

Vilkår for samværsnektelse etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret kravene som stilles
for samværsværsnektelse ved svak tilknytning mellom foreldre og barn?

Kandidatnummer: 617

Leveringsfrist: 25. april 2019

Antall ord: 17985



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling og formål	1
1.2	Metode og rettskilder	3
1.3	Videre fremstilling av avhandlingen.....	5
2	BARNETS BESTE I SAMVÆRSSAKER.....	6
2.1	Forpliktelser etter barnekonvensjonen	6
2.2	Hva er barnets beste i samværssaker?.....	8
3	EMK ART. 8 OG BARNETS BESTE.....	9
3.1	EMK art. 8 nr. 1 og samværsspørsmål.....	9
3.2	EMK art. 8 nr. 2 og samværsspørsmål.....	10
3.2.1	Proporsjonalitetsvurderingen.....	12
3.2.2	Den nasjonale skjønnsmarginen.	12
3.3	EMDs bruk av art. 8 i samsvar med hensynet til barnets beste	15
4	KRAVET OM EKSTRAORDINÆRE OMSTENDIGHETER	17
5	EN ENDRING I EMDS PRAKSIS?.....	20
5.1	Innledning	20
5.2	<i>Söderbäck</i> -dommen og «Second-parent adoption» - en bredere skjønnsmargin.....	21
5.3	Kravene som stilles kan være avhengig av forholdet mellom foreldre og barn	23
5.3.1	Tolkning av EMDs henvisning til <i>Söderbäck mot Sverige</i>	23
5.3.2	<i>P., C. og S. mot Storbritannia</i>	24
5.3.3	<i>H. K. mot Finland</i>	25
5.3.4	<i>Aune mot Norge</i>	26
5.3.5	<i>Assunção Chaves mot Portugal</i>	27
5.3.6	<i>M. I. med flere mot Finland</i>	29
5.3.7	<i>Zhou mot Italia</i>	29
5.3.8	<i>S. H mot Italia</i>	30
5.3.9	Foreløpig oppsummering.....	31
5.4	Saker som omhandler brudd på familiebåndene uten å vise til <i>Söderbäck</i>	32
5.4.1	Innledning	32
5.4.2	Sakene Høyesterett trekker frem som bevis for at EMD fortsatt krever ekstraordinære omstendigheter	32
5.4.3	Dommer avsagt i EMD etter HR-2017-2015-A	34

6	OPPSUMMERING	40
7	KILDELISTE	44
7.1	Primærkilder	44
7.1.1	Konvensjoner.....	44
7.1.2	Norske dommer	44
7.1.3	Høringsnotat	44
7.1.4	Internasjonale vedtak, rapporter og tolkningsuttalelser.....	44
7.1.5	Dommer fra EMD.....	44
7.1.6	Avgjørelser fra EMD	47
7.2	Juridisk teori.....	48

1 Innledning

1.1 Problemstilling og formål

Samvær mellom foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse er en nødvendig forutsetning for at de skal kunne opprettholde et forhold. Derfor er det viktig at myndighetene holder seg på riktig side av loven når de vurderer hvor mye samvær foreldre og barn skal ha. For å kunne bryte familieband ved å nekte samvær etter at barnevernet har overtatt omsorgen for et barn, har Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) lenge krevd at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter og være nødvendig ut fra hensynet til barnets beste.¹ I saker om samvær har Høyesterett slått fast at den må følge EMDs praksis.² På bakgrunn av dette, er det nødvendig å vurdere hvordan EMD tolker ekstraordinære omstendigheter, nødvendighet og barnets beste i saker som omhandler samværsnekt.

Det har vært mye diskusjon om foreldres rett til samvær i etterkant av HR-2017-2015-A («Jakob-saken»). Foreldrene ble her tilkjent samvær til tross for at de ikke hadde sett barnet på tre og et halvt år, og at de senere ble dømt for å ha latt et spebarn forbli i hjelpeløs tilstand (se LB-2016-208208). Som støtte for at EMD har åpnet for å stille andre krav enn «exceptional circumstances»³ for å bryte familiebandene dersom tilknytningen mellom foreldre og barn er svak, påberopte Oslo kommune seg blant annet dommene *Söderbäck mot Sverige* og *P., C. og S. mot Storbritannia*. I sistnevnte dom uttaler EMD at når det gjelder

the extreme step of severing all parental links with a child, the Court has taken the view that such a measure would cut a child from its roots and could only be justified in exceptional circumstances or by the overriding requirement of the child's best interests (...) That approach, however, may not apply in all contexts, depending on the nature of the parent-child relationship (...).⁴

Førstvoterende uttaler imidlertid i HR-2017-2015-A at hun «ikke kan se at de avgjørelsene som er påberopt av Oslo kommune, eller øvrig praksis fra EMD gir anvisning på en annen norm enn den Høyesterett frem til nå har benyttet i saker som denne.»⁵ På bakgrunn av at det ikke forelå en annen norm, innvilget Høyesterett samvær. I etterkant av dommen argumenterte Riiber og Syse sterkt for at EMD stiller lavere krav for å bryte familieband mellom foreldre og barn i saker hvor det er svak tilknytning mellom dem.⁶

¹ Se for eksempel *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

² Se Rt-2014-976 avsnitt 36.

³ De franske dommene stiller krav om «circonstances exceptionnelles» (se for eksempel *Zhou mot Italia* avsnitt 46). På norsk har dette blitt oversatt til ekstraordinære omstendigheter (se for eksempel Sandberg 2018).

⁴ *P., C. og S. mot Storbritannia* avsnitt 118.

⁵ HR-2017-2015-A avsnitt 62.

⁶ Se Riiber (2018) s. 96.

