the Preamble to the Convention».³⁹¹ I sin avslutningstale responderte daværende president i EMD på forslaget med å vise til den avgjørende rollen uavhengige domstoler spiller i en rettsstat.³⁹² Presidentens advarsel til tross, fra 1. august 2021 blir subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginlæren en del av EMDs fortale.³⁹³

EMD er nå gått over i fasen for prosessuell implementering.³⁹⁴ Undersøkelser har vist at domstolenes henvisning til skjønnsmargin og subsidiaritet har økt betraktelig.³⁹⁵ EMDs prosessorienterte kontroll, som redegjort for i punkt 5.3 kan gjenfinnes på flere og flere områder. I det videre ser jeg nærmere på om denne utviklingen også kan spores på barnevernsfeltet, og hvilken betydning de nasjonale domstolsbegrunnelsene i så fall har.

6.5.2 Aune v. Norge fra 2010

Aune v. Norge fra 2010 gjaldt tvangsadopsjon, og var den første norske barnevernssaken som var blitt realitetsbehandlet av EMD siden 1996.³⁹⁶ Saken var behandlet av Høyesterett i Rt. 2007 s. 561.³⁹⁷ EMD konstaterte innledningsvis at den «for formal reasons» ikke hadde kompetanse til å vurdere de tidligere avgjørelsene om omsorgsovertakelse og samvær.³⁹⁸ Dette

³⁸⁷ Izmir-deklarasjonen 2011 avsnitt 5.

³⁸⁸ Brighton-deklarasjonen 2012. Se om prosessen frem til deklarasjonen i O'Meara (2015) s. 75–76.

³⁸⁹ Madsen/Cebulak/Wiebursch (2018) s. 197–198.

³⁹⁰ Punkt C avsnitt 13–15.

³⁹¹ Avsnitt 12 bokstav b.

³⁹² Se Rui (2013A) s. 35–36.

³⁹³ Tilleggsprotokoll 15. Se Emberland (2013) og motsvar fra Wessel-Aas (2013).

³⁹⁴ Spano (2018) s. 480 flg.

³⁹⁵ Madsen (2018) s. 211, Madsen (2021B) s. 15 og Mowbrau (2015) s. 337–338.

³⁹⁶ *Aune v. Norge* (2010). Se Bendiksen (2012). Jeg ser her bort fra *K.T. v. Norge* (2008), som gjaldt undersøkelsessak.

³⁹⁷ Se Bendiksen (2007).

³⁹⁸ Avsnitt 65.

har vært det vanlige utgangspunktet, som senere er til dels endret etter *Strand Lobben* fra 2019, se punkt 7.1.3. EMD vurderte om den materielle terskelen for tvangsadopsjon var oppfylt. EMD trakk frem at mor og barn hadde svake sosiale bånd, noe som måtte påvirke beskyttelsen under artikkel 8. I den videre argumentasjonen forholdt EMD seg nokså tett til Høyesteretts begrunnelse. EMD godtok blant annet Høyesteretts begrunnelse for at barnet var sårbart, et forhold Høyesterett hadde grundig redegjort for med henvisning til sakkyndigrapporten.³⁹⁹ EMD kom til at adopsjonen ikke krenket artikkel 8. EMD foretok altså en materiell kontroll med adopsjonens proporsjonalitet, men forholdt seg underveis til Høyesteretts begrunnelse – allerede her en tendens til ytre, prosessuell kontroll.⁴⁰⁰

På samme tid var det politisk vilje til økt bruk av tvangsadopsjon. I 2009 oppfordret Barne- og familiedepartementet til økt bruk av tvangsadopsjon, med støtte fra 104 av 107 høringsinstanser.⁴⁰¹ I NOU 2012: 5 anbefalte Raundalen-utvalget «at det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp gis forrang i forhold til det biologiske prinsipp i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling.»⁴⁰² Også utvalget oppfordret til økt bruk av tvangsadopsjon.⁴⁰³ *Aune*-dommen kan ha blitt oppfattet som et godkjentstempel på norsk barnevern.⁴⁰⁴

6.5.3 Kravet om «in-depth examination»

På 2010-tallet fikk den prosessorienterte kontrollen fotfeste også på barnevernsområdet. En sentral formulering i denne prosessen er kravet om «in-depth examination»:

«Thus it is incumbent upon the Court to ascertain whether the domestic courts conducted an *in-depth examination* of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what would be the best solution for the child (see, *mutatis mutandis*, *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 139). In practice, there is likely to be a degree of overlap in this respect

³⁹⁹ Rt. 2007 s. 561 avsnitt 58–59.

⁴⁰⁰ Harris m.fl. (2018) s. 549 fotnote 494, trekker frem *Aune* som et eksempel på at «[w]here the domestic authorities have evidently weighed up the relevant considerations, no violation will generally arise.»

⁴⁰¹ Ot.prp. nr. 69 (2008–2009) s. 30–35.

⁴⁰² NOU 2012: 5 s. 86. Også bl.a. Hagen/Rønbeck (2011) argumenterte for dette.

⁴⁰³ NOU 2012: 5 s. 130. Fulgt opp i Prop. 106 L (2012–2013), men uten noen lovendring. For redegjørelse og kritikk, se Brynildsrud (2016).

⁴⁰⁴ Også adopsjonslovutvalget trekker en lignende slutning, se NOU 2014: 9 s. 148.

with the need for relevant and sufficient reasons to justify a measure in respect of the care of a child.»⁴⁰⁵

Uttalelsen kan forstås på to måter. *Den første forståelsen* er at det angis et krav til nasjonale domstolers skriftlige begrunnelse. I så fall er det tale om et innfortolket prosessuelt krav til begrunnelsen, slik at en utilstrekkelig begrunnelse for disse forholdene i seg selv utgjør et brudd på artikkel 8. *Den andre forståelsen* er at uttalelsen angir et vurderingskrav. Altså en beskrivelse av hvilke elementer som skal være vurdert, før det kan fattes avgjørelse. Også en slik forståelse vil kunne ha betydning for de nasjonale begrunnelsene, i den forstand at å nedtegne disse vurderingene i begrunnelsen vil være den beste måten å overbevise EMD om at utredningskravet er oppfylt. En slik forståelse medfører imidlertid ikke at manglende begrunnelse *i seg selv* vil utgjøre et brudd på artikkel 8. *Uansett* hvilket av alternativene som legges til grunn stilles det høye krav til de nasjonale domstolene. En rekke av elementene i kravet er imidlertid uklare.

Formuleringen ble først brukt i barne bortføringssaken *Maumousseau og Washington v. Frankrike* fra 2007, men da som en beskrivelse av den undersøkelsen de franske domstolene allerede hadde foretatt.⁴⁰⁶ I *Neulinger og Shuruk v. Sveits* fra 2010, omgjorde storkammeret formuleringen til et *krav* som de nasjonale domstolene skulle oppfylle.⁴⁰⁷ Da kravet ble inntatt på barnevernsfeltet i *Y.C. v. Storbritannia* fra 2012, inntok EMD reservasjonen «mutatus mutandis», som betyr at prinsippet kan overføres, men at justeringer må gjøres.⁴⁰⁸

EMD har tidligere brukt praksis fra barnevernsfeltet i barne bortføringssaker.⁴⁰⁹ Mange av de samme hensynene gjør seg gjeldene, særlig at barnets beste må veies mot hensynet til gjenforening. Det er imidlertid også forskjeller. Barnevernssakene gjelder i prinsippet statens *negative* forpliktelse til å avstå fra inngrep, selv om det også er innfortolket positive gjenforeningsforpliktelser.⁴¹⁰ Barne bortføringssakene gjelder utelukkende statens *positive* forpliktelser til å hindre at den bortførende forelderen (eller andre), krenker familielivet til

⁴⁰⁵ *Y.C. v. Storbritannia* (2012) avsnitt 138.

⁴⁰⁶ *Maumousseau og Washington v. Frankrike* (2007) avsnitt 74. Fenton-Glynn (2020) s. 291 og EMD i *X. v. Latvia* [GC] (2013) avsnitt 104.

⁴⁰⁷ *Neulinger og Shuruk v. Sveits* [GC] (2010) avsnitt 139.

⁴⁰⁸ Avsnitt 138 sitert ovenfor. Cambridge Dictionary, «mutatis mutandis».

⁴⁰⁹ Kvisberg (2019) s. 94.

⁴¹⁰ Slik også Fenton-Glynn (2020) s. 365.

barnet og den andre forelder. Barnebortførings sakene er som regel også grenseoverskridende, og statene er i så tilfelle forpliktet til å følge Haag-konvensjonen om barnebortføring.⁴¹¹ Det sentrale prinsippet i konvensjonen er rask og effektiv tilbakeføring av barnet.⁴¹²

Etter *Neulinger og Shuruk* ble kravet om «in-depth examination» kritisert for å være i direkte motstrid med effektivitetskravet i Haag-konvensjonen.⁴¹³ Allerede i 2013 trakk 16 av 17 dommere kravet tilbake i *X. v. Latvia*.⁴¹⁴ Kravet ble erstattet med to vilkår.⁴¹⁵ EMD presiserte så at artikkel 8 pålegger statene en «particular procedural obligation»:

«[T]he courts must [...] make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case. Both a refusal to take account of objections to the return [...] and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections would be contrary to the requirements of Article 8 [...]»⁴¹⁶

EMD erstattet altså kravet om «in-depth examination», med et prosessuelt krav til domstolsbegrunnelse. EMD understøttet dette med å vise til at begrunnelsen skulle gjøre det mulig for EMD «to carry out the European supervision entrusted to it». Dette harmonerer med utviklingen mot en mer prosessorientert kontroll i tråd med subsidiaritetsprinsippet.⁴¹⁷

Kravet om «in-depth examination» overlevde altså bare i tre år på barnebortføringsfeltet, men i mellomtiden var kravet inntatt på barnevernsfeltet.⁴¹⁸ Spørsmålet er hvilken betydning dette bør få for kravets anvendelse der. *X.*-dommen viser at kravet om «in-depth examination» rekker videre enn et krav til begrunnelsen. Formuleringen stiller altså krav til at domstolene må vurdere hele familiesituasjonen. Men den beste måten å overbevise EMD om at en slik vurdering er foretatt, er ved å nedtegne den i domstolsbegrunnelsen. Det andre tolkningsalternativet jeg oppstilte ovenfor må derfor være korrekt.

⁴¹¹ Se Kvisberg (2009) s. 48–66.

⁴¹² Haag-konvensjonen artikkel 12 og 13.

⁴¹³ Se McEleavy (2015) s. 388 flg., Beamont m.fl. (2015) s. 41 flg. og Kvisberg (2019) s. 98–99.

⁴¹⁴ *X. v. Latvia* [GC] (2013). Se avsnitt 103–108 og dissensen på s. 50 flg. avsnitt 2.

⁴¹⁵ Avsnitt 106.

⁴¹⁶ Avsnitt 107.

⁴¹⁷ Neulinger (2017) s. 172 trekker imidlertid frem *X. v. Latvia* som et eksempel på det motsatte, ved at EMD nedjusterte de prosessuelle kravene fra *Neulinger og Shuruk*. Etter min mening er imidlertid det å erstatte et prosessuelt krav med et mindre strengt prosessuelt krav et godt eksempel på subsidiaritet og skjønnsmargin.

⁴¹⁸ Kvisberg (2019) s. 105.

Y.C. v. Storbritannia fra 2012 introduserte kravet på barnevernsfeltet, og gjaldt nektelse av tilbakeføring med sikte på tvangsadopsjon.⁴¹⁹ I forlengelsen av de prosessuelle garantiene, oppstilte EMD kravet om «in-depth examination».⁴²⁰ Det tillegget som ble ansett nødvendig på barnevernsfeltet er interessant: «In practice, there is likely to be a degree of overlap in this respect with the need for relevant and sufficient reasons to justify a measure in respect of the care of a child». I flere etterfølgende saker har også EMD behandlet disse to kravene samlet. Uttalelsen viser hvor tette bånd det er mellom materielle og prosessuelle krav i EMDs praksis på barnevernsfeltet. I den konkrete vurderingen forholdt EMD seg tett til domstolsbegrunnelsen.⁴²¹ EMD påpekte at begrunnelsen ikke inneholdt «express reference to the relevant considerations arising under Article 8».⁴²² Dette var imidlertid ikke avgjørende, da begrunnelsen viste at de relevante prinsippene var tatt i betraktning. Slike referanser er altså ønskelig, men det *materielle* innholdet i avgjørelsen er avgjørende. EMD konkluderte med at det forelå «relevant and sufficient reasons», og at de prosessuelle garantiene var oppfylt.⁴²³ Dommen er et eksempel på en utpreget ytre, prosessuell kontroll.⁴²⁴ Det er tydelig at kravet om «in-depth examination» påvirket EMDs kontroll i en mer prosessorientert retning. I et større perspektiv er det påfallende at kravet om «in-depth examination» og den tilhørende prosessorienterte kontrollen, kom samtidig som kritiske utkast til den forekommende Brighton-deklarasjonen var i sirkulasjon.⁴²⁵

Kravet om «in-depth examination» ble ikke umiddelbart fast praksis på barnevernsfeltet. I en lang rekke barnevernssaker mellom 2013 og 2017 ble kravet ikke nevnt.⁴²⁶ Neste gang kravet ble nevnt var i *Mamchur v. Ukraina* fra 2015, som ikke var en barnevernssak, men en barnefordelingssak.⁴²⁷ *Jovanovic v. Sverige* fra 2015, gjaldt omsorgsovertakelse.⁴²⁸ Svenske myndigheter anførte at den svenske domstolen hadde foretatt en «in-depth examination», men

⁴¹⁹ *Y.C. v. Storbritannia* (2012).

⁴²⁰ Avsnitt 139.

⁴²¹ Avsnitt 144–146.

⁴²² Avsnitt 147.

⁴²³ I *R. og H. v. Storbritannia* (2011) avsagt av det samme kammeret et år i forveien, skilte EMD skarpt mellom disse to vurderingene.

⁴²⁴ Slik også Skivenes/Søvig (2016) s. 354–355. Uttrykket er hentet fra Rui (2013B) s. 316.

⁴²⁵ O'Meara (2015) s. 75–76.

⁴²⁶ F.eks. *R.M.S. v. Spania* (2013), *Hanzelkovi v. Tsjekkia* (2014), *N.P. v. Moldava* (2015), *S.H. v. Italia* (2015), *N.TS. mfl. v. Georgia* (2016), *Kocherov og Sergejeva v. Russland* (2016) og *Achim mot Romania* (2017).

⁴²⁷ *Mamchur v. Ukraina* (2015) avsnitt 102, se Søvig (2016) s. 253–254.

⁴²⁸ *Jovanovic v. Sverige* (2015). Se Søvig (2016) s. 239–240.

likevel er ikke kravet inntatt i EMDs vurdering.⁴²⁹ I den konkrete vurderingen anla EMD uansett en prosessorientert kontroll. Etter å ha forholdt seg til sakens faktiske sider slik den fremgikk av den svenske domstolsbegrunnelsen, konkluderte EMD med at «the national authorities had good grounds for their decision.»⁴³⁰

6.5.4 Norsk barnevern under lupen

Utover 2010-tallet kom norsk barnevern under sterk internasjonal kritikk.⁴³¹ Kritikken mot det norske barnevernet har særlig knyttet seg til at barnevernet for tidlig overtar omsorgen til barn med foreldre med utenlandsk bakgrunn. I 2016 demonstrerte over 8000 personer i elleve land mot det norske barnevernet.⁴³² Kritikken har ført til problemer for Norges diplomatiske relasjoner.⁴³³ I 2015 satt også EMD det norske barnevernet under lupen.⁴³⁴ Mellom desember 2015 og mai 2016 ble de fem første sakene kommunisert for norske myndigheter.⁴³⁵ Søvig «kan vanskelig fri seg fra tanken om at utvalget av kommuniserte saker er preget av den internasjonale oppmerksomheten som har vært rettet mot norsk barnevern.»⁴³⁶

Høsten 2016 og våren 2017 avviste EMD tre barnevernssaker som «manifestly ill-founded», jf. artikkel 35 nr. 3.⁴³⁷ *J.M.N. og C.H. v. Norge* gjaldt omsorgsovertakelse, og saken var sist realitetsbehandlet av lagmannsretten.⁴³⁸ *T.S. og J.J. v. Norge* gjaldt samvær med en mormor som bodde i Polen.⁴³⁹ Saken var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁴⁴⁰ *I.D. v. Norge* gjaldt tilbakeføring, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁴⁴¹

⁴²⁹ Avsnitt 68.

⁴³⁰ Avsnitt 83.

⁴³¹ BBC World News utga to kritiske dokumentarer om norsk barnevern, se BBC (2016A) «Norway: Parents Against the State» og BBC (2018) «Norway's Silent Scandal».

⁴³² Bragdø-Ellenes/Torjesen (2020) s. 2.

⁴³³ Se Haugevik/Neumann (2020) og Bragdø-Ellenes/Torjesen (2020).

⁴³⁴ Uttrykket er hentet fra Emberland (2016). Se om perioden hvor EMD begynte å kommunisere barnevernssaker mot Norge i Emberland (2017) og (2018).

⁴³⁵ Emberland (2016) s. 329–339.

⁴³⁶ Søvig (2018) s. 125. I samme retning Falch-Eriksen/Skivenes (2019) s. 112–113.

⁴³⁷ Se om sakenes faktum i NIM (2020) s. 73–76 og Søvig (2018) s. 131–135.

⁴³⁸ *J.M.N. og C.H. v. Norge* [D] (2016) og Eidsivating lagmannsretts dom 10. april 2015 (LE-2014-144224).

⁴³⁹ *T.S. og J.J. v. Norge* [D] (2016).

⁴⁴⁰ Jæren tingretts dom 8. september 2014 (13-104628TVI-JARE).

⁴⁴¹ *I.D. v. Norge* [D] (2017) og Inntrøndelag tingretts dom 23. oktober 2015 (15-085856TVI-INTR).

Kravet om «in-depth examination» ble ikke nevnt i noen av avgjørelsene. EMD forholdt seg likevel tett til de nasjonale domstolsbegrunnelsene i alle de tre avgjørelsene. To eksempler fra *J.M.N. og C.H.* er når EMD legger vekt på at lagmannsretten hadde vurdert hjelpetiltak, og når det legges til grunn at lagmannsretten hadde «carefully considered all aspects of the case».⁴⁴² I *T.S. og J.J.* trakk EMD frem at barnets interesse i å bevare bånd til sin polske identitet «was expressly considered by the City Court».⁴⁴³ I denne avgjørelsen fremfører EMD også flere materielle argumenter, særlig knyttet til at familielivet mellom besteforeldre og barn nyter en lavere beskyttelse under artikkel 8, enn båndet mellom foreldre og barn. Den prosessorienterte tilnærmingen viser seg også i *I.D.* Her konkluderte EMD med at «the Districts Court’s judgement was sufficiently reasoned».⁴⁴⁴ I alle avgjørelsene vektla EMD også mer rendyrkede prosessuelle forhold slik som antall hovedforhandlinger, samt mulighetene for kontradiksjon, anke og rettslig bistand.

Norges institusjon for menneskerettigheter har trukket frem *J.M.N. og C.H.* og *I.D.* som «eksempler på norske saker hvor EMD ikke har hatt noe å innvende på begrunnelsen».⁴⁴⁵ Dette tilsier imidlertid ikke nødvendigvis at disse domstolsbegrunnelsene var av bedre kvalitet enn de senere sakene hvor Norge er dømt. For det første var ingen av sakene kommunisert for norske myndigheter. Det er derfor naturlig at EMD henter sine argumenter til støtte for at inngrepet var rettferdiggjort fra de nasjonale domstolsbegrunnelsene. For det andre ble alle sakene avvist som «manifestly ill-founded». Det er dermed grunn til å anta at sakene lå godt innenfor artikkel 8’s materielle krav. For det tredje gir ikke en gjennomlesning av de tre nasjonale domstolsbegrunnelsene noe inntrykk av at disse er utformet på noen annen måte enn senere saker hvor Norge er dømt. Uansett, avgjørelsene er gode eksempler på at EMDs prosessorienterte kontroll også fikk innpass på barnevernsfeltet i løpet av 2010-tallet.

M.L. 2017

M.L. v. Norge 2017 var den første av de kommuniserte sakene som endte i dom.⁴⁴⁶ Saken gjaldt plasseringssted, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁴⁴⁷ For første gang siden *Y.C.* fra 2012

⁴⁴² *J.M.N. og C.H.* avsnitt 28.

⁴⁴³ *T.S. og J.J.* avsnitt 30.

⁴⁴⁴ *I.D.* avsnitt 64.

⁴⁴⁵ NIM (2020) s. 50.

⁴⁴⁶ *M.L. v. Norge 2017* (2017).