EMDs rettspraksis etter 2017 inneholder uttalelser om at et svakt forhold mellom foreldre og barn «must have implications» for hvor beskyttelsesverdien forholdet faktisk er.⁷ I denne oppgaven skal det undersøkes hvordan beskyttelsesverdien påvirkes av at det er svak tilknytning mellom foreldre og barn. Denne oppgaven søker å svare på følgende problemstilling: Har EMD endret praksis i spørsmål om samværsnekt i saker med svakt forhold mellom foreldre og barn, eller stiller domstolen fortsatt krav om at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter og være nødvendig ut fra hensynet til barnets beste? Selv om denne oppgaven hovedsakelig omhandler EMDs praksis, skal jeg likevel se på konsekvensene konklusjonene mine har for norske domstoler.

Det er viktig å vurdere hva som følger av Norges internasjonale forpliktelser på dette området. Det vil nemlig ha stor innvirkning på de familiene det gjelder dersom Høyesterett legger en høyere terskel til grunn i sin vurdering. Hvis Høyesterett bruker en strengere standard enn det som fremgår av EMDs praksis for å nekte samvær, kan dette gjøre at barn blir tvunget til å ha kontakt med foreldre også i situasjoner hvor det ikke er til barnets beste. Christian Børge Sørensen argumenterer for at EMD har endret kravene de stiller til å bryte familiebåndene, og at denne endringen har blitt «overse[tt] både i juridisk teori og norsk rettspraksis.»⁸ Det er dermed også et uttalt behov i juridisk teori for å undersøke om og hvordan EMD har endret praksis på dette området.

Det er alvorlig dersom en feiltolkning av EMDs praksis om foreldrenes rett til samvær går på bekostning av det som faktisk er til barnets beste. Det kan innebære brudd på så vel Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4 november 1950 (EMK), som på Norges forpliktelser etter FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen, BK). Hvilke forpliktelser som følger av BK diskuteres i del 2. Det er relevant å undersøke hva som følger av barnekonvensjonen fordi EMD i økende grad tolker EMK i lys av barnekonvensjonen.⁹ Alle statene som har ratifisert EMK har også ratifisert barnekonvensjonen og er dermed bundet av den. EMK inneholder ikke en bestemmelse som direkte beskytter barns rettigheter, men konvensjonen gjelder for alle mennesker, dermed også barn. Hensynet til barnets beste blir gitt stor vekt i EMDs praksis, og domstolen har selv uttalt at «in all decisions concerning children, their best interest must be paramount».¹⁰ Elisabeth Gording Stang argumenterer for at EMDs bruk av BK som veileder har styrket barns stilling under EMK noe som «blir særlig synlig i avgjørelser der foreldrenes rett til familieliv kommer

⁷ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 161.

⁸ Sørensen (2016) s. 355.

⁹ Haugli (2004) s. 38.

¹⁰ *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 135.

i konflikt med barnets rett til vern om sin integritet når barnets helse og utvikling er truet.»¹¹ Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker om samværsnektelse, og det skal dermed vektas tyngre enn foreldrenes rett til familieliv under EMK art. 8.

1.2 Metode og rettskilder

Denne oppgaven omhandler internasjonale rettskilder som skal tolkes etter reglene nedfelt i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23 mai 1969. EMD uttalte i 1975 at den skulle være bundet av Wienkonvensjonens tolkningsmetoder i tolkningen av EMK.¹² Det heter i Wienkonvensjonens art. 31 nr. 1 at

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

Som det fremgår av bestemmelsen, skal man tolke en traktat i god tro og i tråd med den naturlige forståelsen av ordene i henhold til sammenhengen og i lys av formålet med traktaten. Dette innebærer at den normale språklige betydningen av ordene i traktattekster er av stor betydning når de skal tolkes. For tolkning av EMK innebærer dette at EMD må tolke ordlyden av bestemmelsene på de to offisielle språkene: engelsk og fransk. Dersom ordlyden i de to versjonene fører til forskjellig løsning, uttaler EMD i *James mfl. mot Storbritannia* at den fortolkningen som best fremmer formålet med konvensjonen, må velges.¹³ Dette er i tråd med metoden nedfelt i Wienkonvensjonens art. 31 nr. 1. EMKs formål blir presisert i fortalen. Den legger vekt på at målet med konvensjonen er «securing the universal and effective recognition and observance of the rights therein declared».¹⁴ Videre er formålet med Europarådet, EMKs moderorganisasjon, «achievement of greater unity between its members» gjennom blant annet og fremme menneskerettighetene i medlemslandene.¹⁵ Når konvensjonens bestemmelser skal tolkes, må tolkningsalternativet som anvendes fremme rettighetene som fremgår av bestemmelsen. EMD har i denne sammenheng slått fast at konvensjonens bestemmelser ikke skal inneholde rettigheter som er «theoretical or illusory, but rights that are practical and effective».¹⁶

Videre følger det av Wienkonvensjonen art. 31 nr. 1 at traktater skal tolkes i lys av og i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i konvensjonen. EMD har i tråd med dette uttalt at

¹¹ Stang (2018) s. 87-88.

¹² *Golder mot Storbritannia* s. 10.

¹³ *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 40.

¹⁴ Fortalen til EMK avsnitt 4.

¹⁵ Fortalen til EMK avsnitt 4.

¹⁶ Se for eksempel *Daud mot Portugal* avsnitt 38.

EMK skal leses som helhet, og at enhver tolkning skal fremme bestemmelsenes indre sammenheng.¹⁷ EMD har uttalt at begreper brukt flere steder i EMK, skal tolkes autonomt.¹⁸ Dette innebærer at begrepene i konvensjonen skal tolkes likt uavhengig av hvilken artikkel begrepet blir brukt i. Den fortolkningen som best harmonerer med de andre bestemmelsene i konvensjonen, er den som skal brukes.

Selv om ordlyden i artiklene nedfelt i EMK er viktig, er det vanskelig å anvende artiklene på enkeltsaker fordi de er av generell karakter. Derfor er det nødvendig å undersøke hvordan EMD har fortolket og utviklet konvensjonen for å finne innholdet av rettsregelen nedfelt i de forskjellige artiklene.¹⁹ Hver enkelt dom er imidlertid kun bindende for aktørene i den konkrete saken. Dette innebærer at EMD ikke er formelt bundet av sine tidligere dommer. Likevel uttalte daværende president av EMD, dommer Wildhaber, i en separat uttalelse i saken *Gerger mot Tyrkia*, at selv om han tidligere hadde stemt mot et likt resultat i en lignende sak, anså han seg nå som «bound to adopt the view of the majority of the Court.»²⁰ Derfor stemte han som flertallet i den første saken. Videre viser Mowbray i gjennomgangen av EMDs praksis at EMD krever gode grunner for å fravike en tidligere avgjørelse.²¹ Samlet viser dette at tidligere rettspraksis til en viss grad har en prejudikatsvirkning.

Dersom en dom kan se ut som om den fraviker en tidligere avgjørelse i en lignende sak, poengterer EMD ofte hva som skiller de to sakene. Et eksempel på dette er gjennomgangen av forskjellene mellom *Johansen mot Norge* og *Söderbäck mot Sverige* i sistnevnte dom hvor dommerne påpeker hvordan «the present case falls to be distinguished (...) in the following respects».²² Ved å presisere forskjellene på denne måten, viser EMD at det ikke dreier seg om et avvik fra den tidligere praksisen.

Som Kjølbro fremhever, er det først og fremst dommer EMD viser til når domstolen gjennomgår gjeldende prinsipper.²³ Dette innebærer at domstolens avgjørelser (decisions) ikke gis like stor vekt av EMD. Dette har innvirkning på hvor mye avgjørelsene skal vektlegges av nasjonale rettsanvendere. I denne oppgaven kommer jeg til å gjennomgå noen avgjørelser, men de vil ikke bli tillagt like mye vekt som dommene i min vurdering.

¹⁷ Kjølbro (2010) s. 22.

¹⁸ *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 40.

¹⁹ Kjølbro (2010) s. 17.

²⁰ *Gerger mot Tyrkia* s. 30.

²¹ Mowbray (2009) s. 183.

²² *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 31.

²³ Kjølbro (2010) s. 19.

For å sikre at rettighetene i konvensjonen forblir praktiske og anvendbare, er EMDs fortolkning av rettighetene dynamisk. Et eksempel på dynamisk tolkning er hvordan EMD har utviklet begrepet «family life» i EMK art. 8 nr. 1. Ved å inkludere beskyttelse av stadig nye former for familieliv har EMD sikret rettighetene til alle typer familier (se del 3.1).

I denne oppgaven som omhandler EMDs praksis, blir det derfor viktig å se hvordan domstolen selv har forholdt seg til tidligere dommer og avgjørelser. Likeledes er det viktig å vurdere kravene som ble stilt for at en stat kunne bryte familiebandene – og i hvilken grad EMD eventuelt fraviker disse kravene.

1.3 Videre fremstilling av avhandlingen

Avhandlingen består av fem deler. I del 2 diskuterer jeg hvilke forpliktelser som følger av barnekonvensjonen og hva som vurderes å være til barnets beste i samværssaker. Grunnen til at jeg begynner med barnekonvensjonen, er at EMD bruker BK som en veileder når domstolen tar stilling til saker som berører barn.²⁴ Dette innebærer ikke at EMD har jurisdiksjon over barnekonvensjonen. Brudd på rettigheter som følger av BK, kan derfor ikke klages inn for EMD. EMD har imidlertid uttalt at «[t]he human rights of children and the standards to which all governments must aspire in realising these rights for all children are set out in the Convention on the Rights of the Child.»²⁵ Det er dermed nødvendig å undersøke hva som ligger i hensynet til barnets beste under BK fordi EMD bruker dette som et gjennomgående hensyn i saker om brudd på familiebandene.

Del 3 undersøker hvordan EMD bruker hensynet til barnets beste. Først ved å undersøke hvilke forpliktelser som følger EMK art. 8 nr 1 og 2 (henholdsvis punkt 3.1 og 3.2) og deretter å vurdere EMDs praksis og utgangspunkt i saker om barnets beste (punkt 3.3). Det fremgår av punkt 3.3 at EMD tradisjonelt har stilt krav til ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebandene. Innholdet av dette kravet undersøkes i del 4. I del 5 gjennomgås rettspraksis fra EMD for å undersøke hvorvidt det har skjedd en endring i hvilke krav som stilles for å bryte familiebandene slik samværsektelse kan føre til. I del 6 oppsummerer jeg funnene i avhandlingen og vurderer hvordan dette forholder seg til kritikken som fulgte av HR-2017-2015-A. I denne delen diskuterer jeg også hvilken betydning funnene har for fremtidig rettspraksis i Norge.

²⁴ Van Bueren (2007) s. 19.

²⁵ *Sahin mot Tyskland* avsnitt 39.

2 Barnets beste i samværssaker

2.1 Forpliktelser etter barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen ble vedtatt i 1989, og alle landene som har ratifisert EMK har også ratifisert BK. Som allerede nevnt kan ikke EMD dømme medlemsstatene for brudd på BK. Likevel bruker EMD BK som en rettesnor i spørsmål om barns rettigheter. Geraldine Van Bueren påpeker at siden

the European Convention is a living instrument and many of its rights are framed in identical terms as the Convention on the Rights of the Child, this creates jurisprudential space for the European Court of Human Rights to import a more dynamic interpretation, in line with the particular entitlements of children.²⁶

Dette innebærer at til tross for at EMD ikke har jurisdiksjon for å dømme medlemsstatene for brudd på BK, kan EMD benytte seg av sin dynamiske tolkning for å beskytte barns rettigheter. Barns sårbare stilling gjør nemlig at de har behov for ekstra beskyttelse. Van Bueren påpeker at EMDs bruk av BK som veileder har ført til at barns rettigheter har blitt styrket i Europa, men at dette ikke betyr at EMD er bundet av Barnekomiteens uttalelser.²⁷ EMD tolker og utvikler EMK, ikke barnekonvensjonen. Likevel fremhever Ursula Kilkelly at dersom EMD bruker barnekonvensjonen mer aktivt, vil dette få positive følger for barns rettsstilling. Det er fordi mange stater har gitt EMK status som lov, men ikke BK.²⁸ Dette kan bidra til å styrke barns rettigheter i landene som har ratifisert EMK. På bakgrunn av dette skal jeg nå vurdere hvilke forpliktelser som følger av Barnekonvensjonen i spørsmål rundt samværsrettigheter og brudd på familiebåndene ved samværsnektelse.