⁴⁴⁷ Fredrikstad tingretts dom 22. juli 2013 (13-003138TVI-FRED). Om faktum se NIM (2020) s. 77–78 og Søvig (2018) s. 130–131.

ble kravet om «in-depth examination» nevnt under de generelle prinsippene i en barnevernssak. EMD startet med å konstatere at de tradisjonelle prosessuelle garantiene var oppfylt. Men når det gjaldt

«the further procedural requirements under Article 8 of the Convention – that the case be subject to an in-depth examination and a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person – the Court finds that in the present case these must be examined together with the substantive question of whether the domestic authorities provided relevant and sufficient reasons for the impugned decision [...]»⁴⁴⁸

Uttalelsen viser tydelig at formuleringen om «relevant and sufficient reasons» gir uttrykk for *materielle* forhold – «a substantive question».⁴⁴⁹ Det mest interessante er likevel hvordan det som i *Y.C.* ble ansett som «a degree of overlap», i dette tilfellet fører til at det prosessuelle og materielle glir fullstendig over i hverandre. Uttalelsen blir etterfulgt av en utpreget prosessorientert kontroll, hvor EMD kun forholder seg til tingrettens begrunnelse. EMD oppsummerer slik: «Having regard to the detailed reasons provided by the City Court, the Court is satisfied that court conducted an in-depth examination». Det forelå derfor ikke krenkelse. Slik virker det som det *prosessuelle* kravet til «in-depth examination» konsumerer artikkel 8's *materielle* elementer. *M.L. 2017* er et utpreget eksempel på EMDs prosessorientert kontroll.⁴⁵⁰

Gitt EMDs skryt av tingrettens begrunnelse, er det interessant å analysere den nærmere. Spørsmålet om plassering var behandlet over to sider, og verken EMK eller EMDs praksis var nevnt.⁴⁵¹ Begrunnelsen tok utgangspunkt i fordelingen ved å plassere barnet hos familiemedlemmer, før den deretter la frem en rekke argumenter for hvorfor besteforeldrene ikke kunne ha omsorgen. Begrunnelsen inneholdt og et lengre utdrag fra sakkyndigrapporten, til støtte for tingrettens resultat. Etter min vurdering er begrunnelsen god, men ikke noe ekstraordinær. At Norge ble frikjent kan heller forklares i at myndighetene innrømmes en videre skjønnsmargin i plasseringsspørsmål.

⁴⁴⁸ Avsnitt 46.

⁴⁴⁹ Tolkingalternativ (i), pkt. 6.1.2.

⁴⁵⁰ Om enn ikke eksplisitt, legger også Fenton-Glynn (2020) s. 321 dette til grunn: «The analysis of the Court was clearly focused on whether the authorities had taken into account the requisite factors, rather than the ultimate decision they reached.» Fenton-Glynn er for øvrig kritisk til denne tendensen i EMDs praksis, se Fenton-Glynn (2020) s. 351 og 363–365.

⁴⁵¹ Fredrikstad tingretts dom 22. juli 2013 (13-003138TVI-FRED) s. 16–18.

Strand Lobben 2017 (kammer)

Strand Lobben m.fl. v. Norge 2017 gjaldt tilbakeføring og tvangsadopsjon, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁴⁵² Dommen ble aldri rettskraftig, fordi den i 2019 ble behandlet i storkammer, se punkt 7.1. Avgjørelsen har derfor ikke rettskildemessig vekt, men er uansett interessant å analysere både fordi den danner grunnlag for storkammeravgjørelsen, og fordi den inngår som en del av den større utviklingen på barnevernsfeltet. Kammerdommen ble avgjort under skarpest mulig dissens, 4 mot 3.

Flertallet bestod av dommer Møse fra Norge, samt dommerne fra Tyskland, Frankrike og Bulgaria. Slik som i *M.L. 2017* nevnte flertallet igjen kravet om «in-depth examination» under de generelle prinsippene.⁴⁵³ Flertallet anla imidlertid en enda mer utpreget prosessorientert kontroll enn i *M.L. 2017*. Tingrettens begrunnelse er vist til 20 ganger. Dette til tross for at saken gjaldt tvangsadopsjon, hvor EMD skal anlegge en «stricter scrutiny». Flertallet trakk frem at tingrettens begrunnelse viste at den «intended to apply relevant domestic legislation in line with the general principles set out in the Court’s case-law under Article 8».⁴⁵⁴ I en prosessorientert kontroll er det i slike tilfeller rom for å innrømme statene en vid skjønnsmargin. Flertallet er imidlertid svært generøst når det legger til grunn at tingretten anvendte EMDs prinsipper. I tingrettens begrunnelse var verken artikkel 8 eller EMDs praksis nevnt. Det nærmeste begrunnelsen kommer noe EMK-relatert, er en henvisning til Rt. 2007 s. 561, som senere endte i *Aune*-dommen.⁴⁵⁵ Flertallet er altså svært velvillig innstilt overfor tingrettens begrunnelse. Flertallet viste også til at fylkesnemndas begrunnelse la til grunn at moren var «completely devoid of any such empathy and understanding» som gutten trengte. Dette viser at også fylkesnemndas begrunnelser tas i betraktning av EMD. Uttalelsen kan også tas til inntekt for at norske domstoler bør skrive begrunnelser som er mer spissformulerte. Dette strider mot det som har vært vanlig praksis blant norske dommere.⁴⁵⁶ EMD avsluttet med at

⁴⁵² *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [J] (2017) og Drammens tingretts dom 22. februar 2012 (11-207059TVI-DRAM). Om faktum i NIM (2020) s. 80–81.

⁴⁵³ Avsnitt 107.

⁴⁵⁴ Avsnitt 120.

⁴⁵⁵ Drammens tingretts dom 22. februar 2012 (11-207059TVI-DRAM) s. 10.

⁴⁵⁶ Se f.eks. Michelsen (1984) s. 239–240: «Man skal uttale seg, ofte med forsiktighet, men i alle fall med moderasjon. [...] Dommeren skal altså vise forsiktighet med å del ut kritikk eller komme med karakteristikk.» I Tilsynsutvalget for dommere sine Etske prinsipper for dommeradferd (2010) pkt. 7 står også følgende: «Ved utformingen av rettens avgjørelser må dommeren vise tilbørlig respekt overfor alle involverte så langt det er forenlig med kravet til en dekkende begrunnelse.»

beslutningsprosessen hadde vært rettferdig og at nasjonale domstoler var bedre egnet til å fatte slike avgjørelser. Det forelå derfor ingen krenkelse av artikkel 8.

Dissensen til dommer O’Leary fra Irland, samt dommerne fra Østerrike og Aserbajdsjan, står i sterk kontrast til flertallet.⁴⁵⁷ Mindretallet fant det nødvendig å redegjøre for både sakens faktum og de generelle prinsippene på nytt, slik de så på saken. Blant annet blir både kravet om «in-depth examination» og «relevant and sufficient reasons» omtalt som prosessuelle krav. Mindretallets kildehenvisninger fremstår generelt som nokså tilfeldige.⁴⁵⁸ Mindretallet viser for eksempel til *Görgülü v. Tyskland* hele åtte ganger. I lys av at jeg anser dommen som selve høydepunktet i EMDs fase for *materiell* implementering, er dette interessant. Kanskje henvisningene til *Görgülü* var en advarsel fra mindretallet, for i den konkrete vurderingen anlegger det en utpreget materiell kontroll av om tvangsadopsjon var et proporsjonalt inngrep. En lang rekke innvendinger blir rettet mot både flertallets og tingrettens argumentasjon, og i tillegg trekker mindretallet frem en rekke selvstendige argumenter fra sakens dokumenter. Til slutt fremhever mindretallet at EMDs praksis oppstiller «legal standards», og disse må få «legal consequences».⁴⁵⁹ Mindretallet er også svært kritisk til flertallets kontroll, som omtales som «almost exclusively procedural».⁴⁶⁰

Både flertallet og mindretallet gikk lengre i hver sin retning, enn tidligere saker. Dette kan nok skyldes at de to fraksjonene fikk utforme hvert sitt votum, uten å inngå kompromisser. Det er vanskelig å se for seg at et enstemmig kammer kunne stått inne for verken flertallets eller mindretallets form for kontroll.

Mohamed Hassan 2018

Mohamed Hassan v. Norge fra april 2018 gjaldt tvangsadopsjon av to jenter, og var sist realitetsbehandlet av tingretten.⁴⁶¹ Også her ble kravet om «in-depth examination» inntatt under de generelle prinsippene. EMD startet med å gjengi de forhold som var vektlagt i tingrettens og fylkesnemndas begrunnelse, og trakk blant annet frem at konklusjonene var «substantiated by

⁴⁵⁷ Strand Lobben 2017 s. 37–50.

⁴⁵⁸ Dette kan forklares ved at EMDs sekretariat ikke kvalitetssikrer dissenser.

⁴⁵⁹ Avsnitt 27 (s. 50).

⁴⁶⁰ Avsnitt 28 (s. 50).

⁴⁶¹ *Mohamed Hasan v. Norge* (2018) og Fredrikstad tingretts dom 9. september 2014 (14-040742TVI-FRED og 14-047029TVI-FRED). Om faktum i NIM (2020) s. 79–80.

facts».⁴⁶² Dette er typisk prosessorientert kontroll. EMD gikk imidlertid så over til å foreta en selvstendig vurdering av om terskelen for adopsjon – «very exceptional circumstances» – var oppfylt. Denne vurderingen er en typisk indre, materiell proporsjonalitetsvurdering. Siden barna var utsatt for vold konstaterte EMD at tvangsadopsjonen var proporsjonal.

Det er mulig å se en utvikling fra den prosessorienterte kontrollen i avvisningssakene, *M.L. 2017* og flertallet i *Strand Lobben*, via den strenge materielle kontrollen til mindretallet i *Strand Lobben*, og til et slags kompromiss her i *Mohammed Hassan*. Dommen er enstemmig, og to av dommerne var en del av mindretallet i *Strand Lobben*.⁴⁶³ Det er nærliggende å tro at dette påvirket EMDs innfallsvinkel. Tingrettens begrunnelse var også lite egnet for en prosessorientert kontroll. Den var på knappe fire sider, og inneholdt kun et kort avsnitt om de rettslige utgangspunktene uten noen henvisning til verken artikkel 8 eller EMDs praksis.⁴⁶⁴ Dersom artikkel 8 hadde inneholdt en prosessuell garanti om en begrunnelse av en viss kvalitet, ville denne begrunnelsen vært en klar kandidat for krenkelse. *Mohamed Hassan* viser tydelig at EMD ikke først og fremst stiller krav til begrunnelsene, det er det materielle som er avgjørende. Materielt sett var nemlig saken klar: Barna var utsatt for vold i hjemmet, noe EMD gjennomgående aksepterer som «exceptional circumstances».

Jansen 2018

Jansen v. Norge fra september 2018 gjaldt samværsnekt, og var sist realitetsbehandlet i lagmannsretten.⁴⁶⁵ Igjen ble kravet om «in-depth examination» nevnt under de generelle prinsippene. I den konkrete vurderingen trakk EMD frem at beslutningsprosessen hadde vært god og at lagmannsretten hadde ««carried out an extensive assessment». Det var derfor ikke grunn til å betvile at «the domestic authorities carried out a sufficiently in-depth examination of the case or that the decision was taken based on what was considered to be in A's best interests.»⁴⁶⁶ EMD skulle likevel vurdere om lagmannsrettens avgjørelse var basert på en «interpretation and application of the notion of the 'best interests of the child' compatible with the Court's jurisprudence».⁴⁶⁷ I denne vurderingen anla EMD en ytre prosessuell kontroll. Den

⁴⁶² Avsnitt 158.

⁴⁶³ Dommerne Kucsko-Stadlmayer fra Østerrike og Hüseyinov fra Aserbajdsjan.

⁴⁶⁴ Fredrikstad tingretts dom 9. september 2014 (14-040742TVI-FRED og 14-047029TVI-FRED) s. 7–11.

⁴⁶⁵ *Jansen v. Norge* (2018) og Borgarting lagmannsretts dom 29. april 2015 (LB-2014-173958). Om faktum i NIM (2020) s. 79–80. Dommen er kritisert i Sandberg (2018).

⁴⁶⁶ Avsnitt 100.

⁴⁶⁷ Avsnitt 101.

forholder seg tett til lagmannsrettens begrunnelse, men påpeker flere mangler ved denne. Begrunnelsen blir blant annet kritisert for å «not explicitly mention» at moren og barnet ikke hadde møtt hverandre på tre år, og at fokuset ikke er på gjenforening. Det ble også trukket frem at begrunnelsen ikke inneholdt en vurdering av konsekvensene en adskillelse ville få for barnet på lang sikt. Det blir derfor enstemmig konstatert krenkelse. I *Jansen* er EMDs kontroll prosessorientert på to måter. Først i den forstand at EMD fremhever at lagmannsretten har gjort en «in-depth examination». Deretter er den prosessorientert i en annen forstand, når den undersøker lagmannsrettens begrunnelse, og kommer til at det der legges til grunn feil forståelse av barnets beste. Feil rettsanvendelse karakteriseres som en *materiell* krenkelse av artikkel 8.

6.5.5 Lazoriva 2018. Prosessorientert kontroll og begrunnelse som prosessuell garanti

Analysen har vist at EMD anla en prosessorientert kontroll i de første barnevernssakene mot Norge på 2010-tallet. Spørsmålet er om dette også var tilfellet i saker mot andre land.

S.S. v. Slovenia fra 2018 gjaldt samværsnekt og tvangsadopsjon.⁴⁶⁸ Under de generelle prinsippene ble kravet om «in-depth examination» inntatt.⁴⁶⁹ I *samværsvurderingen* foretok EMD en selvstendig vurdering basert på sakens fakta, uten å vise til domstolsbegrunnelsen.⁴⁷⁰ I *adopsjonsvurderingen* anla imidlertid EMD en ytre prosessuell kontroll, og forholdt seg tett til den nasjonale domstolsbegrunnelsen.⁴⁷¹ Her ble det også trukket frem at de klassiske prosessuelle garantiene var ivaretatt. Avslutningsvis ble noen selvstendige materielle argumenter trukket frem, før domstolen enstemmig frikjente Slovenia.

Wunderlich v. Tyskland fra 2019 gjaldt kortvarig omsorgsovertakelse.⁴⁷² Her ble ikke kravet om «in-depth examination» nevnt. EMD anla først en nokså selvstendig kontroll der den viste til sakens fakta, og ikke domstolsbegrunnelsen.⁴⁷³ Etter å ha gjennomgått en del materielle elementer, uttalte EMD at den *til slutt* må vurdere om omsorgsovertakelsen var proporsjonal.⁴⁷⁴ I proporsjonalitetsvurderingen forholder EMD seg utelukkende til den nasjonale

⁴⁶⁸ *S.S. v. Slovenia* (2018). Om faktum i Søvig (2019B) s. 230–231 og Fenton-Glynn (2029) s. 318–319.

⁴⁶⁹ Avsnitt 87.

⁴⁷⁰ Avsnitt 90–95.

⁴⁷¹ Avsnitt 96–107.

⁴⁷² *Wunderlich v. Tyskland* (2019). Se om faktum i Søvig (2019B) s. 230.

⁴⁷³ 48–52.

⁴⁷⁴ Avsnitt 54.

domstolsbegrunnelsen, og fremhever at den inneholder «detailed reasons» for hvorfor ikke mindre inngripende tiltak var tilstrekkelig.⁴⁷⁵ Denne delen av EMDs argumentasjon er utpreget prosessorientert, og Tyskland ble frikjent.

I *Lazoriva v. Ukraina* fra 2018 var et barn adoptert.⁴⁷⁶ Barnets tante klaget på at hun ikke fikk adoptere nevøen. EMD mente det ikke forelå et *familieliv* mellom nevøen og tanten, men kom til at det falt inn under tantens «private life». Den slovenske domstolen hadde ikke vurdert fordelene ved å la tanten adoptere barnet i sin vurdering av barnets beste. Ifølge EMD var dette «not in compliance with the procedural requirements implicit in Article 8». Dommen var enstemmig, men to av dommerne avga særavotum, der de understreket at slovenske domstoler hadde avgjort saken i tråd med artikkel 8's materielle side, og at krenkelsen *kun* var av prosessuell art.⁴⁷⁷ Dommen er en den første barnevernssaken hvor domstolsbegrunnelsen *i seg selv* har utgjort en krenkelse av artikkel 8. Dommen kan imidlertid ikke tas til inntekt for så strenge krav som ble oppstilt i *K.A.*, se pkt. 6.4.3.

Samlet viser de tre dommene at den prosessorienterte kontrollen hadde fått fotfeste på barnevernsfeltet, også i saker mot andre land enn Norge. De viser også hvordan EMDs terminologibruk varierer fra dom til dom, og fra kammer til kammer. Ikke minst må man etter *Lazoriva* legge til grunn at det gjelder minstekrav til de nasjonale domstolsbegrunnelsene etter artikkel 8 i barnevernssaker.

6.6 Oppsummering 1980–2019

På 1980-tallet startet EMDs fase for materiell implementering. Statene var positiv innstilt til EMD som avsa flere fellende dommer enn tidligere. De første barnevernssakene var fem dommer mot Storbritannia fra 1987, hvor EMD innfortolket domstolens prosessuelle garantier i artikkel 8. I *Olsson nr. 1* fra 1988 tok EMD for første gang stilling til en barnevernssaks materielle sider. EMD foretok ikke en selvstendig proporsjonalitetsvurdering, men evaluerte om den svenske domstolsbegrunnelsen ga uttrykk for et proporsjonalt resultat – en ytre, prosessuell kontroll. Omsorgsovertakelsen ble godtatt, men domstolen konstaterte krenkelse knyttet til det etterfølgende samværet og plasseringen. Her anla EMD en materiell vurdering av

⁴⁷⁵ Avsnitt 54.

⁴⁷⁶ *Lazoriva v. Ukraina* (2018).

⁴⁷⁷ Se Sormunen (2020) s. 757–758.

om tiltakene støttet opp under gjenforeningsmålet. Slik balanserte EMD sterke subsidiaritetshensyn som gjør seg gjeldende på barnevernsområdet, mot ønsket om en effektiv implementering av EMK.

På 1990-tallet fortsatte fasen for materiell implementering, og den positive holdningen til EMD økte ytterligere. Europarådet fikk 18 nye medlemmer og EMD ble en fast domstol, noe som førte til at EMDs dynamiske tolkning og ekspansive varsomhet satt fart. På barnevernsfeltet ble utgangspunktene fra 1980-tallet fulgt opp i en rekke dommer. Artikkel 8 hadde nå en prosessuell side og en materiell side. EMD kontrollerte om de nasjonale domstolsbegrunnelsene viste at omsorgsovertakelsen var proporsjonal, men førte en mer materiell kontroll av gjenforeningsmålet ved samvær og adopsjon.

På 2000-tallet var EMD blitt en domstol for 800 millioner europeere. EMDs saksmengde eksploderte, og der domstolen avsa 177 dommer i 1999 var tallet i 2009 oppe i 1 543.⁴⁷⁸ På barnevernsfeltet foretok EMD mer selvstendige vurderinger av både omsorgsovertakelsen og de etterfølgende tiltakenes proporsjonalitet. I *K.A. v. Finland* fra 2003 ble det innfortolket eksplisitte krav til begrunnelse i artikkel 8. Avgjørelsen ble imidlertid ikke fulgt opp verken i EMDs konkrete vurdering i den aktuelle saken, eller i etterfølgende praksis. I *Görgülü v. Tyskland* fra 2004 detaljstyrte EMD hvordan krenkelsen skulle repareres nasjonalt – og illustrer slik hvordan EMD på midten av 2000-tallet var på høydepunktet av fasen for materiell implementering.

På 2010-tallet økte misnøyen med EMDs dynamiske fortolkning og ekspansive virksomhet. Kritikken materialiserte seg i en rekke deklarasjoner, hvor statene oppfordret EMD til å hensynta subsidiaritetsprinsippet gjennom å gi økt skjønnsmargin. EMD tok til seg kritikken, og gjennom 2010-tallet har domstolen anlagt en prosessorientert kontroll. Dette ga også utslag på barnevernsfeltet. Igjen var fokuset i EMDs argumentasjon på den nasjonale domstolsbegrunnelsen. Selvstendige proporsjonalitetsvurderinger ble sjeldnere. I *Lazoriva* fra 2018 fant EMD også en krenkelse av artikkel 8 i en barnevernssak, utelukkende fordi den nasjonale domstolsbegrunnelsen manglet et helt sentralt element. Slik kan man nå si det gjelder minstekrav til domstolsbegrunnelsene som en prosessuell garanti i artikkel 8. Analysen har

⁴⁷⁸ Madsen s. 160.

dermed vist at Holtens påstand, omtalt i punkt 6.1.1, er feil. EMDs kontroll på barnevernsfeltet *har* beveget seg «ytterligere i retning av en mer prosessuell kontroll» de siste 20 årene.⁴⁷⁹

Mot midten av 2010-tallet kom det norske barnevernet under sterk internasjonal kritikk. Også EMD satt barnevernet under lupen. I flere dommer ble Norge frikjent etter en prosessorientert kontroll. I 2018 konstaterte imidlertid EMD krenkelse i *Jansen*, og den første norske barnevernskrenkelsen siden *Johansen* over 20 år tidligere var et faktum.

Jeg vil avslutte kapittel 6 med å fremheve to forhold analysen har avdekket, og som man bør være oppmerksom på ved tolkingen av *Strand Lobben* og etterfølgende praksis. *Det første* knytter seg til hvordan norsk barnevernrett har reagert på tidligere dommer fra EMD. Både *Johansen* fra 1996 og *Aune* fra 2010, fikk store konsekvenser. Etter krenkelsen i *Johansen*, gikk antall tvangsadopsjoner betydelig ned. Etter frikjennelsen i *Aune* gikk antall tvangsadopsjoner betraktelig opp. Det er lite som tyder på at EMD hadde lagt om praksis fra 1996 til 2010, og de ulike resultatene skyldes mest sannsynlig ulike faktum. Det er derfor tankevekkende at utfallet i to enkeltsaker har påvirket svært mange norske barn, som ikke hadde noe med saken å gjøre.