Det følger av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 at «in all actions concerning children (...) the best interests of the child shall be a primary consideration». En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen viser at hensynet til barnets beste alltid skal være et grunnleggende hensyn når avgjørelser eller handlinger som berører barnet skal tas. At det står «concerning children», innebærer at avgjørelsen ikke nødvendigvis må handle om barnet, det er kun påkrevd at det «berører» barnet (slik det følger av den norske oversettelsen). Spørsmål om samværsnektelse rammes utvilsomt av denne vide bestemmelsen. Kravet om at barnets beste skal være en «primary consideration» innebærer at det som utgangspunkt skal ha større vekt enn andre hensyn.

²⁶ Van Bueren (2007) s 19.

²⁷ Van Bueren (2007) s. 21.

²⁸ Kilkelly (2001b) s. 326.

Det er imidlertid vanskelig å gi en konkret definisjon av begrepet «best interests of the child» («barnets beste»). Barnekomiteen ga i 2013 ut Generell kommentar nr. 14 som retningslinje til hvordan art 3 nr. 1 skulle forstås. Kommentaren understreker at vurderingen må skje på en «case-by-case basis» samt at hensynet til barnets beste bør bli «adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs.»²⁹ Det må altså vurderes konkret i hver sak hva som er det enkelte barnets beste. Hvis det skal tas kollektive beslutninger som berører barn, må de berørte barnas interesser vurderes kollektivt. Dette er dermed både et spørsmål om hva som blir ansett for å være i barns interesser generelt (en normativ vurdering), men også en konkret vurdering av hva som er i det enkelte barnets interesse (et empirisk spørsmål).³⁰ Fordi samværsnektelse kan bryte båndene til den biologiske familien må det tas stilling til hvilke tiltak som vil være best for det konkrete barnet og dette må vektlegges tungt i vurderingen av tiltakene som skal gjennomføres.³¹

Det følger av barnekonvensjonen art. 9 nr. 3 at stater forplikter seg til å

respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen viser at barnet har rett til samvær med foreldrene bortsett fra hvis det ikke er til barnets beste. Ut fra dette følger det at utgangspunktet etter barnekonvensjonen er at barnet har rett til samvær etter omsorgsovertakelse. Barnekonvensjonens art. 20 nr. 3 fremhever dessuten nødvendigheten av å vurdere «continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.» En omsorgsovertakelse vil innebære et klart brudd i kontinuiteten i barnets oppvekstsvilkår. Å opprettholde kontakten med familien vil være en måte å sikre en kontinuitet i barnets liv på. Videre vil det være i barnets interesse å ha tilhørighet og å kjenne til sin bakgrunn.

Art 9 nr. 3 inneholder imidlertid ikke en absolutt rett til å ha kontakt med foreldrene. Staten er ikke forpliktet til å legge til rette for samvær hvis det ikke er til barnets beste. Men når vil det være til barnets beste å opprettholde kontakt, og når vil det være til barnets beste å bryte familiebandene? Dette undersøkes nærmere i neste del.

²⁹ CRC/C/GC/14 punkt 32.

³⁰ Haugli (2010) s. 82-83.

³¹ Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) foreslår å lovfeste retten til individuell vurdering av samvær med bakgrunn i en standardisert praksis heller enn en individuell vurdering. (2019) s. 171. Dette vil kunne styrke vekten hensynet til barnets beste gis i samværsaker.

2.2 Hva er barnets beste i samværssaker?

Som allerede forklart skal det i hver enkelt sak vurderes hva som er til barnets beste, og dette skal gis så mye vekt i saker om samvær at det ifølge Kirsten Sandberg skal «gå foran alle andre hensyn.»³² Men hva er til barnets beste ved omsorgsovertakelse? En omsorgsovertakelse innebærer at barnevernet tar over den daglige omsorgen for et barn og plasserer det i en fosterfamilie eller på en institusjon. Dette gjøres først etter en konkret vurdering som fører til en konklusjon om at det ikke er til barnets beste å forbli i familien lenger. Som oftest har barnevernet iverksatt en rekke hjelpetiltak før omsorgsovertakelsen for at barnet skal kunne forbli i familien. Bare dersom hjelpetiltakene ikke bedrer barnets situasjon, vil en omsorgsovertakelse være aktuelt. Med dette som utgangspunkt må det vurderes hva som er til barnets beste med hensyn til hvor mye kontakt barnet skal ha med foreldrene og hvordan denne kontakten skal gjennomføres.

Utgangspunktet etter både EMDs praksis og norsk lovgivning er at det er til barnets beste å ha samvær med foreldrene etter omsorgsovertakelse for å opprettholde familiebandene.³³ Det skal derfor sterke grunner for å bryte kontakten mellom foreldre og barn.³⁴ Det er altså inngrep i samværsretten som må begrunnes.³⁵ Bakgrunnen for at samvær er til barnets beste er ifølge Trude Haugli og Toril Havik at samvær kan gi en følelse av kontinuitet når alt annet rundt barna er nytt og ukjent. De påpeker imidlertid også at samvær kan føre til at barnet ikke kommer seg ordentlig ut av en vanskelig tilværelse.³⁶ Forholdene som gjorde omsorgsovertakelsen nødvendig, vil nemlig ofte prege samværssituasjonene i etterkant.³⁷

Barnets beste i samværssaker er dermed todelt: På den ene siden er det til barnets beste å ha samvær, på den andre siden har barn behov for å vokse opp i trygge omgivelser.³⁸ Dette viser behovet for individuell tilrettelegging av samvær og samværshyppighet ut fra hver enkelt barns utvikling og kapasitet.³⁹ Som Sørensen påpeker, blir vurderingen EMD foretar dermed en «avveining mellom foreldre (og barns) interesse *av* at familien gjenforenes på den ene siden og hensynet til å beskytte barnets helse og utvikling på den andre.»⁴⁰ Det er imidlertid vanskelig å vurdere hvor man skal trekke grensen mellom barnets rett til samvær og barnets rett til

³² Sandberg (2018) s. 266.

³³ Stang (2018) s. 57.

³⁴ Haugli (2010) s. 84.

³⁵ Haugli (2010) s. 30.

³⁶ Haugli (2010) s. 83.

³⁷ Stang (2018) s. 86.

³⁸ Scott (2016) s. 73.

³⁹ Koch (2005) s. 24.

⁴⁰ Sørensen (2016) s. 350. (Forfatterens egen bruk av kursiv).

beskyttelse mot skadelig samvær. Som Sandberg påpeker: «[s]kjønnsmarginen er, og bør være, vid.»⁴¹

Det er dermed en sammensatt vurdering hva som til enhver tid er til barnets beste. Vurderingen av samværsspørsmålet må ta høyde for hva som er til barnets beste på vurderingstidspunktet og i fremtiden.⁴² Siden barnets beste vil endre seg over tid, er det nødvendig at nasjonale myndigheter regelmessig revurderer spørsmålet og tilpasser samværshyppigheten til det som er til barnets beste. Spørsmål om samværsrettigheter og brudd på familiebandene faller inn under bestemmelsen inntatt i EMK art. 8 som skal undersøkes nærmere i neste del.

3 EMK art. 8 og barnets beste

3.1 EMK art. 8 nr. 1 og samværsspørsmål

Den relevante delen av EMK art. 8 nr. 1 for spørsmål om samvær lyder: «Everyone has the right to respect for his private and family life». En naturlig språklig fortolkning av ordet «everyone» viser til at det er en rettighet alle mennesker har, også barn, uten at det nevnes spesielt i konvensjonen.

En naturlig språklig forståelse av «respect for» er at staten må vise aktelse for å gripe inn i familier. Dette innebærer at staten ikke kan intervensjonere i familier uten grunn. Hovedformålet til art. 8 er å beskytte individet mot vilkårlige inngrep fra nasjonale myndigheter. Dette omtales som den negative plikten staten har til å verne om familielivet. Men, som det blant annet fremgår av *Gnashoré mot Frankrike*, ligger det også i «respect for» en positiv plikt for staten til å beskytte familielivet. Etter en omsorgsovertagelse innebærer dette at nasjonale myndigheter må «act in a manner calculated to enable that tie to be developed and take measures that will enable parent and child to be reunited».⁴³ EMD pålegger dermed staten en plikt til å gjennomføre tiltak for at båndet mellom foreldre og barn («that tie») skal styrkes.

Begrepet «family life» peker på at det ikke kun dreier seg om biologiske familier, men at artikkelen også beskytter situasjoner hvor det har oppstått tilknytning slik at det kan kalles familieliv. Dette er et begrep EMD har tolket dynamisk. Art. 8 beskytter derfor også moderne former for familier. I april 2019 godtok for eksempel EMD i *V. D. mfl. mot Russland* at det forelå familieliv mellom en verge og barnet hun hadde tatt seg av i ni år.⁴⁴ Familieliv dekker dermed også situasjoner hvor det ikke er biologisk tilknytning. For at svak biologisk tilknytning

⁴¹ Stang (2018) s. 59.

⁴² BLD (2019) s. 165.

⁴³ *Gnashoré mot Frankrike* avsnitt 51.

⁴⁴ *V. D. mfl. mot Russland* avsnitt 92.

skal anerkjennes som familieliv av EMD, påpeker Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) at de sosiale båndene må være desto sterkere.⁴⁵ Denne oppgaven skal undersøke hvor beskyttelsesverdige svake sosiale bånd mellom biologiske familiemedlemmer anses å være av EMD.

Det følger av EMDs praksis at familielivet og vernet av dette ikke opphører etter en omsorgsovertakelse.⁴⁶ Utgangspunktet til EMD er at enhver omsorgsovertakelse er midlertidig og at staten plikter å iverksette tiltak for å gjenforene familien. På denne måten vil enhver handling som ikke bringer familien nærmere hverandre, potensielt være et brudd på art. 8 nr. 1.⁴⁷ Myndighetenes plikt til å jobbe for å gjenforene familier vil øke etterhvert som tiden går ettersom det over tid vil bli vanskeligere for barn og foreldre å finne tilbake til hverandre.⁴⁸ Bakgrunnen for EMDs strenge vurdering av samværsrestriksjoner er at en forlenget periode med lite kontakt med foreldrene vil føre til at muligheten for gjenforening med dem progressivt blir mindre og til slutt blir helt borte.⁴⁹ Tilknytningen barnet har til fosterfamilien vil nemlig over tid bli sterkere enn tilknytningen til den biologiske familien dersom plasseringen er langvarig.

Tiltak som bryter familiebandene, som for eksempel samværsnektelse, går mot utgangspunktet om gjenforening og midlertidighet. Derfor krever EMD at det foreligger ekstraordinære omstendigheter for at tiltak som bryter familieband kan anses som nødvendige.⁵⁰ Hva dette kravet består av diskuteres nærmere i del 5.

I saker som omhandler samværsbegrensninger etter omsorgsovertakelse, vil det alltid foreligge et inngrep i art. 8 nr. 1.⁵¹ Når EMD har vurdert at et familieliv eksisterer og det dermed er beskyttet etter art. 8 nr. 1, går EMD videre til å vurdere om inngrepet i familielivet er lovlig jf. art. 8 nr. 2, unntaksbestemmelsen til art. 8 nr. 1. Denne bestemmelsen diskuteres nærmere i neste avsnitt.