Det andre jeg skal trekke frem er at analysen har tydeliggjort hvordan EMD er avhengig av oppslutning og legitimitet. EMD har derfor gjennomgående justert virksomheten sin i tråd med den rådende stemningen blant medlemsstatene. Justeringene har påvirket hvordan EMD kontrollerer barnevernssaker. Den nasjonale domstolsbegrunnelsen stod sentralt i de første dommene på 1980- og 1990-tallet, før den fikk mindre betydning da EMDs ekspansive virksomhet var på sitt høyeste mellom 1995 og 2009, før den igjen har stått helt sentralt på 2010-tallet. *Strand Lobben* og etterfølgende praksis bør derfor tolkes i lys av de politiske, kulturelle og institusjonelle omstendighetene avgjørelsene er avsagt under – og ikke gjennom fintolking av enkeltuttalelser i dommenes tekst.

⁴⁷⁹ Holten (2018) s. 133.

7 Strand Lobben i storkammer og etterfølgende praksis

7.1 Strand Lobben i storkammer 2019

7.1.1 Bakgrunn og dommens vota

Strand Lobben m.fl. v. Norge (heretter «*SL*») ble sluppet inn til storkammerbehandling 9. april 2018. Det ble holdt muntlig høring 17. oktober 2018, og dom falt 10. september 2019.⁴⁸⁰ Kritikken mot norsk barnevern hadde ikke avtatt, noe som viste seg ved de mange intervensjonene.⁴⁸¹ Som ofte ellers intervenerte Danmark, Italia og Storbritannia for Norge. Fire stater intervenerte imidlertid mot Norge, nemlig Belgia, Bulgaria, Tsjekkia og Slovakia.⁴⁸² Emberland omtaler dette som «høyst uvanlig, og nærmest enestående i EMDs historie».⁴⁸³

EMD selv, var også fortsatt under kritikk. Flere land fulgte ikke opp EMDs dommer. Blant annet valgte det britiske parlamentet å ikke rette seg etter *Hirst*-dommen om fangers stemmerett.⁴⁸⁴ Den europaskeptiske holdningen hadde ført til Brexit i 2016, men britene var fortsatt under EMDs jurisdiksjon.⁴⁸⁵ Både Brussel-deklarasjonen fra 2015 og København-deklarasjonen fra 2018 gjentok oppfordringene om subsidiaritet og skjønnsmargin. I sistnevnte oppfordret også statene om en mer utstrakt bruk av von Hannover-testen, i tilfeller der nasjonale domstoler har foretatt en balansering i tråd med EMDs prinsipper.⁴⁸⁶ Den danske regjeringens utkast hadde gått enda lengre.⁴⁸⁷ I årene før *SL*, hadde også EMD respondert på kritikken ved å anlegge en prosessorientert kontroll, samt hyppigere vise til skjønnsmarginslæren og subsidiaritetsprinsippet.⁴⁸⁸

SL inneholder totalt 5 vota. Dommen er avsagt under dissens, 13 mot 4. De 13 dommerne som stemte for krenkelse, delte seg i to fraksjoner på 7 og 6 dommere. Jeg omtaler disse votaene

⁴⁸⁰ *Strand Lobben m.fl. v. Norge* [GC] (2019). Se analysen i Köhler-Olsen (2019) og Søvig/Tjelmeland (2019).

⁴⁸¹ Avsnitt 176–201.

⁴⁸² Også tre internasjonale organisasjoner, samt barnets fosterforeldre intervenerte. Tsjekkia og Slovakia ville intervenere i alle sakene mot Norge, jf. Emberland (2018) s. 584. Slovakias agent i saker for EMD, Marica Pirošíková, har vist et personlig engasjement på området i juridisk teori, se Pirošíková (2015).

⁴⁸³ Emberland (2018) s. 584.

⁴⁸⁴ Breuer (2021) s. 50 flg., særlig s. 63–64.

⁴⁸⁵ Lekkede dokumenter viste at EU stilte krav under Brexit-forhandlingene om at Storbritannia ikke sa opp EMK, se Independent (7. desember 2017).

⁴⁸⁶ København-deklarasjonen 2018 pkt. 28 bokstav c.

⁴⁸⁷ EMD ble bl.a. oppfordret til å holde seg unna utenlendingsfeltet, se Madsen (2020) s. 732–735.

⁴⁸⁸ Se Madsen (2018) s. 211, Madsen (2021B) s. 15 og Mowbray (2015) s. 337–338.

som henholdsvis «førstevotumet» og «andrevotumet». Førstevotumet bestod av dommerne fra Hellas, Italia, Malta Luxembourg, Andorra, San Marino og nåværende president i EMD, Spano fra Island. Andrevotumet bestod av dommerne fra Liechtenstein, Armenia, Georgia, Litauen, Ungarn og Ukraina. Dommer Kūris fra Litauen avga i tillegg et eget votum, som jeg kaller «særvotumet». De 4 dommerne som stemte for frikjennelse var dommerne fra Danmark, Finland, Slovakia og den norske ad hoc-dommeren Nordén. Deres votum omtales som «dissensvotumet». To av dommerne i mindretallet avga i tillegg et votum der de dissenterte på spørsmålet om moren skulle kunne representere sin biologiske sønn for EMD. Dette votumet vil jeg ikke behandle nærmere.⁴⁸⁹ Dommens mange votum, og særlig at flertallet ga to forskjellige begrunnelser for resultatet, gjør det vanskelig å trekke slutninger fra dommen.

7.1.2 Førstevotumets prosessuelle krenkelse

Førstevotumets redegjørelse for de generelle prinsippene bygger på etablert praksis på barnevernsfeltet.⁴⁹⁰ Under utgangspunktet for nødvendighetsvurderingen viste førstevotumet både til «relevant and sufficient reasons» og til proporsjonalitet. I den konkrete vurderingen skilles det ikke mellom formuleringene. Uttalelsen endrer derfor ikke på at EMD kontrollerer om et inngrep er proporsjonalt, ved å undersøke om det foreligger relevante og tilstrekkelige grunner. Kravet om «in-depth examination» blir imidlertid *ikke* nevnt. Kravet som dannet utgangspunktet for EMDs prosessorienterte kontroll i de første barnevernssakene mot Norge ble altså ikke tatt med, uten noen nærmere forklaring.⁴⁹¹

Førstevotumet anla uansett en prosessorientert kontroll.⁴⁹² Innledningsvis fremhevet førstevotumet at saken var grundig behandlet nasjonalt. Deretter gjengis hvilke forhold som var vektlagt i tingrettens begrunnelse, og det ses også hen til deler av fylkesnemndas begrunnelse. Førstevotumet hadde også kritiske bemerkninger.⁴⁹³ De startet med å påpeke at *prosessen* som ledet frem til adopsjonen viste at nasjonale myndigheter kun hadde fokusert på barnets

⁴⁸⁹ Spørsmålet er imidlertid meget interessant. Se om dette i NIM (2020) s. 61–65. Søvig var kritisk på dette punkt allerede i 2005, se Søvig (2005B) s. 127.

⁴⁹⁰ Avsnitt 202–213. Et nytt moment er imidlertid at EMD krever at statene må sørge for «practical and effective procedural safeguard» for ivaretagelsen av barnets beste, under henvisning til FNs Barnekomiteens Generell kommentar nr. 14. Som nevnt i punkt 3.2.2, inneholder også Generell kommentar nr. 14 regler om begrunnelse for barnets beste, men disse blir ikke direkte henvist til.

⁴⁹¹ Dette i motsetning til *X. v. Latvia* [GC] (2013) hvor storkammeret *eksplisitt* gikk bort fra kravet om «in-depth examination» på barne bortføringssaker.

⁴⁹² Avsnitt 214–225.

⁴⁹³ Avsnitt 220–224.

interesser, uten å foreta en «genuine balancing exercise» av disse og interessene til barnets biologiske familie. Prosessen hadde også vist at myndighetene ikke hadde vurdert gjenforening. Her ble det særlig fremhevet at myndighetene ikke hadde «duly considered» at moren hadde gjennomgått store forandringer som kunne ha betydning for omsorgsevnen. Førstevotumet knytter kritikken sin til «the process», men de innvendinger som ble fremlagt, viser at førstevotumet også var kritisk til innholdet i avgjørelsene – det *materielle*.⁴⁹⁴

Førstevotumet går deretter over til å kritisere tre mer utpregede *prosessuelle* forhold. Det første gjelder bevisverdien til samværene. Disse hadde vært få og av dårlig kvalitet, og førstevotumet synes å legge skylden for dette på myndighetene. Førstevotumet mente derfor samværene hadde liten bevisverdi knyttet til morens omsorgsevner. Det andre forholdet kommer i forlengelsen av det første og knytter seg til at tingretten nektet morens forespørsel om å innhente en ny sakkyndigrapport. Rapportene som ble lagt til grunn var to år gamle. I lys av at moren både hadde gått gjennom store endringer og samværene hadde begrenset bevisverdi, utgjorde den manglende innhenting av sakkyndigrapport at bevisvurderingen var «substantially limited».

Det tredje forholdet knytter seg til tingrettens vurdering av barnets omsorgsbehov. Tingretten hadde lagt til grunn at barnet hadde særlige omsorgsbehov fordi det var sårbart. Førstevotumet kritiserer at «the City Court's judgement contained no information on how that vulnerability could have continued despite the fact that he had lived in foster care since the age of three weeks.» Videre innholdt tingrettens dom også «barely any analysis of the nature of his vulnerability». Førstevotumet påpeker likevel at det var vist til sakkyndiguttalelser til støtte for sårbarheten. Men førstevotumet mente uansett at i en alvorlig sak som denne, var det «incumbent on the competent authorities to assess X's vulnerability in more detail in the proceedings under review». Disse uttalelsene kan forstås på flere måter. For det første kan de forstås som kritikk av *bevisvurderingen* som ble foretatt for å fastslå at barnet var sårbart.⁴⁹⁵ For det andre kan uttalelsene forstås som en kritikk av *begrunnelsen* for den samme bevisvurderingen.⁴⁹⁶ For det tredje kan uttalelsene tas til inntekt for at artikkel 8 stiller materielle krav til art og grad før man kan konkludere med at et barn er sårbart, og derfor har spesielle omsorgsbehov.⁴⁹⁷ Dissensvotumet legger til grunn den første forståelsen, og kritiserer

⁴⁹⁴ Slik også Søvig/Tjelmeland (2019) s. 350 og Köhler-Olsen (2019) s. 344.

⁴⁹⁵ Dissensvotumet må forstås slik, avsnitt 17 (s. 90–91).

⁴⁹⁶ Høyesterett i HR-2020-661-S avsnitt 169.

⁴⁹⁷ Havre, Rettsdata, tilleggsdokument (2020).

førstevotumet for at slik overprøving av nasjonale domstolars bevisvurderinger er i strid med fjerdeinstansdoktrinen. Ifølge dissensvotumet gjelder dette særlig i et tilfelle som her, hvor tingretten har hatt barnepsykologisk sakkyndige medlemmer, noe EMD ikke har. Siden dissensvotumet har deltatt i diskusjoner med dommerne som skrev førstevotumet, bør deres forståelse legges til grunn. EMDs kritikk vil nødvendigvis måtte rette seg mot *begrunnelsen for bevisvurderingen*, da det er gjennom begrunnelsen EMD får informasjon om hvilken bevisvurdering tingretten foretok. Det er videre slik at bevisvurderingen må baseres på de *faktiske* bevis som foreligger. Slik får kritikk av bevisvurderingen indirekte også *materielle* konsekvenser. Alle de tre forståelsene sier altså noe om implikasjonene av førstevotumets kritikk.

Til slutt oppsummerer førstevotumet med å trekke frem den lave bevisverdien til samværene, manglende sakkyndigrapport, og «the lack of reasoning with regard to» barnets fortsatte sårbarhet. Dette leder førstevotumet til å konkludere med at «the decision-making process» som ledet frem til tvangsadopsjonen, ikke oppfylte artikkel 8's prosessuelle side. Førstevotumet foretar altså ikke bare en ytre prosessuell kontroll, selve krenkelsen knyttes til artikkel 8's prosessuelle side, uten å gå inn på bestemmelsens materielle sider. Dette har ikke vært vanlig i tidligere barnevernssaker. Andrevotumet omtaler førstevotumets krenkelse som en «very limited 'procedural' violation».⁴⁹⁸ At kravet om «in-depth examination» ikke ble tatt med under de generelle prinsippene, hindret altså ikke førstevotumet fra å gå enda lengre i prosessuell retning. Det er imidlertid viktig å understreke at deler av kritikken, særlig den som gjelder balanseringen av barnet og foreldrenes interesser, er av materiell art.

7.1.3 Hvilke avgjørelser kan tas i betraktning? Andrevotumets materielle krenkelse

Den sentrale skillelinjen mellom første- og andrevotumet knytter seg til hvilke avgjørelser som kan tas i betraktning i en sak om tvangsadopsjon. Utgangspunktet er at EMD kun kan prøve avgjørelser som oppfyller de formelle kravene i artikkel 35.⁴⁹⁹ I *SL* var ikke dette tilfellet for de tidligere avgjørelsene i sakskomplekset om omsorgsovertakelse og samvær. Førstevotumet hadde lagt til grunn at det ikke kunne kontrollere om avgjørelsene var i strid med artikkel 8,

⁴⁹⁸ Avsnitt 1 (s. 78).

⁴⁹⁹ I *Aune v. Norge* la EMD til grunn at den ikke kunne prøve de tidligere avgjørelsene av «formal reasons», jf. avsnitt 65.

men for å sette adopsjonsavgjørelsen i rett kontekst, måtte den «to some degree have regard to the former proceedings».⁵⁰⁰ Som vist over, viste førsteavtaket i sin konkrete vurdering til samværenes omfang og kvalitet for å komme til at disse hadde lav bevisverdi i adopsjonssaken. Ellers ble de tidligere avgjørelsene i liten grad trukket frem.

Andrevotumet var enig i at EMD ikke hadde kompetanse til å konstatere om de tidligere avgjørelsene krenket EMK som sådan. Men ifølge andrevotumet burde ikke dette hindre EMD i å påpeke mangler ved de tidligere avgjørelsene direkte.⁵⁰¹ Videre kunne andrevotumet i utgangspunktet akseptere førsteavtaketets uttalelse om å se hen til tidligere prosesser, men mente førsteavtaketets forståelse av «the related proceedings» var for snever. Disse burde inkludere alle tiltak, unnlater og avgjørelser som hadde forutbestemt det endelige resultatet i adopsjonsavgjørelsen.⁵⁰² Andrevotumet underbygget sin forståelse ved å vise til at EMD må se på saken «as a whole», noe som er lagt til grunn siden *Olsson nr. 1*.⁵⁰³ Deretter viste andrevotumet også til en rekke dommer til støtte for sitt syn.⁵⁰⁴ Her strekker andrevotumet disse dommene svært langt.⁵⁰⁵

Forskjellen på dette punkt fikk også betydning for andrevotumets konkrete vurdering. Andrevotumet foretar en utpreget indre, materiell proporsjonalitetsvurdering. Det vises heller direkte til sakens beviser, enn til tingrettens begrunnelse. Det fremheves at norske myndigheter gjennomgående hadde lagt til grunn at plasseringen ville bli langvarig, og slik brutt gjenforeningsmålet. Dette hadde gjort at tingretten hender var bundet da den skulle avgjøre adopsjonssaken. Det var derfor de materielle forhold forut for adopsjonsavgjørelsen, som etter andrevotumets syn krenket artikkel 8.⁵⁰⁶ Andrevotumet uttalte også eksplisitt at de «would very much have hesitated» med å konstatere krenkelse dersom de måtte anlagt førsteavtaketets innfallsvinkel. De seks dommerne mente altså ikke at det forelå noen krenkelse av artikkel 8's

⁵⁰⁰ Avsnitt 147.

⁵⁰¹ Avsnitt 13 (s. 81).

⁵⁰² Avsnitt 15 (s. 81).

⁵⁰³ Se pkt. 6.2.3.

⁵⁰⁴ Avsnitt 18–23.

⁵⁰⁵ Dommene var *Gnahoré v. Frankrike* (2000), *K. og T. v. Finland* [GC] (2001), *Zhou v. Italia* (2014), *Mohamed Hasan v. Norge* (2018).

⁵⁰⁶ Avsnitt 28 (s. 84).

prosessuelle side. Andrevotumet avsluttet også med skarp kritikk av både flertallet i kammeret og førstevotumets prosessorienterte kontroll:

«Furthermore, it must be emphasised that assessing the ‘process’ at national level and the reasons given by the domestic authorities does not mean [...] exclusively focussing on the procedural steps taken. Procedural requirements have no end in themselves, but they rather provide a means for protecting an individual against arbitrary action by public authorities. Therefore, one must look beyond and behind the formalities of a procedure. The authorities’ attitudes and objectives have likewise to be examined. Procedural assessment cannot be reduced exclusively to an assessment of the form taken by the final decisions.»⁵⁰⁷

Dommer Kūris’ særvotum går enda lenger i kritikken. Han omtaler blant annet skillet mellom adopsjonen og de tidligere avgjørelsene som «artificially and very formalistically».⁵⁰⁸ Ifølge dommer Kūris var det en heldig tilfeldighet at det på tross av førstevotumets tilnærming, kunne konstateres krenkelse i saken. Ifølge Kūris’ var «the fundamental problem» i saken «Norways’s *Barnevernet*».⁵⁰⁹

7.1.4 Dissensvotumet

Dissensvotumet stilte seg bak flertallet i kammeravgjørelsen, som de mente ga uttrykk for «the proper role of this Court».⁵¹⁰ Den første delen av dissensvotumet inneholder en grundig gjennomgang av hvilke spenninger, inkonsekvenser og utfordringer som ligger innbakt i de generelle prinsippene som er utviklet i EMDs praksis på barnevernsfeltet.⁵¹¹ Deretter kritiseres førstevotumet for å utad fremstå som kritisk til beslutningsprosessen, mens den reelle uenigheten ligger i *materielle* forhold. Dissensvotumet oppsummerer slik:

«[T]his is a case where it is hard to avoid the conclusion that the majority dislike the outcome of the case at the domestic level and have sought to address the substantive objections or misgivings under the guise of procedural shortcomings».⁵¹²

⁵⁰⁷ Avsnitt 27 (s. 84).

⁵⁰⁸ Avsnitt 2 (s. 85).

⁵⁰⁹ Avsnitt 5 (s. 86).

⁵¹⁰ Avsnitt 3 (s. 87).

⁵¹¹ Avsnitt 5–13 (s. 87–89).

⁵¹² Avsnitt 18 (s. 91).

Dissensvotumet beskylder slik førsteavotumet for å ha gitt en kamuflasjebegrunnelse. I sin konkrete vurdering av saken, kom dissensvotumet til at det ikke forelå prosessuelle mangler, og at den materielle terskelen for adopsjon var oppfylt.

7.1.5 Hva er dommen prejudikat for?

Spørsmålet er hvilken betydning *SL* skal tillegges i senere saker. EMD opererer ikke med en formell prejudikatslære. Den legger likevel stor vekt på tidligere praksis av hensyn til «*legal certainty, foreseeability and equality before the law*», og krever «strong reasons» for å fravike tidligere praksis.⁵¹³ Hvilke slutninger man trekker fra *SL* bør være i tråd med de tre hensyn EMD trekker frem for å i det hele tatt tillegge dommer vekt.⁵¹⁴

Førsteavotumet, på 7 dommere, stemte for krenkelse av artikkel 8's prosessuelle side, men tok ikke stilling til artikkel 8's materielle side. Andrevotumet, på 6 dommere, stemte for krenkelse av artikkel 8's materielle side, men mente det ikke forelå krenkelse av artikkel 8's prosessuelle side. Dissensvotumet, på 4 dommere, mente det verken forelå noen materiell eller prosessuell krenkelse. Teller man opp, stemte kun de 7 dommerne fra førsteavotumet for en krenkelse av artikkel 8's prosessuelle side, mens 10 dommere – andrevotumet og dissensvotumet – mente at det *ikke* forelå noen slik prosessuell krenkelse.⁵¹⁵ Sørensen trekker frem at både andrevotumet og førsteavotumet, tilsammen 13 dommere, kritiserte den norske ivaretagelsen av gjenforeningsmålet, og mener det derfor er «rimelig å tolke dommen slik at det i realiteten var et flertall av dommerne som mente at gjenforeningsforpliktelsene var brutt.»⁵¹⁶ En slik slutning vil også fremme hensynet til rettslig stabilitet og forutberegnelighet. Gjenforeningsmålet har vært den grunnleggende retningslinjen på barnevernsfeltet siden *Olsson nr. 1* fra 1988, noe medlemstatene har innrettet seg etter. Dersom andre stater legger om praksis knyttet til bevisvurderinger for barns omsorgsbehov, på grunn av at en norsk tingrettsdom som inneholdt en feil havnet i storkammer, vil det verken fremme rettslig stabilitet eller forutberegnelighet. Ei heller vil en slik tolking fremme likhet for loven. Som nevnt, ifølge dommer Kūris, var krenkelsen i *SL* basert på en heldig tilfeldighet. I en senere adopsjonssak som ellers er identisk, kan det hende bevisvurderingen ble begrunnet på en måte som EMD aksepterer.