3.2 EMK art. 8 nr. 2 og samværsspørsmål

Art. 8 nr. 1 inneholder ikke en absolutt rett til beskyttelse av individers familieliv. EMK godtar inngrep i rettighetene som følger av første ledd så lenge de er i tråd med unntaksbestemmelsen i andre ledd. De relevante punktene av art. 8 nr. 2 lyder «there shall be no interference by a

⁴⁵ BLD (2019) s. 162.

⁴⁶ Kilkelly (1999) s. 263 og Loftsgaard (2003) s 75.

⁴⁷ Stang (2018) s. 84.

⁴⁸ Lindboe (2003).

⁴⁹ Riba (2010) s. 20.

⁵⁰ Kilkelly (1999) s. 189.

⁵¹ Loftsgaard (2003) s. 75.

public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society». En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen viser at staten ikke skal gripe inn i familie- eller privatlivet bortsett fra hvis det er hjemmel i en lov for inngrepet og det er nødvendig i et demokratisk samfunn. Hvordan dette forholder seg til spørsmål om samværsnektelse fremstår ikke som klart, men EMD har utviklet en metode for hvordan domstolen vurderer dette.

For at et inngrep i rettighetene som følger av art. 8 nr. 1 skal være rettmessig, må inngrepet oppfylle alle kriteriene i art. 8 nr. 2. EMD har konsekvent godtatt at ethvert tiltak som krenker familielivet, vil være et inngrep etter art. 8.⁵² Det følger dermed at alle tiltak som griper inn i familielivet, må være lovlige og nødvendige i et demokratisk samfunn.

Når EMD vurderer hvorvidt et inngrep er «in accordance with the law», peker domstolen på at dette innebærer at tiltaket må ha «some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, that is to say be accessible, foreseeable and accompanied by necessary procedural safeguards affording adequate legal protection against arbitrary application of the relevant legal provisions».⁵³ I *Beghal mot Storbritannia* utdyper EMD kravet om klarhet og forutsigbarhet slik at hjemmelen må være skrevet «with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct».⁵⁴ EMD stiller dermed krav til at en hjemmel som skal tillate inngrep i familieliv, må være klar og tilgjengelig for allmennheten slik at familier kan forutse rettsstillingen sin. Hvis hjemmelen ikke tilfredsstiller dette kravet er det vanskelig å beskytte seg mot vilkårlige inngrep fra offentlige myndigheter.

Når det gjelder spørsmål om omsorgsovertakelser, stiller ikke EMD krav til at alle situasjoner hvor inngrep er nødvendig, skal listes opp i loven.⁵⁵ En slik uttømmende liste over situasjoner, ville medføre en fare for at barn med behov for beskyttelse falt utenfor. Hvis barna befant seg i situasjoner som ikke var omfattet av listen, ville de jo ikke være beskyttet. Det fremgår imidlertid av *Olsson mot Sverige* at det i art. 8 nr. 2 kreves at avgjørelsene kan overprøves av høyere instanser og klages inn til domstolene.⁵⁶ Dette gir en ekstra beskyttelse mot vilkårlige inngrep. Foreldre som mister omsorgen for barna sine etter en skjønnsmessig vurdering, kan således klage avgjørelsen inn for et høyere organ med myndighet til å vurdere rettmessigheten i inngrepet.

⁵² Kilkelly (1999) s. 199.

⁵³ Se for eksempel *Surikov mot Ukraina* avsnitt 71.

⁵⁴ *Beghal mot Storbritannia* avsnitt 87.

⁵⁵ *Olsson mot Sverige* avsnitt 62.

⁵⁶ *Olsson mot Sverige* avsnitt 62.

Etter å ha vurdert om inngrepet var lovlig, tar EMD stilling til om det hadde et legitimt mål. Dette gjøres ofte kortfattet. For eksempel uttalte EMD i *Dolhamre mot Sverige* at «the Court finds no reason to doubt that these measures were intended to protect “health and morals” and the “rights and freedoms” of the children».⁵⁷ Hvorvidt et inngrep var nødvendig i et demokratisk samfunn, er den vurderingen som oftest problematiseres av EMD.⁵⁸ Når inngrepet må være «nødvendig», betyr det at det må «correspond[] to a pressing social need, and, in particular, is proportionate to the legitimate aim pursued».⁵⁹ Denne proporsjonalitetsvurderingen skal kort introduseres i neste punkt.

3.2.1 Proporsjonalitetsvurderingen

At et inngrep må være proporsjonalt kommer av at retten til familieliv ikke er absolutt, og at individers rett på dette området må veies opp mot andre offentlige interesser. EMD vurderer hvorvidt grunnene nasjonalstaten oppgir for å rettferdiggjøre tiltakene er «relevant and sufficient».⁶⁰ Dette omtaler Yukata Arai-Takahashi som «tilstrekkelighetsprøven» («the sufficiency test») og fremhever at denne testen krever en nøye analyse av forskjellige faktorer som inkluderer «the nature, severity and effects of obstructing measures in tandem with any expected harm to the rights of a citizen».⁶¹ Jo mer inngripende og jo større effekt tiltakene har på familielivet, dess sterkere grunner må foreligge for at inngripenen skal være i tråd med art. 8.⁶² Når det gjelder begrensninger i samvær og kommunikasjon, må disse vurderes i lys av proporsjonalitetsprinsippet: Hensynene for å begrense samvær må dermed være relevante og tilstrekkelige for at EMD skal anse dem for å være i tråd med art. 8. Spesielt stor vekt legges det ifølge Ursula Kilkelly på forholdsmessigheten mellom begrensningene og behovet for begrensningene.⁶³

Hvor strengt proporsjonalitetsprinsippet blir anvendt korresponderer med hvor bred den nasjonale skjønnsmarginen er.⁶⁴ Hva den nasjonale skjønnsmarginen er, vurderes i neste punkt.