⁵¹³ *Hermann v. Tyskland* [GC] (2012) avsnitt 78. Se Solheim (2019) s. 372–373.

⁵¹⁴ Bårdsen (2014) s. 1296 påpeker at praksis ikke alltid bygger opp under disse hensyn.

⁵¹⁵ Først påpekt av Sørensen (2020) s. 106–107.

⁵¹⁶ Sørensen (2020) s. 107.

På tross av gode grunner for å anse *SL* som nok en krenkelse av EMDs gjenforeningsmål, er det vanskelig å trekke sikre slutninger fra dommen. I det videre undersøker jeg to forhold som kan avklare dette ytterligere. I punkt 7.1.6 ser jeg dommen i et kulturelt, institusjonelt og funksjonelt lys. I resten av kapittel 7 ser jeg på hvordan *SL* er blitt fulgt av EMD i senere saker.

7.1.6 Institusjonelle, funksjonelle og kulturelle betraktninger

Førstevotumets prosessuelle krenkelse kan forklares ved å dra veksler på forhold ved EMDs prosessorienterte kontroll under fasen for prosessuell implementering. Da *SL* ble avgjort var EMD fortsatt under press fra statene om å hensynta subsidiaritetsprinsippet og innrømme videre skjønnsmargin. Norske myndigheter, samt de danske og italienske intervensjonene, prosederte på en vid skjønnsmargin og en mer prosessuell kontroll.⁵¹⁷ De mange intervensjonene som argumenterte for en intensiv materiell kontroll, viser imidlertid at saken var svært omstridt. Dommens fem vota viser at dette også var tilfellet internt i EMD. Mellom høring ble holdt i oktober 2018 og dom falt i september 2019, verserte det rykter om dommens innhold og resultat.⁵¹⁸ Angelika Nussberger, tidligere dommer i EMD, skriver at «[i]n controversial cases, the ‘procedural check-up’ might [...] help to find a compromise solution among judges.»⁵¹⁹ Ved å konstatere en prosessuell krenkelse, kunne førstevotumet forene subsidiaritets hensyn med ønsket om å konstatere krenkelse i en norsk barnevernssak.⁵²⁰ Under behandlingen av *SL* var det valgkamp for EMDs presidentvalg våren 2020. En av kandidatene var dommer Spano fra Island, en uttalt forkjemper for EMDs prosessorienterte kontroll.⁵²¹ Å samle et flertall i flertallet, bak en prosessuell krenkelse i en kontroversiell sak som *SL*, må anses som et vellykket utfall for dommer Spano. Noen måneder senere stemte resten av EMDs dommere frem Spano som ny president.

Andrevotumet og dissensvotumets krasse kritikk knyttet til førstevotumets innfallsvinkel, viser hvor omdiskutert den prosessorienterte kontrollen er innad i EMD. Der andrevotumet kritiserte tilnærmingen for å ikke ta tak i de *materielle* problemene i saken, er andrevotumet kritisk til at *materiell* kritikk blir skjult bak prosessuell detaljstyring i strid med fjerdeinstansdoktrinen.

⁵¹⁷ Avsnitt 182–186. Danmark viste til København-deklarasjonen punkt 28 bokstav c, som omtaler van Hannover-testen (pkt. 5.3.3.) som allmenngyldig.

⁵¹⁸ Rett24 (11. september 2019).

⁵¹⁹ Nussberger (2017) s. 176.

⁵²⁰ I samme retning Søvig/Tjelmeland (2019) s. 350.

⁵²¹ Se Spano (2014) og særlig Spano (2018).

Også internasjonale forfattere har kritisert førsteinstansens prosessuelle kontroll. Lavrysen beskriver tilnærmingen som a «side-stepping of the important substantive issues in favour of a purely procedural review of the case».⁵²² Fenton-Glynn følger opp Lavrysens kritikk, og uttaler at krenkelsen «could easily be brushed away by the Norwegian authorities as fact specific, a one-off occurrence, obviating the need for wider change on the domestic level».⁵²³ Forfatterne trekker slik frem en velkjent innvending mot prosessorientert kontroll, nemlig faren for prosessuell «window-dressing». Den lange rekken av dommer etter *SL*, gir imidlertid norske myndigheter bedre veiledning.

7.2 Dommene fra november og desember 2019

De første dommene etter *SL* er tre dommer fra november og desember 2019. Sakene er behandlet av EMDs tredje kammer, hvor Arnfinn Bårdsen var overtatt som norsk dommer. Også dommer Spano, som var kammerets president, deltok i alle de tre dommene.

K.O. og V.M. 2019

K.O. og V.M. v. Norge gjaldt omsorgsovertakelse og samvær, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵²⁴ EMD viste kort til de generelle prinsippene i *SL*, men fremhevet særskilt gjenforeningsmålet. Kravet om «in-depth examination» ble ikke nevnt. EMD behandlet først artikkel 8's prosessuelle garantier, og kom til at disse var oppfylt. EMD gikk så over til artikkel 8's materielle side – «the merits». Vurderingen av omsorgsovertakelsen er utpreget prosessorientert. Tingrettens begrunnelse blir gjennomgått, og EMD fremhever at mindre inngripende tiltak var vurdert. Hensett til «the dated reasons given by» fylkesnemnda og tingretten, var EMD overbevist om at myndighetene hadde «conducted an in-depth examination of the factors relevant to the case.»⁵²⁵ Her blir kravet om «in-depth examination», som verken var nevnt innledningsvis eller i *SL*, igjen brukt, men nå i EMDs konkrete vurdering. Det er interessant at kravet inngår i vurderingen av artikkel 8's *materielle* side, og at EMD viser til tingrettens begrunnelse som grunnlag for at kravet er oppfylt. EMD viste så til statens skjønnmargin, og konkluderte med at det var fremlagt «relevant and sufficient reasons» og at

⁵²² Lavrysen, Strasbourg Observers (2019).

⁵²³ Fenton-Glynn (2020) s. 366–367. Også Lavrysen peker på dette.

⁵²⁴ *K.O. og V.M. v. Norge* (2019) og Nedre Romerike tingretts dom 17. desember 2015 (15-097939TVI-NERO). Om faktum i NIM (2020) s. 82–83.

⁵²⁵ Avsnitt 65.

omsorgsovertakelsen derfor ikke var «disproportionate».⁵²⁶ Dette er både et eksempel på EMDs varierende språkbruk, og på den vide skjønnsmarginen ved omsorgsovertakelse.

Også i samværsvurderingen anlegger EMD en prosessorientert kontroll. EMD var her kritisk til at myndighetene ga opp gjenforeningsmålet «without demonstrating» hvorfor gjenforening ikke lenger var til barnets beste. EMD trakk imidlertid også frem at det utmålte samværet ikke normalt er i tråd med gjenforeningsmålet – et materielt forhold. EMD avsluttet med å si at samværsfastsettelse fordrer vanskelige vurderinger som nasjonale myndigheter bør fatte. Men her, hvor tingretten «did not explain, other than with very general references to the child's need for stability», var artikkel 8 krenket. Den første dommen etter *SL*, fulgte altså opp med en utpreget prosessorientert kontroll. Den prosessuelle kritikken knytter seg imidlertid til den underliggende manglende ivaretagelsen av gjenforeningsmålet. Når det gjelder tingrettens begrunnelse, tilrettela ikke den for en vid skjønnsmargin i en prosessorientert kontroll. Det var kun konstatert at «norsk rett er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser [...] og avgjørelsen er derfor ikke i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon».⁵²⁷

Abdi Ibrahim 2019

Abdi Ibrahim v. Norge gjelder tvangsadopsjon, og det er derfor særlig interessant å se hvordan *SL* blir fulgt opp her.⁵²⁸ Saken var sist realitetsbehandlet i lagmannsretten.⁵²⁹ Klageren hadde også anført krenkelse av religionsfriheten i artikkel 9, fordi hun var muslim og sønnen var plassert i et kristent fosterhjem som ved adopsjon ville døpe ham. Kammeret behandlet disse anførselene under vurderingen av artikkel 8. Selv om EMD konstaterte krenkelse, anmodet moren om storkammerbehandling på dette grunnlag. Anmodningen ble tatt til følge, og kammerets dom er derfor ikke rettskraftig.⁵³⁰

På samme måte som i *K.O. og V.M.* viser EMD innledningsvis til prinsippene i *SL*.⁵³¹ I tillegg blir den materielle terskelen for adopsjon fremhevet, samt at EMD skal anlegge en «stricter scrutiny». Den konkrete vurderingen starter med å påpeke at myndighetene har positive

⁵²⁶ Avsnitt 87.

⁵²⁷ Nedre Romerike tingretts dom 17. desember 2015 (15-097939TVI-NERO) s. 25 tredje avsnitt.

⁵²⁸ *Abdi Ibrahim v. Norge* (2019).

⁵²⁹ Agder lagmannsretts dom 27. mai 2015 (LA-2014-205019). Om faktum i NIM (2020) s. 83–85.

⁵³⁰ Muntlig høring ble holdt 27. januar 2021.

⁵³¹ Avsnitt 53–55.

forpliktelser om å tilrettelegge for familieliv, selv om moren ikke krevde tilbakeføring. EMD innledet altså *materielt*, og ikke med artikkel 8's prosessuelle side. Deretter gikk EMD over til å oppsummere lagmannsrettens begrunnelse. EMD legger til grunn at de tidligere avgjørelsene om samvær og omsorgsovertakelse «as such», ligger utenfor dens kompetanse, slik som *SLs* førstevotum. Men i det videre fremhever EMD hvordan de tidligere avgjørelsene viser at myndighetene gjennomgående har brutt gjenforeningsmålet, og her minner argumentasjonen mer om andrevotumet. Deretter går EMD tilbake til prosessuelle forhold, og understreker at den er bevisst fjerdeinstansproblematikken. Heller enn å «substitute its views» for den nasjonale bevisvurderingen, kritiserer EMD en rekke forhold ved den bevisvurderingen som fremgår av lagmannsrettens *domstolsbegrunnelse*. På samme måte som i *SL* mener EMD at samværene har lav bevisverdi, og lagmannsretten hadde også «provided limited grounds» for årsakene til at barnet reagerte etter samvær. Kritikken må sees i sammenheng med at de sakkyndige hadde forskjellige syn på adopsjonsspørsmålet. EMD avslutter med å kritisere at «the reasons given in the High Court's decision» fokuserte på konsekvensene ved å fjerne barnet fra fosterforeldrene, og ikke på hvilke grunner som talte for å ikke kutte all kontakt mellom moren og barnet.⁵³² Domstolen kritiserer altså hvilket utgangspunkt man tar i begrunnelsen. Da tilbakeføring ikke var noe alternativ, er det en berettiget kritikk at lagmannsretten fokuserte på dette.

I oppsummeringen uttaler EMD at den har sett saken «as a whole», og gir slik gjennomslag til andrevotumet i *SL*. Krenkelsen blir imidlertid, slik som førstevotumet i *SL*, knyttet til «the descision-making process», altså artikkel 8's prosessuelle side. Det er påfallende at den grundige nasjonale behandlingen i tre instanser, ikke blir nevnt i denne vurderingen. I avslutningen uttaler også EMD at familielivet mellom barn og mor var tillagt «insufficient weight» i adopsjonssaken – et materielt forhold. EMD tar ikke stilling til om den materielle terskelen for adopsjon var oppfylt, til tross for at den ble oppstilt innledningsvis. Lagmannsrettens hadde også vist til EMDs terskel for adopsjon i begrunnelsen, og er slik et av få eksempler der de norske domstolsbegrunnelsene har lagt til rette for å innrømmes en videre skjønnsmargin.⁵³³ Alt i alt gir *Abdi Ibrahim* inntrykk av at prosessuelle mangler i

⁵³² Avsnitt 63.

⁵³³ Agder lagmannsretts dom 27. mai 2015 (LA-2014-205019).

adopsjonsavgjørelsen fremheves fordi EMD mener det er skjedd materielle brudd på gjenforeningsmålet tidligere i sakskomplekset.

A.S. 2019

A.S. v. Norge gjaldt tilbakeføring, samværsnekt og sperret adresse, og saken var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵³⁴ EMD viste til *SL* og fremhevet de samme forhold som i *Abdi Ibrahim*. EMD begynte med å understreke at det gjelder samme terskel for samværsnekt som for adopsjon, da også samværsnekt bryter familiebandene. Deretter anla EMD en prosessorientert kontroll. Som i *K.O. og V.M.* ble det fremhevet at man bare kan forlate gjenforeningsmålet «after careful consideration and also taking account of the authorities' positive duty to take measures to facilitate family reunification».⁵³⁵ EMD hadde ikke kompetanse til å kontrollere den opprinnelige omsorgsovertakelsen, men slo fast at begrunnelsen til tingretten den gang ikke reflekterte alvoret i at den la til grunn langvarig plassering. Dette viser at begrunnelser fra tidligere i sakskomplekset inngår i EMDs prøvingsgrunnlag.

Deretter redegjorde EMD for tingrettens begrunnelse. Igjen kom EMD med forbehold før sin kritikk, når den sa den ikke skulle gi noe «secound-guess». EMD presiserte at saker om manglende intuitive omsorgsevner må baseres på vage og subjektive kriterier. Når klageren hadde anført forbedringer på dette punkt, var det derfor særlig viktig å ha et tilstrekkelig bredt og oppdaterte beslutningsgrunnlag.⁵³⁶ EMD var svært kritisk til at tingretten hadde avvist alle morens argumenter «with limited or no reasoning». Tingrettens begrunnelse hadde ikke nevnt hvor lite samvær det hadde vært, og viste heller ikke hvilke hjelpetiltak som var prøvd. Dette var særlig graverende når tingretten bygget på en to og et halvt år gammel sakkyndigrapport, mens moren ble nektet å innhente en ny.

Til slutt trakk EMD frem at samværsnekten i stor grad skyldes barnets reaksjon etter samvær. Reaksjonene var ifølge EMD kun basert på fostermorens forklaringer, og de to sakkyndige som hadde vitnet hadde forskjellige forklaringer. Tingretten hadde avvist den av de sakkyndige som mente reaksjonene skyldes savnet etter moren «without any further explanation», og hadde

⁵³⁴ *A.S. v. Norge* (2019) og Oslo tingretts dom 27. mars 2015 (14-188819TVI-OTIR/08). Om faktum i NIM (2020) s. 85–87.

⁵³⁵ Avsnitt 62.

⁵³⁶ Avsnitt 66.

derfor «provided limited grounds» for at reaksjonen skyldes manglende tilknytning til moren.⁵³⁷ EMD konstaterte så krenkelse, og igjen ble den knyttet til «the decision-making process», artikkel 8's prosessuelle side. Dette til tross for at den materielle terskelen ble oppstilt innledningsvis, og at EMD sa den skulle anlegge «stricter scrutiny». Dette er særlig interessant fordi saken gjelder *samværsnekt* og ikke *adopsjon*. I saker om samvær kan EMD å konstatere at inngrepet *i seg selv* utgjør et brudd på gjenforeningsmålet på avgjørelsestidspunktet. Dette i motsetning til adopsjonssaker hvor EMD må kritisere beslutningsprosessen, fordi adopsjon på avgjørelsestidspunktet er nødvendig av hensyn til barnets beste.

Oppsummert var alle de tre dommene etter *SL* enstemmig. I alle sakene var både dommer Spano og dommer Kūris, fra henholdsvis *SLs* første- og andrevotum, representert. I *SL* ga de to dommerne uttrykk for diametralt motsatt syn på den prosessorienterte kontrollen. EMD anla en prosessorientert kontroll i alle de tre etterfølgende dommene. Det er imidlertid et tydeligere fokus på de tidligere avgjørelsene i sakskomplekset, enn det førstevotumet i *SL* hadde. De materielle manglende blir også mer eksplisitt adressert, enn i *SLs* første- og andrevotum. De tre dommene utgjør altså et kompromiss mellom *SLs* første- og andrevotum.

7.3 Dommene fra mars 2020

De to neste dommene ble avsagt 10. mars 2020, av samme kammer. Igjen satt dommer Spano og dommer Kūris, fra henholdsvis *SLs* første- og andrevotum, i kammeret. Dommer Bårdsen hadde hatt befatning med sakene nasjonalt, og Baumann fra Borgarting lagmannsrett var oppnevnt som *ad hoc*-dommer.

Hernehult 2020

Hernehult v. Norge gjaldt omsorgsovertakelse og samvær for to gutter.⁵³⁸ Saken var sist realitetsbehandlet i lagmannsretten.⁵³⁹ Innledningsvis viste EMD til *SL*, og fremhevet samme forhold som i *Abdi Ibrahim* og *A.S.* Innledningsvis slo EMD fast at de prosessuelle garantiene etter artikkel 8 var oppfylt, og at lagmannsretten hadde «carried out an in-depth examination».⁵⁴⁰ På samme måte som i *K.O. og V.M.*, blir kravet nevnt i den konkrete vurderingen av saken. Deretter gikk EMD inn på det materielle, og skulle her vurdere

⁵³⁷ Avsnitt 69.

⁵³⁸ *Hernehult v. Norge* (2020). Om faktum se Søvig/Vindenes (2020) s. 186–187 og NIM (2020) s. 88–90.

⁵³⁹ Agder lagmannsretts dom 2. juli 2015 (LA-2014-149830).

⁵⁴⁰ Avsnitt 66.

omsorgsovertakelsen og samværet under ett. EMD begynte med å trekke frem at lagmannsretten hadde lagt til grunna at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke hadde vært til stede da fylkesnemnda besluttet omsorgsovertakelse. EMD fremhevet at det var særlig kritikkverdig at omsorgsovertakelsen ikke bygget på en individuell vurdering av hvert barns behov, men i stor grad bygget på den ene av de tre guttenes problemer. Det var heller ikke forsøkt hjelpetiltak. Lagmannsretten hadde opphevet omsorgsovertakelsen for den eldste av guttene. Den ble imidlertid fastholdt for de de to yngste, fordi de hadde fått en nær tilknytning til fosterhjemmet, og tilbakeføring kunne skade dem. Ifølge EMD hadde ikke lagmannsrettens behandling reparert fylkesnemndas opprinnelige krenkelse. EMD trakk frem at tilknytning til fosterfamilien var relevant i vurderingen av barnets beste. Men i denne saken var det fastsatt samvær i strid med gjenforeningsmålet, og tilknytningen kom som et resultat av dette. EMD tok forbehold om at den hadde fordelen av «hindsight», men den kumulative effekten av feilene i saken utgjorde uansett en krenkelse av artikkel 8.

Krenkelsen ble knyttet til artikkel 8's *materielle* side. *Hernehult* er likevel nok et eksempel på ytre, prosessuell kontroll hvor EMD forholder seg tett til den nasjonale begrunnelsen. Det er likevel en tendens til at flere mer materielle forhold blir trukket frem i EMDs argumentasjon. Dommen er den eneste norske saken hvor det blir konstatert krenkelse i tilknytning til omsorgsovertakelsen. Her er det imidlertid viktig å understreke at lagmannsretten allerede hadde innrømmet at omsorgsovertakelsen opprinnelig var feil. I lagmannsrettens begrunnelse var det heller ikke nevnt at tiltakene utgjorde inngrep i artikkel 8, og tilrettela derfor ikke til skjønnsmargin i en prosessorientert kontroll.⁵⁴¹

Pedersen

Pedersen m.fl. v. Norge gjaldt tvangsadopsjon, og var realitetsbehandlet av Høyesterett i Rt. 2015 s. 110.⁵⁴² EMD viste til *SL*, og fremhevet samme momenter som i *Hernehult*. Deretter startet EMD med artikkel 8's prosessuelle side. EMD trakk frem at saken var grundig behandlet i en rekke instanser, men påpekte at Høyesterett kom til motsatt resultat av lagmannsretten, uten å ha hatt direkte kontakt med sakens parter.⁵⁴³ Uten å konkludere i tilknytning til de prosessuelle garantiene, går EMD over til artikkel 8's materielle side – «the merits».⁵⁴⁴ Her viser EMD til

⁵⁴¹ Agder lagmannsretts dom 2. juli 2015 (LA-2014-149830).

⁵⁴² *Pedersen m.fl. v. Norge* (2020).

⁵⁴³ Avsnitt 63. For øvrig et poeng som gjør seg gjeldene i enda større grad for EMD selv.

⁵⁴⁴ Avsnitt 64 flg.

Høyesteretts begrunnelse og sier det var vektlagt relevante elementer. EMD understreker imidlertid at den ikke er begrenset til å se på Høyesteretts begrunnelse. Selv om den opprinnelige omsorgsovertakelsen og samværet ikke formelt var en del av sakene, måtte EMD «assess the case and the proceedings as a whole».⁵⁴⁵ Deretter kritiserer EMD myndighetene for gjennomgående å ha brutt med gjenforeningsmålet, noe som var særlig problematisk når foreldrene på adopsjonstidspunktet hadde tilstrekkelige omsorgsevner. EMD konkluderte med at «insufficient importance was attached to» gjenforeningsmålet, og knytter slik krenkelsen til artikkel 8's materielle side.⁵⁴⁶

Krenkelsen ble altså ikke knyttet til beslutningsprosessen slik som i *SLs* første votum, *Abdi Ibrahim* og *A.S.* At EMD understreker at den skal se saken «as a whole», og deretter eksplisitt kritiserer de tidligere avgjørelsene i saken, viser videre at *SLs* andrevotum har fått betydelig gjennomslag. Slik utgjør *Pedersen* et vendepunkt i EMDs praksis. EMD forholder seg til Høyesteretts begrunnelse, men foretar i større grad en indre, materiell proporsjonalitetsvurdering. Dette til tross for at Høyesterett hadde vurdert forholdet til EMK.⁵⁴⁷ Her må det imidlertid påpekes at Høyesterett ikke hadde foretatt en inngående vurdering av forholdet til EMK, men i stor grad lent seg på Rt. 2007 s. 561, som senere endte i *Aune v. Norge*.

Også norske myndigheter mente sakene utgjorde et vendepunkt i EMDs praksis, og anmodet for første gang noensinne om storkammerbehandling av både *Pedersen* og *Hernehult*.⁵⁴⁸ EMD tok imidlertid ikke anmodningene til følge.⁵⁴⁹

7.4 Avgjørelsene fra desember 2020

Bodnariu 2020

Bodnariu v. Norge, kjent som Naustdal-saken, er blant de norske barnevernssakene som har fått mest mediaoppmerksomhet. Blant annet utga BBC en dokumentar om familien, som senere førte til protester over hele verden.⁵⁵⁰ I desember 2020 avviste imidlertid EMD saken fordi

⁵⁴⁵ Avsnitt 66.

⁵⁴⁶ Avsnitt 71.

⁵⁴⁷ Avsnitt 46.

⁵⁴⁸ Rett24 (26. mai 2020).

⁵⁴⁹ Rett24 (8. september 2020).

⁵⁵⁰ BBC (14. april 2016).

nasjonal rettsmidler ikke var uttømt, jf. artikkel 35 nr. 1.⁵⁵¹ Praksis knyttet til artikkel 35 åpner for å slippe inn saker, dersom det nasjonale rettsmiddelet har vært uegnet.⁵⁵² I saken hadde foreldrene tatt med seg barnet utenlands for å unngå omsorgsovertakelse. Om EMD ville satt et eksempel, kunne domstolen ha strukket på artikkel 35, og tillatt klagen. Avvisningen av *Bodnariu* viser imidlertid at EMD hensyntar statenes oppfordringer om en streng anvendelse av artikkel 35 i tråd med subsidiaritetsprinsippet.⁵⁵³

M.L. 2020

Høsten 2020 uttalte dommer Bårdsen at EMD så langt det var mulig ville behandle de resterende barnevernssakene mot Norge i komite på tre dommere.⁵⁵⁴ Da *M.L. v. Norge 2020* ble avsagt 22. desember 2020 var den imidlertid behandlet i kammer med syv dommere. Bårdsen forklarte til Dagbladet at dette skyldes at EMD ville respondere på Høyesteretts barnevernssaker, og at saken skulle brukes til å introdusere Norges nye kammer – EMDs femte kammer – for sakskomplekset.⁵⁵⁵ Mest interessant er det imidlertid at Bårdsen uttalte at EMD ville bekrefte at *Hernehult* og *Pedersen* var utslag av fast praksis, og slik respondere på Norges anmodninger om storkammerbehandling.

M.L. 2020 gjaldt tvangsadopsjon, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵⁵⁶ EMD startet med å si at de tidligere avgjørelsene om omsorgsovertakelse og samvær ikke var til kontroll «as such», men at de måtte sees hen i den grad de «pre-determined or otherwise where closely linked» til adopsjonen. Dette er en utvikling fra de tidligere dommene, og ligger tett opp til *SLs* andrevotum. Når det gjaldt de generelle prinsippene, viste EMD til *SL* og alle de etterfølgende dommene. EMD begynte den konkrete vurderingen med artikkel 8's prosessuelle side, hvor det trekkes frem at det var gjort en grundig behandling nasjonalt. Det mest interessante er at EMD understreker at fylkesnemndas vedtak «contained lengthy and detailed reasoning» og at tingretten «delivered a lengthy and detailed judgement».⁵⁵⁷ Dette overbeviste EMD om at de prosessuelle garantiene var oppfylt, og om at «the authorities conducted an in depth

⁵⁵¹ *Bodnariu v. Norge* [D] (2020) avsnitt 21.

⁵⁵² Kjølbro (2020) s. 162–164.

⁵⁵³ F.eks. Brighton-deklarasjonen punkt C avsnitt 13–15.

⁵⁵⁴ Rett24 (8. september 2020).

⁵⁵⁵ Dagbladet (23. desember 2020).

⁵⁵⁶ *M.L. v. Norge 2020* (2020) og Nordhordland tingretts dom 22. desember 2015 (15114324TVI-NOHO).

⁵⁵⁷ Avsnitt 82.

examination».⁵⁵⁸ EMD viste altså til de grundige domstolsbegrunnelsene som grunnlag for at det var foretatt en «in-depth examination». Dette kan tolkes som en direkte respons på at norske myndigheter hadde fremhevet at EMDs dommer knytter seg til mangler ved *begrunnelsene*.

For EMD går nemlig så over til artikkel 8's materielle side – «the question of whether the domestic authorities provided relevant and sufficient reasons».⁵⁵⁹ Denne vurderingen innledes med at de tidligere avgjørelsene må sees hen til «to some degree», og at EMD vil se saken «as a whole». Her får både første- og andrevotumet fra *SL* gjennomslag. EMD presiserer imidlertid at den skal «centre its examination» mot tingrettens dom. Tingrettens begrunnelse blir så gjengitt, og EMD finner at den vektla relevante grunner. Spørsmålet var imidlertid om grunnene også var tilstrekkelige. Skillet mellom relevante og tilstrekkelige grunner ble ofte brukt i eldre dommer, men kommer altså her tilbake. Terskelen for adopsjon blir oppstilt, og EMD presiserer at den anlegger «stricter scrutiny». EMD sier så at den ikke betviler at barnet var sårbart, men kritiserer tingrettens begrunnelse for å ha «provided no indication» for hvorfor dette var eksepsjonelt nok til å bryte familiebåndene. Dette er prosessorientert argumentasjon. EMD går imidlertid så over til en rekke materielle forhold forut for adopsjonsavgjørelsen, og kritiserer myndighetene for å gjennomgående ha brutt gjenforeningsmålet. EMD kritiserer også det ble lagt vekt på morens bruk av rettsmidler i adopsjonsavgjørelsen. Ifølge EMD må slike forhold avbøtes gjennom *prosessuelle* tiltak.

Til slutt påpeker EMD at den har en annen rolle enn nasjonale myndigheter, og oppfordrer derfor nasjonale myndigheter til å ivareta EMDs krav på alle nivå. EMD oppsummerer hvorfor den kom til en krenkelse slik:

«(i) insufficient importance was attached to the aim that placement in care be temporary and an affected family bereunited, and (ii) insufficient regard was paid to the positive duty to take measures to preserve family bonds to the extent reasonably feasible.through».⁵⁶⁰

Krenkelsen blir altså knyttet direkte til myndighetenes manglende ivaretagelse av gjenforeningsmålet *forut* for tvangsadopsjonen – artikkel 8's materielle side. Avgjørelsen må slik sees på som en ytterligere dreining mot mer materielt fokus. Som nevnt var saken den første

⁵⁵⁸ Avsnitt 83.

⁵⁵⁹ Avsnitt 84.

⁵⁶⁰ Avsnitt 99.

i EMDs femte kammer. Her er dommer O’Leary president. Hun var en del av det mindretallet i kammerbehandlingen av *SL* fra 2017, som anla en utpreget materiell, og ikke minst svært kritisk, kontroll.⁵⁶¹ Det er påfallende at EMDs skifte mot en mer materielt orientert kontroll sammenfaller med at dommer O’Leary erstattet dommer Spano som kammerets president.

7.5 Avgjørelsene fra juli 2021

Fem norske barnevernssaker ble avgjort 1. juli 2021. Tre endte med krenkelse, mens to saker, som ikke var kommunisert, ble avvist som «manifestly ill-founded», jf. artikkel 35 nr. 3. Alle avgjørelsene er fattet i komité bestående av dommer Bårdsen fra Norge, samt dommerne fra Ukraina og Frankrike. De fem avgjørelsene er alle kortfattet, noe som er vanlig når det foreligger «well-established case law». I alle sakene vises det kort til *SL* og de etterfølgende sakene under de generelle prinsippene.

F.Z. 2021

To av sakene gjaldt adopsjon. *F.Z. v. Norge* endte med krenkelse, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵⁶² Innledningsvis viste EMD til at saken var grundig behandlet nasjonalt, men konkluderte ikke knyttet til artikkel 8’s prosessuelle side. EMD trakk frem at tingretten hadde lagt vekt på relevante grunner, men kritiserte at klagerens forespørsel om oppdatert sakkyndigrapport var avvist. I tingrettens begrunnelse legges fostermorens syn på saken gjennomgående til grunn, og slik sett er det ikke overraskende at EMD slår ned på manglende sakkyndigrapport.⁵⁶³ Videre viste EMD til de tidligere avgjørelsene, og kritiserte myndighetene for ikke å ha ivaretatt gjenforeningsmålet, og slik aldri gitt klageren sjanse til å knytte bånd med barnet. Samværene hadde derfor liten bevisverdi for farens omsorgsevner. EMD kritiserte også tingretten for å ha lagt vekt på risikoen for at klager skulle utsette barnet for nye rettsprosesser. Krenkelsen ble så knyttet til både artikkel 8’s prosessuelle og materielle side.

S.P. 2021

S.P. v. Norge ble avvist som «manifestly ill-founded», og var sist behandlet i lagmannsretten.⁵⁶⁴ EMD startet med å understreke at saken skilte seg fra andre saker mot Norge, i den forstand at

⁵⁶¹ Se pkt. 6.5.4.

⁵⁶² *F.Z. v. Norge* (2021) og Nedre Telemark tingrett dom 15. februar 2017 (16-150281TVI-NETE og 16-153644TVI-NETE).

⁵⁶³ Nedre Telemark tingrett dom 15. februar 2017 (16-150281TVI-NETE og 16-153644TVI-NETE) f.eks. s. 1+ fjerde avsnitt og s. 11 andre avsnitt.

⁵⁶⁴ *S.P. v. Norge* [D] (2021) og Borgarting lagmannsretts dom 12. april 2019 (LB-2018-149727).

det aldri hadde eksistert noe reelt familieliv mellom faren og barna. Han bodde i India og hadde ikke norsk statsborgerskap, og det var slik ikke tale om noen egentlig *gjenforening*. Videre var artikkel 8's prosessuelle garantier oppfylt, selv om det ikke var innhentet sakkyndigrapport. EMD forholdt seg så tett til lagmannsrettens begrunnelse. Det ble trukket frem at denne viste at lagmannsretten hadde

«applied the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant's personal interests against the children's – and the more general public – interests in the case.»⁵⁶⁵

Det forelå derfor «relevant and sufficient reasons» og terskelen for adopsjon var oppfylt.

I begge sakene om adopsjon var EMDs kontroll igjen en utpreget ytre, prosessuell kontroll. Dette skiller seg fra *M.L. 2020*. Det er likevel tydelig at det er sakenes *materielle* forhold som er avgjørende. I *F.Z.* kobles krenkelsen til manglende ivaretagelse av gjenforeningsmålet, mens i *S.P.* er det avgjørende at det ikke forelå noe reelt familieliv. Det er likevel verdt å nevne at begrunnelsen til Borgarting lagmannsrett i *S.P.* drøfter EMK betraktelig grundigere enn tingretten i *F.Z.* Borgartings dom var avsagt etter *Mohamed Hassan* fra 2017, og denne ble brukt i lagmannsrettens argumentasjon.⁵⁶⁶ Borgartings begrunnelse tilrettela slik for en videre skjønnsmargin i en prosessorientert kontroll. Dette gjorde ikke begrunnelsen i *F.Z.* Selv om begrunnelsen på ni sider er omfattende, er dommen lite poengtert, og forholdet til EMK blir ikke vurdert.⁵⁶⁷

R.O. 2021

De tre siste sakene gjaldt omsorgsovertakelse/tilbakeføring og samvær. *R.O. v. Norge* gjaldt omsorgsovertakelse og samvær, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵⁶⁸ EMD kvitterte først ut de prosessuelle garantiene, og manglende sakkyndigrapport var her ikke problematisk. Det foretas så en utpreget ytre, prosessuell kontroll av omsorgsovertakelsen. Tingretten hadde

⁵⁶⁵ Avsnitt 31.

⁵⁶⁶ Borgarting lagmannsretts dom 12. april 2019 (LB-2018-149727) s. 8 (utskrift fra Lovdata). Lagmannsretten siterer fra Høyesteretts gjennomgang i saken i HR-2018-1720-A.

⁵⁶⁷ Nedre Telemark tingrett dom 15. februar 2017 (16-150281TVI-NETE og 16-153644TVI-NETE).

⁵⁶⁸ *R.O. v. Norge* (2021) og Sør-Trøndelag tingretts dom 13. desember 2017 (17-141467TVI-STRO).

lagt vekt på relevante grunner, og mindre inngripende tiltak var vurdert. Under henvisning til den vide skjønnsmarginen i slike vurderinger, mente EMD at grunnene også var tilstrekkelige.

I samværsvurderingen anla EMD en «stricter scrutiny», og anvendte de strenge kravene oppstilt i *K.O. og V.M.* Samværet hadde vært i strid med gjenforeningsmålet, og artikkel 8 var derfor krenket. EMDs kontroll er også her konsentrert mot tingrettens begrunnelse, men denne viste tydelig at gjenforening aldri var aktuelt. Barnet ble der beskrevet som «velfungerende» og det ble lagt til grunn at «samværene fremover også vil fungere bra».⁵⁶⁹ Likevel ble det bare gitt seks årlige samvær, noe tingretten omtalte som «i overkant av hva som etter rettspraksis bør fastsettes».

K.E. og A.K. 2021

Også *K.E. og A.K. v. Norge* gjaldt omsorgsovertakelse og samvær, og var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵⁷⁰ De prosessuelle garantiene ble kort kvittert ut. I vurderingen av omsorgsovertakelsen trakk EMD frem at norske myndigheter hadde «carried out a detailed assessment», hvor mindre inngripende tiltak var vurdert.⁵⁷¹ EMD viste til den vide skjønnsmarginen, og konkluderte med at det forelå «relevant and sufficient reasons».

Samværet ble omtalt som «very limited», men EMD påpekte at gjenforeningsmålet kan forlates etter «careful consideration». Noen slik vurdering var ikke gjort her, da myndighetene gjennomgående hadde lagt til grunn at plasseringen ville bli langvarig. EMD påpekte også at begrunnelsen ikke inneholdt en vurdering av hvordan samværene ville påvirke mulighetene for gjenforening. Det var heller ikke drøftet hvilke tiltak som kunne hindre at familiebandene ble brutt. Samværsfastsettelsen krenket derfor artikkel 8.

A.A. 2021

A.A. v. Norge gjaldt nektelse av tilbakeføring og samvær, men ble avvist som «manifestly ill-founded».⁵⁷² Saken var sist realitetsbehandlet i tingretten.⁵⁷³ De prosessuelle garantiene ble kvittert ut innledningsvis. Det var ikke problematisk at det ikke var innhentet sakkyndigrapport. I vurderingen av tilbakeføringsnektelsen påpekte EMD at barna var utsatt for fysisk vold i

⁵⁶⁹ Sør-Trøndelag tingretts dom 13. desember 2017 (17-141467TVI-STRO) s. 13 sjette avsnitt.

⁵⁷⁰ *K.E. og A.K. v. Norge* (2021) og Sogn og Fjordane tingretts dom 25. mai 2018 (17-173465TVI-SOFT).

⁵⁷¹ Avsnitt 45.

⁵⁷² *A.A. v. Norge* [D] (2020).

⁵⁷³ Oslo tingretts dom 30. april 2019 (18-192630TVI-OTIR/02). Jeg har ikke hatt tilgang til dommen.

hjemmet, og at tilbakeføring derfor ville utsette barnets helse og utvikling for risiko. Dette lå innenfor artikkel 8's rammer. Det var kun fastsett et årlig samvær under tilsyn, og EMD understrekte at det i slike tilfeller gjelder samme terskel som for adopsjon. EMD understrekte deretter at saken, i motsetning til de andre sakene mot Norge, gjaldt fysisk vold. EMD trakk så frem at staten er forpliktet til å skjerme barn mot vold. Det var derfor akseptabelt å forlate gjenforeningsmålet.

De tre siste sakene viser tydelig at EMD innrømmer en vid skjønnsmargin for omsorgsovertakelse, men at alle ytterligere tiltak kontrolleres strengere. Dersom disse tiltakene ikke er i tråd med gjenforeningsmålet konstateres det krenkelse med mindre det foreligger sterke grunner. Per juli 2021 er Norge kun dømt for omsorgsovertakelsen i *Hernehult*, og da hadde lagmannsretten allerede innrømmet at den opprinnelige omsorgsovertakelsen var i strid med barnevernloven. Det er altså ikke her norsk rett står i spenning til EMK.

Om man ser på alle fem sakene, foretar EMD gjennomgående en prosessorientert kontroll. I alle de tre *dommene* er krenkelsen knyttet til manglende ivaretagelse av gjenforeningsmålet, men EMD foretar ikke en selvstendig proporsjonalitetsvurdering. Man kan si at EMD stopper i «begrunnelsesomgangen».⁵⁷⁴ EMD mener da at domstolsbegrunnelsen utgjør et avgjørende bevis for at myndighetene ikke har ivare tatt gjenforeningsmålet. Når domstolen er satt i komite fordi området anses som «established case-law», tilsier effektivitetshensyn at EMD ikke foretar en selvstendig vurdering der begrunnelsen trekker sterkt i retning av krenkelse. En slik innfallsvinkel oppfordrer også nasjonale domstoler til å ta i bruk EMDs prinsipper, og fremmer slik hensynet til subsidiaritet og statenes primæransvar. At det likevel konstateres frikjennelse i de to avvisningssakene viser imidlertid at EMD også ser på sakens materielle sider, selv om kontrollen er *prosessorientert*. EMD konstaterer ikke krenkelse for en mangelfull begrunnelse, dersom det er klart at inngrepet *materielt* sett ligger innenfor artikkel 8's krav.

⁵⁷⁴ Slik Havre (2015B) s. 110.

7.6 En ekskurs til dommene mot Russland

Etter *SL* har EMD også avgjort barnevernssaker mot andre land. Saken *Y.I v. Russland* fra februar 2020 gjaldt fratakelse av foreldreansvar.⁵⁷⁵ Under EMDs redegjørelse for de generelle prinsippene, uttalte EMD følgende:

«In assessing whether the impugned measure was ‘necessary in a democratic society’, the Court has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons given to justify the impugned measure were ‘*relevant and sufficient*’ for the purposes of Article 8 § 2 of the Convention. To that end, the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an *in-depth examination of the entire family situation* [...]»⁵⁷⁶

Kravet om «in-depth examination» blir her brukt som en utdypning av hva som ligger i vurderingen av om det foreligger «relevant and sufficient reasons». Det som i andre saker er omtalt som «a degree of overlap» smelter sammen. I den konkrete vurderingen anla EMD en ytre, prosessuell kontroll.⁵⁷⁷ Begrunnelsen ble kritisert for å mangle vurdering av en rekke forhold, herunder mindre inngripende tiltak. Den viktigste grunnen til fratakelsen av foreldreansvar var imidlertid morens påståtte rusbruk, og ikke hennes omsorgsevner. EMD konstaterte krenkelse av artikkel 8’s materielle side. I etterkant er den samme formuleringen brukt i *Uzbyakov v. Russland* om adopsjon;⁵⁷⁸ *Ilya Lyapin v. Russland* om foreldreansvar;⁵⁷⁹ *Pavel Shishkov v. Russland* om foreldreansvar;⁵⁸⁰ og *Naltakyan v. Russland* om foreldreansvar.⁵⁸¹ I alle sakene anla EMD en ytre, prosessuell kontroll, hvor domstolsbegrunnelsene står i fokus. Dette innebærer imidlertid ikke at domstolen er særlig tilbakeholden. I tre av fem dommer bli det konstatert krenkelse, gjerne fordi begrunnelsene viser at EMDs prinsipper ikke er blitt fulgt.⁵⁸²

Dommene illustrerer hvordan EMDs språkbruk varierer fra dom til dom, og fra kammer til kammer. Selv om storkammeret i *SL* ikke inkluderte kravet om «in-depth examination» i sin

⁵⁷⁵ *Y.I v. Russland* (2020).

⁵⁷⁶ Avsnitt 78 (mine kursiveringer).

⁵⁷⁷ Avsnitt 86–96.

⁵⁷⁸ *Uzbyakov v. Russland* (2020) avsnitt 105.

⁵⁷⁹ *Ilya Lyapin v. Russland* (2020) avsnitt 47.

⁵⁸⁰ *Pavel Shishkov v. Russland* (2021) avsnitt 79.

⁵⁸¹ *Naltakyan v. Russland* (2021) avsnitt 178.

⁵⁸² *Y.I v. Russland* (2020), *Uzbyakov v. Russland* (2020) og *Naltakyan v. Russland* (2021).

utlegging av de generelle prinsippene, lever kravet videre i EMDs tredje kammer – om enn i en annen form. Russland er imidlertid den staten som får flest dommer mot seg.⁵⁸³ Den russiske dommer Dedov, deltar i alle sakene. Det er ikke barnevernsfeltet som er mest omdiskutert av sakene mot Russland. At «in-depth examination» og «relevant and sufficient» blir brukt om hverandre i dommene mot Russland, bør derfor ikke tas til inntekt for at dette gjelder generelt.