3.2.2 Den nasjonale skjønnsmarginen.

Den nasjonale skjønnsmarginen er den fleksibiliteten EMD gir en stat til å evaluere faktiske situasjoner og til å tilpasse bestemmelsene nedfelt i EMK til nasjonale forhold.⁶⁵ Den er et

⁵⁷ *Dolhamre mot Sverige* avsnitt 109.

⁵⁸ Kilkelly (1999) s. 203.

⁵⁹ Se for eksempel *Jansen mot Norge* avsnitt 89 og en lignende uttalelse i *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 143.

⁶⁰ Se for eksempel *Dolhamre mot Sverige* avsnitt 110.

⁶¹ Arai-Takahashi (2002) s. 63.

⁶² Kilkelly (1999) s. 203.

⁶³ Kilkelly (2001) s. 54.

⁶⁴ Arai-Takahashi (2002) s. 204.

⁶⁵ Arai-Takahashi (2002) s. 2.

utslag av at de nasjonale myndighetene står nærmest til å vurdere de faktiske omstendighetene og har primæransvaret for gjennomføringen av konvensjonen; EMDs kontroll av denne gjennomføringen skal kun være subsidiær.⁶⁶ Arai-Takahashi argumenterer for at det er mulig å se på forholdsmessighetsprinsippet som en annen side av den nasjonale skjønnsmarginen. Han mener at hvor strengt forholdsmessighetsprinsippet blir anvendt, har innvirkning på hvor bred den nasjonale skjønnsmarginen er. Jo strengere anvendelse, dess smalere blir den nasjonale skjønnsmarginen.⁶⁷

I saker hvor det er bred enighet mellom medlemsstatene om tiltak, vil den nasjonale skjønnsmarginen være smal fordi det vil være vanskelig å rettferdiggjøre at normen ikke ble fulgt.⁶⁸ Dersom det ikke foreligger bred enighet, vil imidlertid statens skjønnsmargin være bredere. Kritikere av EMDs bruk av den nasjonale skjønnsmarginen har påpekt at det aldri fremgår helt klart hvor bred skjønnsmarginen er i den enkelte saken fordi skjønnsmarginen ikke er standardisert eller systematisert på noen måte. Det er heller ingen standard for hva en stat til enhver tid må gjøre for å oppfylle kravene EMD setter.⁶⁹

I barnevernssaker er det ikke bred enighet blant medlemsstatene.⁷⁰ EMD trekker selv frem dette ved å vise til at den tar hensyn til «the fact that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another, depending on such factors as traditions relating to the role of the family and to State intervention in family affairs.»⁷¹ Videre viser EMD i en rekke saker til at «national authorities (...) often have the benefit of direct contact with the persons concerned».⁷² Jeg tolker EMD dithen at de nasjonale myndighetene har et klarere bilde av situasjonen enn det som fremgår av behandlingsprosessen for Den europeiske menneskerettsdomstolen. Dette har innvirkning på den nasjonale skjønnsmarginen som gis til medlemsstatene på dette feltet, og innebærer en stor skjønnsmargin når det kommer til «the accuracy required from legislation; (...) the procedural requirements leading to the making of a decision, and (...) the very assessment of the necessity for interference».⁷³ På denne måten tar EMD hensyn til de forskjellige landenes syn på når en omsorgsovertakelse er riktig og ikke.⁷⁴ Menneskerettsdomstolen har derfor vært tilbakeholden

⁶⁶ Sørensen (2014) s. 348-349.

⁶⁷ Arai-Takahashi (2002) s. 14.

⁶⁸ EMD (2018) avsnitt 226.

⁶⁹ Se for eksempel Kratchovil (2011) s. 330.

⁷⁰ Kilkelly (2001) s. 32-33.

⁷¹ *Kutzner mot Tyskland* avsnitt 66.

⁷² *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 138.

⁷³ Riba (2010) s. 15.

⁷⁴ Loftsgaard (2003) s. 81.

med å kritisere nasjonalstater som har grepet inn i familier på grunn av behovet for å beskytte barn.⁷⁵ EMD poengterer imidlertid selv at dette er et område «in which there is an even greater call than usual for protection against arbitrary interferences».⁷⁶

Siden behovet for beskyttelse er ekstra stort i saker som disse, samtidig som den nasjonale skjønnsmarginen er vid, har EMD innfortolket i art. 8 et krav om at foreldrene må ha mulighet til å delta i avgjørelsesprosessen. Foreldrene må ha tilgang til prosessen for å kunne beskytte interessene sine, «if they have not, there will have been a failure to respect their family life.»⁷⁷ Videre legger EMD stor vekt på at tidsbruken til de nasjonale myndighetene i disse sakene fordi lang tidsbruk føre til en «*de facto* determination of the matter.»⁷⁸ Hvis ikke den prosessuelle beskyttelsen var god nok for foreldrene, innebærer dette at en stat kan dømmes for brudd på art. 8 til tross for at selve omsorgsovertakelsen ikke utgjorde et brudd på klagerens rett til familieliv.⁷⁹

Den nasjonale skjønnsmarginen varierer også med hvor alvorlig et inngrep er. Som det fremkommer av følgende uttalelse fra EMD i dommen *Wunderlich mot Tyskland*, vil skjønnsmarginen

vary in the light of the nature of the issues and the seriousness of the interests at stake, such as on the one hand, the importance of protecting a child in a situation which is assessed as seriously threatening his or her health or development and, on the other hand, the aim to reunite the family as soon as circumstances permit.⁸⁰

Dette viser at den nasjonale skjønnsmarginen vil være bredere hvor det ikke er alvorlige interesser på spill. Når det kommer til beskyttelse av barn, fremgår det av dette sitatet at ved alvorlige trusler mot barns helse eller utvikling vil den nasjonale skjønnsmarginen være liten.

EMD har videre i en rekke dommer uttalt at selv om statene gis en bred skjønnsmargin i saker om omsorgsovertakelse, er det behov for en «stricter scrutiny (...) of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights and access.»⁸¹ Ved omsorgsovertakelse vil, som allerede nevnt, barn stort sett ha godt av samvær med foreldrene.