7.7 Oppsummering

Analysen i kapittel 7 har vist at EMD fortsatte med den prosessorienterte kontroll da den for alvor tok Norge under lupen mot slutten av 2010-tallet. *Strand Lobben* er en uoversiktlig dom, som det er vanskelig å trekke klare slutninger fra. Førstevotumets prosessuelle krenkelse bør sees i lys av utviklingen mot mer prosessfokus, og kanskje særlig hvor omstridt saken var både utenfor og innad i EMD. I de etterfølgende dommene mot Norge fortsatte EMD å foreta en prosessorientert kontroll, men gikk etter hvert bort fra å knytte krenkelsene til artikkel 8's prosessuelle side. Selv om kritikken ofte har rettet seg mot *de norske* domstolsbegrunnelsene, har manglende ivaretagelse av gjenforeningsmålet utgjort EMDs underliggende kritikk. Hensynet til rettslig stabilitet, forutberegnelighet og likhet for loven tilsier at *Strand Lobben*, i lys av etterfølgende praksis, tolkes som nok et brudd på det grunnleggende gjenforeningsmålet. I *M.L. 2020* var EMD svært tydelige på at det var *materielle* forhold, *forut* for adopsjonsavgjørelsen som konstaterte krenkelse. At sakene avgjort i komite fra juli 2021 igjen retter fokus mot begrunnelsene, og en ytre, prosessuell kontroll, er naturlig. Formålet med ordningen med komitebehandling med tre dommere av saker som anses «well-established» er effektivitet. Når de nasjonale domstolsbegrunnelsene tydelig gir inntrykk av at gjenforeningsmålet er forsømt, anser EMD dette som godt nok bevis for at inngrepet ikke var proporsjonalt. De norske domstolsbegrunnelsene som har vært til prøving, har i liten grad drøftet EMK-spørsmålet eksplisitt. Det er derfor ikke overraskende at EMD ikke innrømmer en vid skjønnsmargin i den prosessorienterte kontrollen. Ikke i noen av sakene har imidlertid domstolsbegrunnelsen utgjort en krenkelse av artikkel 8, *i seg selv*. *Lazoriva* fra 2018 viser at dette kan være en mulighet i tilfeller den domstolsbegrunnelsen har helt grunnleggende mangler.

⁵⁸³ F.eks. 445 dommer i 2019 og 570 i 2020, jf. Europarådet (2020) s. 51.

8 Avsluttende betraktninger

8.1 Begrunnelsens betydning

I punkt 6.1 sa jeg at jeg skulle undersøke om domstolsbegrunnelsen *i seg selv* kunne utgjøre et brudd på EMK artikkel 8. Analysen har besvart spørsmålet bekreftende. Allerede i kommisjonens avgjørelse i *Olsson nr. 1* fra 1986 ble det oppstilt minstekrav til domstolsbegrunnelsene med hjemmel i artikkel 8. Domstolen fulgte ikke opp disse kravene, men i *K.A.* fra 2003 viste EMD til kommisjonens uttalelser, og oppstilte strenge krav til begrunnelse etter artikkel 8. Heller ikke denne gang ble kravene fulgt opp, verken i den konkrete saken, eller i senere praksis. Siden 1990-tallet har det imidlertid vært sikker rett at artikkel 6 stiller visse minstekrav til domstolsbegrunnelsene. *Lazoriva* fra 2018 er det første eksempelet på at *domstolsbegrunnelsen i seg selv* utgjør en krenkelse av artikkel 8. Her var et helt sentralt element i vurderingen av barnets beste ikke nevnt i begrunnelsen. Kravene som stilles etter artikkel 8 ligger derfor nærmere de begrensede kravene etter artikkel 6, enn de omfattende kravene som ble oppstilt i *K.A.*

I punkt 6.1. sa jeg også at jeg skulle undersøke hvordan domstolsbegrunnelsen påvirker EMDs prosessorienterte kontroll på barnevernsfeltet. Når EMD foretar en mer prosessorientert kontroll, senterer EMD kontrollen mot domstolsbegrunnelsen fra den siste instansen som avgjorde realitetene i saken. Istedenfor å foreta sin egen vurdering om resultatet i saken – *inngrepet* – var proporsjonalt, undersøker EMD heller om den nasjonale domstolsbegrunnelsen har bevist at inngrepet var proporsjonalt. Jo større overbevisningskraft begrunnelsen har, desto videre skjønnsmargin vil EMD gi statene. Med en slik tilnærming vil naturligvis EMD rette kritikk mot de nasjonale domstolsbegrunnelsene der den er uenig. Dette *bør* imidlertid ikke tolkes som at det er den *skriftlige domstolsbegrunnelsen* som utgjorde krenkelsen. Kritikken mot domstolsbegrunnelsen er et naturlig utslag av EMDs prosessorientert *kontroll*. Som jeg viste i punkt 2.2.3 *bør* ikke norske domstoler ta i bruk EMDs kontroll når de avgjør saker som aktualiserer EMK.⁵⁸⁴ Dette gjelder med i enda større grad i barnevernssaker hvor domstolene opptrer som beslutningstakere med full kompetanse, og ikke som kontrollører av forvaltningens avgjørelser.

⁵⁸⁴ Slik også Solheim (2019) s. 282 og Ulfstein (2020) s. 928.

I tråd med det store fokuset på subsidiaritet og skjønnsmargin som preger EMD på starten av 2020-tallet, vil imidlertid EMD-vennlige domstolsbegrunnelser kunne gjøre at EMD innrømmer Norge en videre skjønnsmargin – også på det kontroversielle barnevernsområdet. EMD avgjør kvaliteten på begrunnelsen ut fra om den viser at den nasjonale domstolen var bevisst på at den grep inn i artikkel 8. Det er videre særlig positivt dersom vurderingen er tatt ut fra EMDs nærmere retningslinjer. På barnevernsfeltet er disse retningslinjene gjenforeningsmålet og, det etter EMDs forståelse nært beslektede, *hensynet til barnets beste*. De norske domstolsbegrunnelser som har kommet for EMD har i liten grad, om ikke aldri, scoret høyt på disse parametere. Den omfattende praksisen med å legge til grunn at fosterplasseringen vil bli langvarig,⁵⁸⁵ ville blitt svært vanskelig å begrunne dersom domstolene innledet drøftelsene med at alle tiltak må støtte opp under gjenforeningsmålet. Det er derfor trolig slik at en endring i måten man begrunner barnevernsavgjørelser også vil få materielle konsekvenser. Et unntak blant de norske domstolsbegrunnelser som har kommet for EMD er Borgarting lagmannsretts dom i saken som endte i *S.P. v. Norge*.⁵⁸⁶ Dommen var avsagt etter *Mohamed Hassan 2017*, og denne var behandlet i lagmannsrettens begrunnelse. *S.P.* ble avvist som åpenbart grunnløs, og EMD fremhevet at lagmannsretten hadde «applied the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law».⁵⁸⁷ Dette kan tilsi at EMD vil innrømme en videre skjønnsmargin nå som norske domstoler har begynt å fokusere på EMK og EMDs dommer i sine begrunnelser. I *S.P.* lå sakens faktum imidlertid klart innenfor artikkel 8's materielle krav, så hvor mye man skal legge i dommen er uklart.

8.2 Kommentar til skjerpede begrunnelseskrav i norsk rett

Som vist i innledningen har norske myndigheter lagt til grunn at EMD har vært kritisk til de norske *begrunnelser* i barnevernssakene. Dette har blant annet ført til at Høyesterett på grunnlag av EMDs praksis, har oppstilte såkalte «prosessuelle garantier – krav til begrunnelse».⁵⁸⁸ Det har også fått den konsekvens at Stortinget har vedtatt skjerpede krav til begrunnelse i den nye barnevernsloven, som vil tre i kraft 1. januar 2023.⁵⁸⁹ Jeg skal knytte noen kommentarer til disse skjerpede kravene til begrunnelse.

⁵⁸⁵ Gerds-Andresen (2020) s. 135.

⁵⁸⁶ Borgarting lagmannsretts dom 12. april 2019 (LB-2018-149727).

⁵⁸⁷ *S.P. v. Norge* (2021) avsnitt 576.

⁵⁸⁸ HR-2020-661-S avsnitt 163–169.

⁵⁸⁹ Innst. 625 L (2020–2021) og Lovvedtak 173 (2020–2021).

Det første jeg vil understreke er, slik jeg påpekte i punkt 1.3.2, at ordet «begrunnelse» blir brukt på forskjellige måter. Det er klart at EMD har vært kritisk til begrunnelsen i de norske barnevernssakene, dersom man forstår «begrunnelse» som *de grunner* Norge har hatt for å fastsette lite samvær og tillate adopsjon. Om man forstår «begrunnelse» som *domstolsbegrunnelsene*, er svaret mer usikkert. Som nevnt over vil EMDs ytre, prosessuelle kontroll innebære at kritikk rettet mot domstolsbegrunnelsene. Det er imidlertid helt klart at de norske begrunnelsene langt ifra har vært i nærheten av å utgjøre en krenkelse av artikkel 8 i *seg selv*, slik som var tilfellet i *Lazoriva*.

Høyesteretts overskrift i HR-2020-661-S avsnitt 163 – «Prosessuelle garantier – krav til begrunnelse» – gir imidlertid assosiasjoner til det sistnevnte. Som Høyesterett fremhever, henger begrunnelsen sammen med det grunnleggende kravet om «fair balance». Jeg vil imidlertid understreke at sammenhengen knytter seg til at *begrunnelsens* funksjon til å oppnå materielt riktig resultat, se 3.1.3.

Ut fra EMDs praksis oppstiller også Høyesterett «et skjerpet krav til begrunnelse», der myndighetene gir opp gjenforeningsmålet.⁵⁹⁰ Dette vil nok føre til at norske dommere vil inkludere gjenforeningsmålet i sine begrunnelser, som igjen kan føre til videre skjønnsmargin. Om det er dekning for et slikt krav i EMDs praksis er imidlertid usikkert, det sentrale er de *de materielle kravene*. Det viktigste Høyesterett gjør knyttet til gjenforeningsmålet, er derfor der domstolen oppstiller de situasjoner der gjenforeningsmålet kan forlates – altså det *materielle*.⁵⁹¹ Her ivaretar også Høyesterett sin funksjon som dialogpartner med EMD, som den ikke har benyttet i de andre barnevernssakene mot Norge, se punkt 3.1.7. EMDs praksis knyttet til gjenforeningsmålet er uklar, og etter min mening også *for* absolutt. Dette mener også en rekke andre norske barnevernsjurister, samt de aller fleste andre på barnevernsfeltet i Norge.⁵⁹² Høyesterett har et ansvar for å vise hvordan norske verdier kan hensyntas innenfor EMDs retningslinjer.⁵⁹³

⁵⁹⁰ HR-2020-661-S avsnitt 165.

⁵⁹¹ HR-2020-661-S avsnitt 146–148.

⁵⁹² Sandberg (2020) s. 159: «Da får vi håpe at resultatene blir akseptert av EMD i fremtidige saker, slik at norske myndigheter slipper å imøtegå domstolens argumentasjon på prinsipielt grunnlag.» Etter mitt syn bør verdiforskjeller knyttet til barns rettigheter være et punkt der man imøtegår EMD på prinsipielt grunnlag.

⁵⁹³ F.eks. Haugli (2000) s. 269 og Sandberg (2003) s. 303. Se også gjennomgående høringsinnspillene i Prop. 133 L (2020–2021).

Høyesterett trekker også frem at begrunnelsen må inneholde en vurdering av at mindre inngripende tiltak er vurdert.⁵⁹⁴ Et *prosessuelt krav* om å ha vurdert mindre inngripende tiltak forut for omsorgsovertakelsen har trygg støtte i EMDs praksis helt siden *K. og T. v. Finland* fra 2001, se punkt 6.4.2. Det gjelder også krav om at minste inngripende tiltak skal benyttes etter barnevernloven § 4-12. At EMD fremhever at mindre inngripende tiltak må vurderes i tilknytning til samværsfastsettelse og adopsjon kan føre til bedre gjennomtenkte dommer.

Analysen av *SL* viste at førsteavtømmets kritikk mot vurderingen av *barnets sårbarhet* kan forstås på forskjellige måter, se punkt 7.1.2. Jeg la til grunn at kritikken var rettet mot den bevisvurderingen som var gjort. Videre er førsteavtømmet svært konkret anlagt, og et flertall av dommerne stilte seg ikke bak denne kritikken. Høyesteretts skjerpede krav til begrunnelsen for bevisvurderingen av hvorfor et barn er sårbart, hviler derfor på spinkelt rettskildemessig grunnlag.⁵⁹⁵ Jeg mener heller ikke Høyesterett har særlig støtte for dette i *Abdi Ibrahim og A.S.* Dette er ikke et stort problem. Men det vil være uheldig dersom norske domstoler utvikler en praksis hvor det konstateres krenkelse av artikkel 8, hver gang fylkesnemnda har brukt uttrykket «barnet sårbarhet» uten at det er gitt «en konkret beskrivelse, med henvisning til de faktiske forhold, av årsaken til sårbarheten, hva den består i, om den kan avhjelpes ved hjelpetiltak, og dens betydning for barnets omsorgssituasjon».

Stortinget vedtok Barne- og familiedepartementets forslag om skjerpede krav til begrunnelse uten noen nærmere diskusjon. Forslagene fremheves som viktige tiltak for følge opp kritikken fra EMD.⁵⁹⁶ Ny § 14-20 om Barneverns- og helsenemndas⁵⁹⁷ vedtak er lik nåværende bvl. § 7-19, men med følgende presisering: «Hvordan barnets beste og hensynet til familieband er vurdert, skal også fremgå av vedtaket».⁵⁹⁸ Tilleggskravet om begrunnelse for barnets beste, omtalt i 3.2.4, blir altså supplert med at også hensynet til familieband skal vurderes. Departementet viser særlig til begrunnelsens funksjon for å oppnå et riktig *materielt resultat*, når det trekkes frem at presiseringen kan «bidra til større bevissthet om at hensynet til familieband må vurderes og synliggjøres, og dermed bidra til praksis i samsvar med

⁵⁹⁴ HR-2020-661-S avsnitt 168.

⁵⁹⁵ HR-2020-661-S avsnitt 169.

⁵⁹⁶ Prop. 133 L (2020–2021) s. 22 og 443.

⁵⁹⁷ Fylkesnemndas nye navn i den nye loven.

⁵⁹⁸ Prop. 133 L (2020–2021) s. 629, med utfyllende kommentar s. 592 og drøftelse på s. 439–444.

menneskerettslige forpliktelser». ⁵⁹⁹ Dette stiller jeg meg bak. Jeg tror også at forslaget kan føre til at de norske begrunnelsene blir utformet på en måte som øket sjansen for at EMD innrømmer en videre skjønnsmargin i en ytre, prosessuell kontroll. Det er imidlertid en hake. I noen saker har EMD sett hen til fylkesnemndas begrunnelser, men EMD forholder seg først og fremst til *domstolenes begrunnelse*. Et ubesvart spørsmål er om kravene i tilleggskravene til begrunnelsen i barnevernloven får analogisk anvendelse også for domstolene.

⁵⁹⁹ Prop. 133 L (2020–2021) s. 444.

Kildeliste

Litteratur

Andenes/Bjørge (2012) = Mads Andenæs og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss*, (2012).

Arai-Takahashi (2002) = Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, (2002).

Arnardóttir (2015) = Oddný Mjöll Arnardóttir, «Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation», i *European Society of International Law, Conference Paper Series*, nr. 4 (2015).

Arnardóttir (2017) = Oddný Mjöll Arnardóttir, «The ‘procedural turn’ under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance», i *International Journal of Constitutional Law*, nr. 1 (2017) s. 9–35.

Arnardóttir (2018) = Oddný Mjöll Arnardóttir, «The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights», i *Journal of International Dispute Settlement*, nr. 2 (2018) s. 223–239.

Arnesen/Stenvik (2015) = Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg. (2015).

Backer (2005) = Inge Lorange Backer, «Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», i *Nordic Journal of Human Rights*, nr. 4 (2005) s. 425–432.

Backer (2009) = Inge Lorange Backer, «Den europeiske menneskerettsdomstol – Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», i *Nytt Norsk Tidsskrift*, nr. 3-4 (2009) s. 278–283.

Backer (2017) = Inge Lorange Backer, «Juridisk metode og dialog med Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)», i Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir

- Ulfstein (red.), *Menneskerettighetene og Norge – Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati* (2017) s. 228–237.
- Backer (2020)** = Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2. utg. (2020).
- Bar-Siman-Tov (2012)** = Ittai Bar-Siman-Tov, «Semiprocedural Judicial Review», i *Legisprudence*, nr. 3 (2012) s. 271–300.
- Bates (2010)** = Ed Bates, *The evolution of the European Convention on Human Rights : from its inception to the creation of a permanent court of human rights*, (2010).
- Beamont m.fl. (2015)** = Paul Beaumont, Katarina Trimmings, Lara Walker og Jayne Holliday, «Child Abduction: Recent Jurisprudence of The European Court of Human Rights», i *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 1 (2015) s. 39–63.
- Bendiksen (2007)** = Lena R. L. Bendiksen, «Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2007) s. 211–225.
- Bendiksen (2008)** = Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, (2008).
- Bendiksen (2012)** = Lena R. L. Bendiksen, «Adopsjon som barnevernstiltak Aune mot Norge, klag.nr. 52502/07, dom av 28. oktober 2010», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3-4 (2012) s. 236–249.
- Bendiksen/Haugli (2021)** = Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg. (2021).
- Bernt (2019)** = Camilla Bernt, «Samtaleprosess i barnevernssaker – Forhandling om barn eller fruktbar dialog?», i Johan Giertsen, Erling Johannes Husabø, Øystein L. Iversen og Berte-Elen Konow (red.), *Rett i vest – Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen* (2019) s. 237–258.
- Bernt J.F. (1995)** = Jan Fritjof Bernt, «Den europeiske menneskerettskonvensjonen og norsk forvaltningsrett», i *Jussens Venner*, nr. 3 (1995) s. 159–188.

- Besson (2016)** = Samantha Besson, «Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?», i *The American Journal of Jurisprudence*, nr. 1 (2016) s. 69–107.
- Borvik (2011)** = Bjørnar Borvik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», i *Lov og Rett* (2011) s. 575–595.
- Bragdø-Ellenes/Torjesen (2020)** = Sunniva Cristina Bragdø-Ellesnes og Stina Torjesen, «Diplomatisk hodebry: internasjonale reaksjoner på utvalgte avgjørelser i norsk barnevern», i *Internasjonal Politikk – Skandinavisk tidsskrift for internasjonale studier*, nr. 1 (2020) s. 1–31.
- Brems (2013)** = Eva Brems, «Procedural protection – An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights», i Eva Brems og Janneke Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR – The role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (2013) s. 137–161.
- Brems/Lavrysen (2013)** = Eva Brems og Laurens Lavrysen, «Procedural justice in human rights adjudication: the European Court of Human Rights» i *Human Rights Quarterly*, nr. 1 (2013) s. 176–200.
- Breuer (2021)** = Martin Breuer, «Principled resistance to the European Court of Human Rights and its case law: a comparative assessment», i Helmut Philipp Aust og Esra Demir-Gürsel (red.), *The European Court of Human Rights – Current Challenges in Historical Perspective*, (2021) s. 43–70.
- Brynildsrud (2016)** = Karten Brynildsrud, «Trenger vi et biologisk prinsipp i barnevernloven? Noen betraktninger i kjølvannet av NOU 2012: 5 og Prop. 106 L (2012–2013)», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2016) s. 264–298.
- Bårdsen (2014)** = Arnfinn Bårdsen, «The Norwegian Supreme Court and Strasbourg: The Case of Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway», i *German Law Journal*, nr. 7 (2014) s. 1293–1305.

Bårdsen (2018) = Arnfinn Bårdsen, «Å forstå og bli forstått», i Edlund, L., Herre, J., Johansson, S. O., Kleineman, J., og Lennander, G. (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*, (2018) s. 87–99.

Çalı (2016) = Başak Çalı, «From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights», i Oddný Mjöll Arnardóttir og Antoine Buyse (red.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection – Rethinking relations between the ECHR, RU, and national legal orders* (2016) s. 144–169.

Christoffersen (2009) = Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009).

Christoffersen (2015) = Jonas Christoffersen, «Menneskerettens proportionalitetsprincip», i *Ugeskrift for Retsvæsen*, (2015) s. 115–122.

Cohen (2015) = Mathilde Cohen, «When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach», i *Washington and Lee Law Review*, nr. 2 (2015) s. 483–571.

Eckhoff/Sundby (1991) = Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer: Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. utg. (1999).

Emberland (2006) = Marius Emberland, *Retorikk og realiteter: Norsk menneskerettighetsdebatt på et sidespor?*, (2006).

Emberland (2013) = Marius Emberland, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK», i *Lov og Rett*, nr. 8 (2013) s. 513–514.

Emberland (2016) = Marius Emberland, «Det norske barnevernet under lupen», i *Lov og Rett*, nr. 6 (2016) s. 329–330.

Emberland (2017) = Marius Emberland, «Det norske barnevernet under lupen – del 2», i *Lov og Rett*, nr. 8 (2017) s. 435–436.

Emberland (2018) = Marius Emberland, «Det norske barnevernet under lupen – del 3», i *Lov og Rett*, nr. 10 (2018) s. 583–584.

Emberland (2019) = Marius Emberland, «Om EMKs stilling og betydning for å sikre bedre beskyttelse av menneskerettighetene i det norske rettssystemet», i *Retfærd*, nr. 1 (2019) s. 25–45.

Eng (2007) = Svein Eng, *Rettsfilosofi*, (2007).

Eriksen (2016) = Christoffer C. Eriksen, *Kritikk: Konfrontasjon med rett og makt*, (2016).

Falch-Eriksen/Skivenes (2019) = Asgeir Falch-Eriksen og Marit Skivenes, «Right to Protection», i Malcolm Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.), *Children's Rights in Norway: An Implementation Paradox?*, (2019) s. 107–135.

Fenton-Glynn (2020) = Claire Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, (2020).

Fliflet (2002) = Arne Fliflet, «Bestemmer begrunnelsen resultatet eller resultatet begrunnelsen?» i Arne Haugestad (red.), *Folkefiende? 70 år med Tor Erling Staff*, (2002) s. 74–85.

Frøberg (2007) = Thomas Frøberg «EMDs praksis som norsk rettskildefaktor», i *Jussens Venner*, nr. 3 (2007) s. 176–194

Gerards (2005) = Janneke Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, (2005).

Gerards (2013) = Janneke Gerards, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», i *International Journal of Constitutional Law*, nr. 2 (2013) s. 466–490.

Gerards (2014) = Janneke Gerards, «Inadmissibility Decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning», i *Human Rights Law Review*, nr. 1 (2014) s. 148–158.

Gerards (2017) = Janneke Gerards, «Procedural Review by the ECtHR: A Typology», i Eva Brems og Janneke Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR – The role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (2017) s. 127–160.

- Gerards/Brems (2017)** = Janneke Gerards og Eva Brems, «Introduction», i Eva Brems og Janneke Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR – The role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (2017) s. 2–14.
- Gerds-Andresen (2020)** = Tina Gerds-Andresen, «Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse – En analyse av hvordan fylkesnemnda begrunner sin utmåling», i *Kritisk Juss*, nr. 2 (2020) s. 125–153.
- Gjems Onstad (2018)** = Ole Gjems-Onstad, *Menneskerettigheter – En verden uten helvete*, (2018).
- Gording Stand (2007)** = Elisabeth Gording Stand, *Det barnets sak: Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, (2007).
- Graver (2008)** = Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 2 (2008) s. 149–178.
- Graver (2011)** = Hans Petter Graver, *Hva er rett*, (2011).
- Hagen/Rønbeck (2011)** = Tore Hagen og Knut Rønbeck, «Står det biologiske prinsipp for fall? Det biologisk prinsipp i barnevernloven og barneloven – noen forskjeller», i *Lov og Rett*, nr. 8 (2011) s. 491–499.
- Harbo (2015)** = Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, 2015.
- Harris m.fl. (2018)** = David Harris, Micheal O’Boyle, Ed Bates og Carla Buckley (red.), *Harris, O’Boyle, Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utg. (2018).
- Haugevik/Neumann (2020)** = Kristin haugevik og Cecilie Basberg Neumann, «Staten, barnevernet og utenrikspolitikken – fra indre anliggende til internasjonal konfliktsone», i *Nytt Norsk Tidsskrift*, nr. 1 (2020) s. 5–18.
- Haugli (2000)** = Trude Haugli, *Samværsrett i barnevernsaker*, 2000.

- Havre (2015A)** = Merete Havre, *Varetekt og proporsjonalitet – en balansetest*, (2015).
- Havre (2015B)** = Merete Havre, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», i *Retfærd* nr. 1 (2015) s. 102–118.
- Havre, Rettsdata (2020)** = Merete Havre, Norsk lovkommentar: Barnevernloven, Gyldendal Rettsdata. Tilgjengelig (bak betalingsmur) her: [Barnevernloven - Gyldendal Rettsdata](#) [sist lest 21. juli 2021].
- Havre, Rettsdata, tilleggsdokument (2020)** = Merete Havre, Norsk lovkommentar: Barnevernloven, Gyldendal Rettsdata, tilleggsdokument til note 258. Tilgjengelig (bak betalingsmur) her: [Kommentarer til barnevernloven § 4-20. Ved Merete Havre, 21. mai 2020 - Gyldendal Rettsdata](#) [sist lest: 16. juli 2021].
- Hedlund (2008)** = Mary-Ann Hedlund, «EMK artikkel 8 og forholdet til barn – noen utvalgte temaer», i Mary-Ann Hedlund (red.), *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv* (2008) s. 35–71.
- Helfer (2008)** = Laurence R. Helfer, «Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime», i *The European Journal of International Law*, nr. (2008) s. 125–159.
- Holten (2018)** = Silje Holten, «Har den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?», i *Jussens venner*, nr. 2 (2018) s. 112–136.
- Horn/Helle i Rett24 (5. april 2020)** = Thomas Horn og Halvard Helle, «– Høyesterett har ikke misforstått», publisert på Rett24s hjemmesider 5. april 2020. Tilgjengelig fra: <https://rett24.no/articles/ikke-overraskende-fra-hoyesteretts-storkammer>. [sist lest 22. juli 2021].
- Hov (2004)** = Jo Hov, «Menneskerettigheter – en trussel mot rettsikkerheten?», i *Lov og Rett* nr. 7-8 (2004) s. 509–511.

- Huijbers (2017)** = Leonie M. Huijbers, «The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity», i *Cambridge International Law Journal*, nr. 2 (2017) s. 177–201.
- Huijbers (2019)** = Leonie M. Huijbers, *Process-based Fundamental Rights Review – Practice, Concept, and Theory*, (2019).
- Høgberg (2019)** = Alf Petter Høgberg, «Domstolspraksis som rettskildefaktor», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, (2019) s. 259–292.
- Jacobsen (2003)** = Jørn RT Jacobsen, «Om omgrepet 'juridisk metode'», i *Jussens Venner* nr. 6 (2003) s. 360–376.
- Kierulf (2018)** = Anine Kierulf, *Judicial Review in Norway – A Bicentennial Debate*, (2018).
- Kinander red. (2005)** = Morten Kinander (red.), *Makt og rett: Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*, (2005).
- Kjølbrot (2020)** = Jon Fridrik Kjølbrot, «Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere», 5. utg. (2020).
- Kjølstad/Koch/Øyrehagen Sunde (2020)** = Marius Mikkel Kjølstad, Søren Koch og Jørn Øyrehagen Sunde, «An Introduction to Norwegian Legal Culture», i Søren Koch og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Comparing Legal Cultures. Revised and Extended 2nd edition* (2020) s. 105–148.
- Kleinlein (2019)** = Thomas Kleinlein, «The Procedural Approach of The European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution», i *International & Comparative Law Quarterly*, nr. 1 (2019).
- Kolflaath (2004)** = Eivind Kolflaath, *Språk og argumentasjon – med eksempler fra juss*, (2004).

Kvisberg (2009) = Torunn Elise Kvisberg, *Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barne bortføring*, (2009).

Kvisberg (2019) = Torunn Elise Kvisberg, «Child Abduction Cases in the European Court Of Human Rights – Changing Views on the Child’s Best Interests», i *Oslo Law Review*, nr. 2 (2019) s. 90–106.

Köhler-Olsen (2019) = Julia Köhler-Olsen, «EMD: Strand Lobben med flere mot Norge – betydningen for norsk barnevern», i *Tidsskrift for velferdsforskning*, nr. 4 (2019) s. 341–346.

Langsrud/Fauske/Lichtwarck (2019) = Elisabeth Langsrud, Halvor Fauske og Willy Lichtwarck, «Et empirisk blikk på forholdet mellom begrunnelseskravet som norm og barneverntjenestens praksis ved beslutninger om hjelpetiltak», i *Retfærd*, nr. 1 (2019) s. 47–61.

Lavrysen, Strasbourg Observers (2019) = Laurens Lavrysen, «Strand Lobben and Others v. Norway: from Age of Subsidiarity to Age of Redundancy?», blogginnlegg på *Strasbourg Observers*, 23. oktober 2019. Tilgjengelig fra: [Strand Lobben and Others v. Norway: from Age of Subsidiarity to Age of Redundancy? | Strasbourg Observers](#) [sist lest: 22. juli 2021].

Letsas (2006) = George Letsas, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», i *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 4 (2006) s. 705–732.

Lindboe (2005) = Knyt Lindboe, «Fylkesnemndene – ressursbruk, rettsikkerhet og rettslig overprøving», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2005) s. 188–196.

Loftsgaard/Alstad (2003) = Lotte Pernille Loftsgaard og Kristin Alstad, «Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn», i Steinar Tjomsland (red.), *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. (2003) s. 69–116.

Madsen (2004) = Mikael Rask Madsen, «France, the UK, and the ‘Boomerang’ of the Internationalisation of Human Rights (1945–2000)», i Simon Halliday og Patrick

Schmidt, *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Perspectives of Human Rights in the National Context*, (2004) s. 57–86.

Madsen (2016) = Mikael Rask Madsen, «The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash», *Law and Contemporary Problems*, nr. 1 (2016) s. 141–178.

Madsen (2018) = Mikael Rask Madsen, «Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?», i *Journal of International Dispute Settlement*, nr. 2 (2018) s. 199–222.

Madsen (2020) = Mikael Rask Madsen, «Two-level politics and the backlash against international courts: Evidence from the politicisation of the European court of human rights», i *The British Journal of Politics and International Relations*, nr. 4 (2020) s. 728–738.

Madsen (2021A) = Mikael Rask Madsen, «From boom to backlash? The European Court of Human Rights and the transformation of Europe», i Helmut Philipp Aust og Esra Demir-Gürsel (red.), *The European Court of Human Rights – Current Challenges in Historical Perspective*, (2021) s. 21–42.

Madsen (2021B) = Mikael Rask Madsen, «‘Unity in Diversity’ Reloaded: The European Court of Human Rights’ Turn to Subsidiarity and its Consequences», i iCourts Working Paper Series, No. 244, 2021. Kommer i *Law and Ethics* nr. 15 (1) 2021.

Madsen/Cebulak/Wiebursch (2018) = Mikael Rask Madsen, Pola Cebulak and Micha Wiebusch, «Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts», i *International Journal of Law in Context* nr. 2 (2018), s. 197–220.

Martnes (2021) = Mona Martnes, *Barnets beste: Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*, (2021).

- Michelsen (1984)** = Hans M. Michelsen, «Domsskriving i sivile saker», i Hans M. Michelsen, Helge Røstad og Gunnar Aasland (red.), *Rett og rettssal – Et festskrift til Rolv Ryssdal*, (1984) s. 229–240.
- Monsen (2012)** = Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (2012).
- Mowbray (2015)** = Alastair Mowbray, «Subsidiarity and the European Convention on Human Rights», i *Human Rights Law Review*, nr. 2 (2015) s. 313–341.
- Møse (2002)** = Erik Møse, *Menneskerettigheter*, (2002).
- Møse 2016** = Erik Møse, «EMDs dommer i norske saker», i Gunnar Bergby, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, (2016) s. 269–292.
- Nussberger (2017)** = Angelika Nussberger, «Procedural Review by the ECHR: View from the Court», i Janneke Gerards og Eva Brems, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, (2017).
- Nussberger (2020)** = Angelika Nussberger, *The European Court of Human Rights*, (2020).
- Nygaard (2004)** = Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. (2004).
- Nyhus (2016)** = Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?», i *Lov og Rett*, nr. 6 (2016) s. 364–390.
- O’Mahony (2019)** = Conor O’Mahony, «Child Protection and the ECHR – Making Sense of Positive and Procedural Obligations», i *International Journal of Children’s Rights*, (2019) s. 660–693.
- O’Meara (2015)** = Noreen O’Meara, «Reforming the European Court of Human Rights: The impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR», i Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks og Loveday Hodson (red.), *The UK and European Human Rights – A strained Relationship?*, (2015) s. 71–94.
- Oppedal (2008)** = Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven*, 2008.

- Pedersen (2016)** = Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, (2016).
- Pirošíková (2015)** = Marica Pirošíková «Protection of Children’s Human Rights in the Council of Europe Member States», i *Societas et iurisprudentia*, nr. 3 (2015) s. 202–216.
- Rackow (2015)** = Julia Rackow, «The Relationship Between Karlsruhe and Strasbourg», i Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks og Loveday Hodson (red.), *The UK and European Human Rights – A strained Relationship?*, (2015) s. 379–399.
- Reid (1993)** = Karen Reid, «Child care cases and the European Convention on Human Rights», i *Journal of Child Law*, nr. 2 (1993) s. 66–70.
- Reid (2008)** = Karen Reid, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 3. utg. (2008).
- Reiertsen (2007)** = Michael Reiertsen, «EMD-dommers bindingsvirkning etter EMK artikkel 46 (1) sett i lys av den tyske forfatningsdomstolens behandling av Görgülü-sakene», i *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, nr. 3 (2007) s. 225–244.
- Reiertsen (2019)** = Michael Reiertsen, «Prinsipielt (u)prinsipiell – når Høyesterett er prinsipiell uten å ville være det», i *Lov og Rett*, nr. 7 (2019) s. 416–435.
- Rui (2009)** = Jon Petter Rui, «Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolers avgjørelser?», i *Rættferd*, (2009) s. 96–111.
- Rui (2013A)** = Jon Petter Rui, The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court’s Interpretation of the European Convention of Human Rights?, i *Nordic Journal of Human Rights*, nr. 1 (2013) s. 28–54.
- Rui (2013B)** = Jon Petter Rui, «Om advokaters taushetsplikt og ransaking og beslag ved advokatkontor», i *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 (2013) s. 297–341.
- Rui (2021)** = Jon Petter Rui, «Fra Menneskerettighetsdomstolen: Grenser for kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker. Lacatus mot Sveits,

- søkenummer 14065/15, dom av 19. januar 2021», i *Tidsskrift for strafferett*, nr. 2 (2021) s. 191–198.
- Sandberg (2003)** = Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, (2003).
- Sandberg (2016)** = Kirsten Sandberg, «Barnets beste som rettighet», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i velferdsstaten: Begreper, trender, teorier*, (2016) s. 57–83.
- Sandberg (2018)** = Kirsten Sandberg, «Ulogisk fra EMD?», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 4 (2018) s. 265–268.
- Sandberg (2020A)** = Kirsten Sandberg, «Storkammeravgjørelsene om barnevern», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 2 (2020) s. 148–159.
- Sandberg (2020B)** = Kirsten Sandberg, «Asylsøkende barns rettigheter», i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. (2020) s. 334–366.
- Saul (2021)** = Matthew Saul, «Shaping Legislative Processes from Strasbourg», i *European Journal of International Law*, nr. 1 (2021) s. 281–308.
- Schei m.fl.** = Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reausch og Toril M. Øie, Lovkommentar: Tvisteloven, elektronisk lovkommentar på Juridika. Bekreftet à jour per 1. mars 2021. Tilgjengelig (bak betalingsmur) her: [Tvisteloven | Lovkommentarer | Juridika](#) [sist lest: 21. juli 2021].
- Schei/Qvigstad (2019)** = Tore Schei og Jan Fredrik Qvigstad, «Kriterier for en godt begrunnet høyesterettsdom», i *Lov og Rett*, nr. 8 (2019) s. 480–504.
- Skivenes/Søvig (2016)** = Marit Skivenes og Karl Harald Søvig, «Judicial Discretion and the Child’s Best Interests: The European Court of Human Rights on Adoptopns in Child Protection Cases», i Elaine E. Sutherland og Lesley-Anne Barnes Macfarlane (red.), *Implementing Article 3 of the United Nations Conention on*

the Rights of the Child – Best Interests, Welfare and Well-being, (2016) s. 341–357.

Skoghøy (2002A) = Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse» i Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), *Nybrott og odling – Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002*, (2002) s. 324–343.

Skoghøy (2002B) = Jens Edvin A. Skoghøy, «Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven», i Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke og Gunnar Aasland (red.), *Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith på 70 årsdagen 13. juli 2002*, (2002).

Skoghøy (2011) = Jens Edvin A. Skoghøy, «Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», i *Lov og Rett*, nr. 9 (2011) s. 511–530.

Skoghøy (2012) = Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik», i *Lov og Rett* (2012) s. 170–181.

Skoghøy (2017) = Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg. (2017).

Skoghøy/Pedersen (2020) = Jens Edvin A. Skoghøy og Jussi Erik Pedersen, *Grunnleggende sivilprosess*, (2020).

Smith C. (2005) = Carsten Smith, «Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», i *Nordic Journal of Human Rights*, nr. 4 (2005) s. 433–440.

Smith L. (1991) = Lucy Smith, «Barn, foreldre og menneskerettigheter» i *Jussens venner*, nr. 3 (1991) s. 101–122.

Solheim (2019) = Stig H. Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettsens område», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, (2019) s. 360–385.

- Sormunen (2020)** = Milka Sormunen, «Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights», i *Human Rights Law Review*, nr. 4 (2020), s. 745–768.
- Spano (2014)** = Robert Spano, «Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity», i *Human Rights Law Review*, (2014) s. 487–502.
- Spano (2018)** = Robert Spano, «The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law», i *Human Rights Law Review*, (2018) s. 473–494.
- Spano (2021)** = Robert Spano, «Foreword», i Emmanouil Billis, Nandor Knust og Jon Petter Rui (red.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, (2021) s. v–vii.
- Stiansen/Voeten (2020)** = Øyvind Stiansen og Erik Voeten, «Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights», i *International Studies Quarterly*, nr. 4 (2020) s. 770–784.
- Syse (2016)** = Aslak Syse, «En tradisjonell forståelse av materielle rettigheter i velferdsretten», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettingheter i velferdsstaten: Begreper, trender, teorier*, (2016) s. 35–56.
- Sæther Mæhle (2004)** = Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», i *Jussens Venner*, nr. 5-6 (2004) s. 329–342.
- Sæther Mæhle/Aarli (2017)** = Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, (2017).
- Sørensen (2004)** = Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1-2 (2004) s. 134–196.
- Sørensen (2014)** = Christian Børge Sørensen, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 3-4 (2014), s. 348–383.

- Sørensen (2016)** = Christian Børge Sørensen, «Barnevern og menneskerettighetene – Utredning til Barnevernsløvutvalget», 23. desember 2015, rev. 20. juni 2016, inntatt som vedlegg 4 til NOU 2016: 16 Ny barnevernslov, s. 306–360.
- Sørensen (2020)** = Christian Børge Sørensen, «Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK», i *Lov og Rett*, nr. 2 (2020) s. 103–122.
- Søvig (2003A)** = Karl Harald Søvig, «Omsorgsovertakelse av barn fra foreldre med psykiske problemer – Kutzner mot Tyskland (appl. 46544/99), 26. februar 2002», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 1 (2003) s. 62–68.
- Søvig (2003B)** = Karl Harald Søvig, «Omsorgsovertakelse av nyfødt barn og etterfølgende samtykke til adopsjon – P., C., og S. mot Storbritannia (appl. nr. 56547/00), dom av 16. juli 2002», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2003) s. 212–222.
- Søvig (2004)** = Karl Harald Søvig, «Gjennomføring og opprettholdelse av omsorgsovertakelse ved mistanke om seksuelle overgrep», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 2 (2004) s. 128–140.
- Søvig (2005A)** = Karl Harald Søvig, «Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 1 (2005) s. 58–70.
- Søvig (2005B)** = Karl Harald Søvig, «Avskjæring av samvær mellom søsken: I. og U. mot Norge, appl. nr. 75531/01, beslutning av 21. okt. 2004», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 2 (2005) s. 122–129.
- Søvig (2005C)** = Karl Harald Søvig, «Arve- og familierettslig diskriminering av barn utenfor ekteskap og deres fedre, og høring av barn i familierettstvister», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2005) s. 197–212.
- Søvig (2008)** = Karl Harald Søvig, «Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?», inntatt som vedlegg 2 til NOU 2008: 9, Med barnet i

fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær, s. 111–127.

Søvig (2016) = Karl Harald Søvig, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2015» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2016) s. 232–263.

Søvig (2018) = Karl Harald Søvig, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2017» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 2-3 (2018) s. 123–140.

Søvig (2019A) = Karl Harald Søvig, «Utvidet domstolskontroll med forvaltningsvedtak – et spørsmål om ugyldighet?», i Henriette N. Tøssebro (red.), *Ugyldighet i forvaltningsretten*, (2019) s. 211–239.

Søvig (2019B) = Karl Harald Søvig, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2018» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 (2019) s. 227–246.

Søvig/Tjelmeland (2019) = Karl Harald Søvig og Marit Tjelmeland, «Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 4 (2019) s. 345–352.

Søvig/Vindenes (2020) = Karl Harald Søvig og Per Harald Vindenes, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2019-2020» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3-4 (2020) s. 173–209.

Thibaut/Walker (1975) = John Thibaut og Laurens Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, (1975).

Tobiassen (2019) = Tomas Midtun Tobiassen, *Når myndighetene griper inn – en studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, (2019).

Ulfstein (2012) = Geir Ulfstein, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», i *Lov og Rett*, nr. 9 (2012) s. 552–570.

Ulfstein (2020) = Geir Ulfstein, «Interpretation of the ECHR in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties», i *The International Journal of Human Rights*, nr. 7 (2020) s. 917–924.

Wessel-Aas (2013) = Jon Wessel-Aas, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland», i *Lov og Rett*, nr. 10 (2013) s. 702–704..

Øyen (2010) = Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, (2010).

Øyen (2019) = Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2. utg. (2019).

Øyrehagen Sunde (2015) = Jørn Øyrehagen Sunde, *Høgsteretts historie 1965 – 2015: at dømme i sidste instans*, (2015).

Aall (1988) = Jørgen Aall, «Siktedes rett til vitne-eksaminasjon etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon og etter norsk rett», i *Lov og Rett*, nr. 8 (1988) s. 478–488.

Aall (1995) = Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter: Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*, (1995).

Aall (1999) = Jørgen Aall, «Menneskerettsloven», i *Lov og Rett*, nr. 7 (1999) s. 387–401.

Aall (2017) = Jørgen Aall, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 5 (2017) s. 407–432.

Aall (2018) = Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg. (2018).

Internasjonale konvensjoner mv.

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) = Den europeiske menneskerettskonvensjon, 4. november 1950.

Barnekonvensjonen (BK) = FNs konvensjonen om barnets rettigheter, 20. november 1989.

Wien-konvensjonen = Wien-konvensjonen om traktatolking, 23. mai 1969.

Haag-konvensjonen = Haag-konvensjonen om de sivile sider ved internasjonal barne bortføring, 25. oktober 1980.

Tilleggsprotokoll 11, 1994.

Tilleggsprotokoll 14, 2004.

Tilleggsprotokoll 15, 2013.

Dokumenter fra Europarådet og tilhørende organer

Europarådet (2009) = Europarådet, januar 2010, «Analysis of statistics 2009». Tilgjengelig fra: [Analysis of statistics 2009 \(coe.int\)](#).

Europarådet (2020) = Europarådet, januar 2021, «Analysis of statistics 2020». Tilgjengelig fra: [Analysis of statistics 2020 \(coe.int\)](#).

Interlaken-deklarasjonen 2010.

Izmir-deklarasjonen 2011.

Brighton-deklarasjonen 2012.

Brussel-deklarasjonene 2015.

København-deklarasjonen 2018.

EMD, the Bureau, Opinion on the draft Copenhagen Declaration, 19. februar 2018.

Norske lover og forskrifter

Grunnloven = Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven) §§ 95 102, 104.

Tvistemålsloven 1915 = Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

Barnevernloven 1953 = Lov om barnevern 17. juni 1953 nr. 14.

Barnevernloven, bvl. = Lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr. 100 (barnevernloven, bvl.)
§§ 4-1, 4-12, 4-19, 4-20, 4-21, 7-19.

Tvisteloven = Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
§§ 19-6.

Menneskerettsloven = Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling
i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

Utlendingsforskriften = Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (FOR-
2009-10-15-1286) § 17-1a.

Lov om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre) 20. april
2018 nr. 5.

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

Norges offentlige utredninger (NOU)

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

NOU 2001: 32 Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2003: 19 Makt og demokrati.

NOU 2011: 13 Juryutvalget – Når sant skal skrives.

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling – Ekspertutvalgets utredning om det
biologiske prinsipp i barnevernet.

NOU 2014: 9 Ny adopsjonslov.

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

NOU 2017: 8 Særdomstoler på nye områder? – Vurdering av nye domstolsordninger for
foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker.

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)

Andre offentlige dokumenter

Barne- og familiedepartementet, «Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov», 4. april 2019.

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven avgitt 19. desember 2011.

Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov, april 2019

Innst. 625 L (2020–2021) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.

Innst. O. nr. 115 (2004–2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.

Lovvedtak 173 (2020–2021) Vedtak til lov om barnevern (barnevernsloven).

Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 69 (2008–2009) Om lov om endringer i barnevernloven.

Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven.

Prop. 169 L (2016–2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).

Prop. 113 L (2020–2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringen i barnevernloven.

St.meld. nr. 17 (2004–2005) Makt og demokrati.

Utrykt vedlegg til St.meld. nr. 17 (2004–2005): [Høringssvar \(regjeringen.no\)](https://www.regjeringen.no).

Norske dommer og avgjørelser

Høyesterett

Rt. 1990 s. 312

Rt. 1991. s. 333

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1996 s. 551

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2004 s. 1737

Rt. 2007 s. 561 (*Aune v. Norge*)

Rt. 2009 s. 750 P

Rt. 2009 s. 1456

Rt. 2012 s. 1832

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2013 s. 1345 P

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 110 (*Pedersen m.fl. v. Norge*)

Rt. 2015 s. 155

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-389-A

HR-2016-2554-P

HR-2018-1720-A

HR-2019-1272-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2021-270-U

HR-2021-474-A

HR-2021-475-A

HR-2021-476-A

Lagmannsretter

Eidsivating lagmannsretts dom 10. april 2015 (LE-2014-144224), (*J.M.N. og C.H. v. Norge*).

Borgarting lagmannsretts dom 29. april 2015 (LB-2014-173958), (*Jansen v. Norge*).

Agder lagmannsretts dom 27. mai 2015 (LA-2014-205019), (*Abdi Ibrahim v. Norge*).

Agder lagmannsretts dom 2. juli 2015 (LA-2014-149830), (*Hernehult v. Norge*).

Borgarting lagmannsretts dom 7. juni 2021 (21-041600ASD-BORG/01 og 21-043037ASK-BORG/01), (Hyttedommen).

Borgarting lagmannsretts dom 12. april 2019 (LB-2018-149727). (*S.P. v. Norge*).

Tingretter

Drammen tingretts dom 22. februar 2012 (11-207059TVI-DRAM), (*Strand Lobben m.fl. v. Norge*). Tilgjengelig på Lovdata: [TNNNN-2011-207059 - Lovdata Pro](#)

Fredrikstad tingretts dom 22. juli 2013, saksnummer 13-003138TVI-FRED, (*M.L. v. Norge 2017*).

Jæren tingretts dom 8. september 2014 (13-104628TVI-JARE), (*T.S. og J.J. v. Norge*).

Oslo tingretts dom 27. mars 2015 (14-188819TVI-OTIR/08), (*A.S. v. Norge*).

Inntrøndelag tingretts dom 23. oktober 2015 (15-085856TVI-INTR), (*I.D. v. Norge*).

Nedre Romerike tingretts dom 17. desember 2015 (15-097939TVI-NERO), (*K.O. og V.M. v. Norge*).

Nordhordland tingretts dom 22. desember 2015 (15.114324TVI-NOHO), (*M.L. v. Norge 2020*).

Nedre Telemark tingrett dom 15. februar 2017 (16-150281TVI-NETE og 16-153644TVI-NETE), (*F.Z. v. Norge*).

Sør-Trøndelag tingretts dom 13. desember 2017 (17-141467TVI-STRO), (*R.O. v. Norge*).

Sogn og Fjordane tingretts dom 25. mai 2018 (17-173465TVI-SOFT), (*K.E. og A.K. v. Norge*).
Jeg har ikke fått innsyn i denne dommen.

Oslo tingretts dom 30. april 2019 (18-192630TVI-OTIR/02), (*A.A. v. Norge*). Jeg har ikke fått innsyn i denne dommen.

Oslo tingretts dom av 5. mai 2020 (TOSLO-2020-176591), (Hyttedommen).

Fylkesnemnder

Fylkesnemnda Vestlands vedtak 4. mai 2021 (FNV-2020-204-FHS).

EMDs dommer og avgjørelser

1970-tallet

Engel m.fl. v. Nederland [P] (5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72 – 8. juni 1976).

Handyside v. Storbritannia [P] (5493/72 – 7. desember 1976).

Tyrer v. Storbritannia [J] (5856/72 – 25. april 1978).

X. og Y. v. Tyskland [kom.] (8059/77 – 3. oktober 1978).

Sunday Times v. Storbritannia [P] (6538/74 – 26. april 1979).

1980-tallet

Artico v. Italia [J] (6694/74 – 13. mai 1980).

Guzzardi v. Italia [P] (7367/76 – 6. november 1980).

L. v. Sverige [kom.] (10414/82 – 3. oktober 1983).

Van der Mussele v. Belgia [P] (8919/80 – 23. november 1983).

Barthold v. Tyskland [J] (8734/79 – 25. mars 1985).

U. og G.F. v. Tyskland [Kom.] (11588/85 – 15. mai 1986).

Lingens v. Østerrike [P] (9815/82 – 8. juli 1986).

Unterpertinger v. Østerrike [J] (9120/80 – 24 november 1986).

Olsson v. Sverige nr. 1 [kom.] (10465/83 – 2. desember 1986).

O. v. Storbritannia [P] (9276/81 – 8. juli 1987).

B. v. Storbritannia [P] (9840/82 – 8. juni 1987).

R. v. Storbritannia [P] (10496/83 – 8. juli 1987).

W. v. Storbritannia [P] (9749/82 – 8. juli 1987).

H. v. Storbritannia [P] (9580/81 – 8. juli 1987).

Olsson v. Sverige nr. 1 [P] (10465/83 – 24. mars 1988).

Horn v. Storbritannia [kom.] (13184/87 – 4. juli 1988).

Eriksson v. Sverige [J] (11373/85 – 22. juni 1989).

Soering v. Storbritannia [P] (14038/88 – 7. juli 1989).

1990-tallet

Margareta og Roger Andersson v. Sverige [J] (12963/87 – 25. februar 1992).

Olsson v. Sverige nr. 2 [J] (13441/87 – 27. november 1992).

Hadjianastassiou v. Hellas [J] (12945/87 – 16. desember 1992).

Van de Hurk v. Nederland [J] (16034/90 – 19. april 1994).

Hokkanen v. Finland [J] (19823/92 – 23. september 1994).

De Moor v. Belgia [J] (16997/90 – 23. juni 1994 avsnitt).

Hiro Balani v. Spania [J] (18064/91 – 9. desember 1994).

Ruiz Torija v. Spania [J] (18390/91 – 9. desember 1994).

Johansen v. Norge [kom.] (17383/90 – 17. januar 1995).

McMicheal v. Storbritannia [J] (16424/90 – 24. februar 1995).

McCann m.fl. v. Storbritannia [GC] (18984/91 – 27. september 1995).

Johansen v. Norge [J] (17383/90 – 7. august 1996).

Higgins m.fl. v. Frankrike [J] (134/1996/753/952 – 19. februar 1998).

Garcia Ruiz v. Spania [GC] (30544/96 – 21. januar 1999).

E.P. v. Italia [J] (31127/96 – 16. november 1999).

2000-tallet

Scozzari og Giunta v. Italia [GC] (39221/98 og 41963/98 – 13. juli 2000).

Elsholz v. Tyskland [GC] (25735/94 – 13. juli 2000).

Gnahoré v. Frankrike [J] (40031/98 – 19. september 2000).

T.P. og K.M. v. Storbritannia [GC] (28945/95 – 10. mai 2001).

K. og T. v. Finland [GC] (25702/94 – 12. juli 2001).

Buchberger v. Østerrike [C] (32899/96 – 20. desember 2001).

Kutzner v. Tyskland [J] 46544/99 – 26. februar 2002).

P., C., og S. v. Storbritannia [J] (56547/00 – 16. juli 2002).

Johansen v. Norge nr. 2 [D] (12750/02 – 10. oktober 2002).

K.A. v. Finland [J] (27751/95 – 14. januar 2003).

Suominen v. Finland [J] (37801/97 – 1. juli 2003).

Sommerfeld v. Tyskland [GC] (31871/96 – 8. juli 2003).

Sahin v. Tyskland [GC] (30943/96 – 8. juli 2003).

Görgülü v. Tyskland [J] (74969/01 – 26. februar 2004).

Haase v. Tyskland [J] (11057/02 – 4. april 2004).

Von Hannover v. Tyskland nr. 1 [J] (59320/00 – 24. juni 2004).

Vo v. France [GC] (53924/00 – 8. juli 2004).

Pla og Puncernau v. Andorra [J] (69498/01 – 13. juli 2004).

Sabou og Pircalab v. Romania [J] (4657/99 – 28. september 2004).

I. og U. v. Norge [D] (75531/01 – 21. oktober 2004).

Hirst v. Storbritannia nr. 2 [GC] (74025/01 – 6. oktober 2005).

Süss v. Tyskland [C] (40324/98 – 10. november 2005).

Scordino v. Italia nr. 1 [GC] (36813/97 – 26. mars 2006).

C. v. Finland [C] (18249/02 – 9. mai 2006).

Moser v. Østerrike [C] (12643/02 – 21. september 2006).

H.K. v. Finland [C] (36065/97 – 26. september 2006).

Üner v. Nederland [GC] (46410/99 – 18. oktober 2006).

Boldea v. Romania [J] (19997/02 – 15. februar 2007).

Perlala v. Hellas [J] (17721/04 – 22. februar 2007). Kun tilgjengelig på fransk.

Wagner og J.M.W.L. v. Luxemburg [J] (76240/01 – 28. juni 2007).

Maumousseau og Washington v. Frankrike [J] (39388/05 – 6. desember 2007).

TV Vest AS og Rogaland Pensjonistparti v. Norge [J] (21132/05 – 11. desember 2008).

A. m.fl. v. Storbritannia [GC] (3455/05 – 19. februar 2009).

S. og Marper v. Storbritannia [GC] (30562/04 og 30566/04 – 4. desember 2009).

2010-tallet

Dolhamre v. Sverige [J] (67/04 – 8. juni 2010).

Neulinger og Shuruk v. Sveits [GC] (41615/07 – 6. juli 2010).

Aune v. Norge [J] (52502/07 – 28. oktober 2010).

Taxquet v. Belgia [GC] (926/05 – 16 november 2010).

R. og H. v. Storbritannia [J] (35348/06 – 31. mai 2011).

Othman (Abu Qatada) v. Storbritannia [J] (8139/09 – 17. januar 2012).

Von Hannover v. Tyskland nr. 2 [GC] (40660/08 og 60641/08 – 7. februar 2012).

Lindheim m.fl. v. Norge [J] (13221/08 og 2139/10 – 12. juni 2012).

Hermann v. Tyskland [GC] (9300/07 – 26. juni 2012).

A.K. og L. v. Kroatia [C] (37956/11 – 8. januar 2013).

Ageyevy v. Russland [C] (7075/10 – 18. april 2013).

Animal Defenders International v. Storbritannia [GC] (48876/08 – 22. april 2013).

R.M.S. v. Spania [J] (28775/12 – 18. juni 2013).

Vinter m.fl. v. Storbritannia [GC] (66069/09, 130/10 og 3896/10 – 9. juli 2013).

Lillo-Stenberg og Sæther v. Norge [J] (13258/09 – 16. januar 2014).

Matúz v. Ungarn [C] (73571/10 – 21. oktober 2014).

Zhou v. Italia [J] (33773/11 – 21. januar 2014).

Vučković m.fl. v. Serbia [GC] (17153/11, 17157/11, 17160/11, 17163/11, 17168/11, 17173/11, 17178/11, 17181/11, 17182/11, 17186/11, 17343/11, 17344/11, 17362/11, 17364/11, 17367/11, 17370/11, 17372/11, 17377/11, 17380/11, 17382/11, 17386/11, 17421/11, 17424/11, 17428/11, 17431/11, 17435/11, 17438/11, 17439/11, 17440/11 og 17443/11 – 25. mars 2014).

Hanzelkovi v. Tsjekkia [J] (43643/10 – 11. desember 2014).

Mamchur v. Ukraina [J] (10383/09 – 16. juli 2015).

N.P. v. Moldava [J] (58455/13 – 6. oktober 2015).

S.H. v. Italia [J] (52557/14 – 13. oktober 2015).

Jovanovic v. Sverige [J] (10592/12 – 22. oktober 2015).

N.TS. mfl. v. Georgia [J] (71776/12 – 2. februar 2016).

Kocherov og Sergeyeva v. Russland [J] (16899/13 – 29. mars 2016).

Karacsony m.fl. v Ungarn [GC] (42461/13 og 44357/13 – 17. mai 2016).

T.S. og J.J. v. Norge [D] (15633/16 – 11. oktober 2016).

J.M.N. og C.H. v. Norge [D] (3145/16 – 11. oktober 2016).

I.D v. Norge [D] (52374/16 – 4. april 2017).

M.L. v. Norge 2017 [J] (43701/14 – 7. september 2017).

Ndidi v. Storbritannia [J] (41215/14 – 17. september 2017).

Strand Lobben m.fl. v. Norge [J] (37283/13 – 30. november 2017).

Lazoriva v. Ukraina (6878/14 – 17. april 2018).

Mohamed Hasan v. Norge [J] (27496/15 – 26. april 2018).

Jansen v. Norge [J] (2822/16 – 6. september 2018).

S.S. v. Slovenia [J] (40938/16 – 30. oktober 2018).

Strand Lobben m.fl. v. Norge [GC] (37283/13 – 10. september 2019).

K.O. og V.M. v. Norge [J] (64808/16 – 19. november 2019).

A.S. v. Norge [J] (60371/15 – 17. desember 2019).

Abdi Ibrahim v. Norge [J] (15379/16 – 17. desember 2019) ikke rettskraftig.

2020-tallet

Y.I v. Russland [J] (68868/14 – 25. februar 2020).

Hernehult v. Norge [J] (14652/16 – 10. mars 2020).

Pedersen m.fl. v. Norge [J] (39710/15 – 10. mars 2020).

Uzbyakov v. Russland [J] (71160/13 – 5. mai 2020).

Ilya Lyapin v. Russland [J] (70879/11 – 30. juni 2020).

Bodnariu m.fl. v. Norge [D] (73890/16 – 17. desember 2020).

M.L. v Norge 2020 [J] (64639/16 – 22. desember 2020).

Pavel Shishkov v. Russland [J] (78754/13 – 2. mars 2021).

Vavrička m.fl. v. Tsjekkia [GC] (47621/13 – 8. april 2021).

Naltakyan v. Russland [J] (54366/08 – 20. april 2021).

Case of Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway (45487/17 – 10. juni 2021).

F.Z. v. Norge [J] (64789/17 – 1. juli 2021).

K.E. og A.K. v. Norge [J] (57678/18 – 1. juli 2021).

R.O. v. Norge [J] (49452/18 – 1. juli 2021).

A.A. v. Norge [D] (59082/19 – 1. juli 2021).

S.P. v. Norge [D] (54419/19 – 1. juli 2021).

M.A. v. Danmark [GC] (6697/18 – 9. juli 2021).

Rapporter

NIM (2020) = Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), *Hvorfor dømmer Norge i EMD – En statusrapport om barnevernsfeltet*, (2020).

Jurisconsult (2010) = Jurisconsult, «Interlaken Follow-up – Principle of Subsidiarity, Note by the Jurisoconsult», 8. juli 2010.

Nettsider

Aftenposten (13. desember 2019) = [Etter dommene om barnevern i Menneskerettsdomstolen: – Fylkesnemndene har tatt signalene på alvor \(aftenposten.no\)](#) [lest 17. juli 2021]

Indepentent (7. desember 2017) = [Brexit: Britain must stay in European Court of Human Rights if it wants a trade deal, Brussels to insist | The Independent | The Independent](#)

Cambridge Dictionary, «mutatis mutandis» = [MUTATIS MUTANDIS | meaning in the Cambridge English Dictionary.](#)

BBC (2016A) = BBC World News, 2016, «Norway: Parents Against the State». Tilgjengelig fra: [BBC - Our World - Norway: Parents Against the State - YouTube](#) [sist sett 19. juli 2021].

BBC (14. april 2016) = BBC News, 14. april 2016, Tim Whemwell, «Norway's Barnevernet: They took our four children... then the baby». Tilgjengelig fra: [Norway's Barnevernet: They took our four children... then the baby - BBC News](#) [sist lest 19. juli 2021].

BBC (2018) = BBC World News, 2018, «Norway's Silent Scandal». Tilgjengelig fra: [Norway's Silent Scandal \(BBC - Our World, 2018\) - YouTube](#) [sist sett 19. juli 2021].

Rett24 (11. september 2019) = Rett24, Kjetil Kolsrud, 11. september 2019, «Sendte klage til Strasbourg etter lekkasje». Tilgjengelig fra: [Sendte klage til Strasbourg etter lekkasje - Rett24](#) [sist lest: 20. juli 2021].

Rett24 (2. januar 2020) = Rett24, Kjetil Kolsrud, 2. januar 2020, «Etter Jaglands reformer: Slik blir EMD-dommene til i dag». Tilgjengelig fra: [Etter Jaglands reformer: Slik blir EMD-dommene til i dag - Rett24](#).

Rett24 (26. mai 2020) = Rett24, Kjetil Kolsrud, 26. mai 2020, «– Viktig for Regjeringen å gi uttrykk for denne bekymringen». Tilgjengelig fra: [– Viktig for Regjeringen å gi uttrykk for denne bekymringen - Rett24](#) [sist lest: 21. juli 2021].

Rett24 (8. september 2020) = Rett24, Kjetil Kolsrud, 8. september 2020, «EMD sa nei til norske storkammer-anker». Tilgjengelig fra: [EMD sa nei til norske storkammer-anker - Rett24](#) [sist lest: 21. juli 2021].

Dagbladet (18. mai 2009) = Dagbladet, Sigrid Møyner Hohle, 18. mai 2009, «Hvem skal bestemme?». Tilgjengelig fra: [Hvem skal bestemme? \(dagbladet.no\)](#) [sist lest: 22. juli 2021].

Annet

Tilsynsutvalget for dommere, Etske prinsipper for dommeradferd (2010). tilgjengelig fra: [200600602_D1_H \(domstol.no\)](#)