⁷⁵ Scott (2016) s. 71.

⁷⁶ Scott (2016) s. 71 og *N. P mot Moldova* avsnitt 67.

⁷⁷ *P., C. og S. mot Storbritannia* avsnitt 119.

⁷⁸ EMD (2018) avsnitt 33.

⁷⁹ Se for eksempel *P., C. og S. mot Storbritannia* (nærmere beskrevet i punkt 5.3.2)

⁸⁰ *Wunderlich mot Tyskland* avsnitt 47.

⁸¹ Uttales av EMD i en rekke dommer for eksempel *Kutzner mot Tyskland* avsnitt 67, *Görgülü mot Tyskland* avsnitt 42 og *R. og H. mot Storbritannia* avsnitt 81.

Begrensninger på samvær vil kunne føre til at forholdet mellom foreldre og barn blir særlig svakt. Skjønnsmarginen vil i samværsspørsmål derfor være «snevrere og prøvingsintensiteten til EMD større fordi slike begrensninger kan forhindre en realisering av det overordnede målet med en omsorgsovertakelse, som er gjenforening av barn og foreldre.»⁸² Dermed vil EMD vurdere begrensninger i samværsretten, som denne oppgaven handler om, ekstra nøye. Ved denne vurderingen legger EMD stor vekt på hensynet til barnets beste. Hvordan EMD gjør dette, skal undersøkes i neste del.

3.3 EMDs bruk av art. 8 i samsvar med hensynet til barnets beste

Selv om barn ikke er nevnt i EMK, er det klart at også deres rettigheter er beskyttet av konvensjonen. Utgangspunktet til EMD er at omsorgsovertakelser «should be regarded as a temporary measure to be discontinued as circumstances permit, and any measures implementing such care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parent and child.»⁸³ EMDs vurderinger når det gjelder barnets beste og samværsrestriksjoner er dermed preget av at den tar utgangspunkt i at omsorgsovertakelser skal være midlertidige. Alle tiltak som gjennomføres skal ha som mål å gjenopprette familiebandet. Derfor godtok EMD i *V. D. mfl. mot Russland* at en gutt ble gjenforent med sine biologiske foreldre til tross for at kontakt dem imellom først hadde blitt opprettet året før, at han hadde bodd hos vergen sin i ni år og at hun var hans *de facto* familie.⁸⁴ Dette viser hvor sterkt det biologiske prinsippet står i praksis. Sandberg påpeker imidlertid at “for barnet kan andre momenter tilsi at gjenforening ikke vil være den beste løsningen. Hvis gjenforeningskravet likevel slår igjennom i en slik situasjon, skjer det på tvers av barnets beste.”⁸⁵

Det er altså som oftest til barnets beste å opprettholde kontakten med foreldrene sine. I situasjoner hvor foreldrene har vært særlig uegnede («particularly unfit») vil samvær imidlertid være uforenlig med barnets beste.⁸⁶ Det følger av EMDs praksis at art. 8 inneholder et krav til nasjonale myndigheter om å «strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, primary importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents».⁸⁷ EMD viser dermed at barnets beste skal veie tyngst. Det må imidlertid være

⁸² Stang (2018) s. 86-87.

⁸³ *Ageyevy mot Russland* avsnitt 143. Se også for eksempel *E. P. mot Italia* avsnitt 64, *Kuimov mot Russland* avsnitt 96 og *Jovanovic mot Sverige* avsnitt 77.

⁸⁴ *V. D. mfl. mot Russland* avsnitt 92, 114 og 117.

⁸⁵ Sandberg (2005) punkt 3.2.

⁸⁶ Kilkelly (1999) s. 276.

⁸⁷ *Khusnutdinov og X mot Russland* avsnitt 79.

særlig sterke grunner for at en bestemmelse som nekter eller begrenser samvær mellom foreldre og barn skal være proporsjonal.⁸⁸

Ettersom enhver omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal være midlertidig, presiserer EMD at samværsrestriksjoner «cannot as a rule, be regarded as permanent and should generally be reviewed at regular intervals, unless the review would in itself seriously affect the child's welfare.»⁸⁹ EMD har dermed pålagt statlige myndigheter en plikt til å revurdere situasjonen regelmessig. Videre uttaler EMD at «the seriousness of measures which separate parent and child requires that they should not last any longer than necessary for the pursuit of the child's rights and that the State should take measures to rehabilitate the child and parent, where possible».⁹⁰ EMD krever således at nasjonale myndigheter vurderer om det er mulig å returnere barnet til de biologiske foreldrene. Hvis det lar seg gjøre, skal returen gjennomføres så fort som mulig.

Karl Harald Søvig argumenterer for at EMDs vektlegging av gjenoppbyggende tiltak kan føre til at barn blir flyttet frem og tilbake mellom foreldrene og forskjellige fosterhjem. Gjenoppbyggende tiltak vil være ethvert tiltak som er rettet mot å gjenforene foreldre og barn. Dette, mener han, står i sterk kontrast til barns behov for stabile forhold og dermed også til hva som er til barnets beste. Dette til tross for at EMD vektlegger hensynet til barnets beste tungt.⁹¹ Barns behov for stabilitet og trygghet innebærer dessuten at det vil være i deres interesse å få tilhørighet til der de bor. Det vil være i direkte motstrid med foreldrenes interesser.⁹² Når EMD tar utgangspunkt i -og sterkt understreker- at barn og foreldre skal gjenforenes, kan det være fare for at dette blir vektlagt så sterkt at det går på bekostning av hensynet til barnets beste.

EMD har gjentatte ganger vist til at det at barnet vil bli plassert i et «more beneficial environment» i seg selv ikke er nok til å rettferdiggjøre en omsorgsovertakelse mot foreldrenes vilje. «[T]here must exist other circumstances pointing to the «necessity» for such an interference with the parents' right under Article 8 of the Convention to enjoy a family life with their child».⁹³ Dette viser at EMD legger stor vekt på biologi. Det må derfor foreligge andre grunner enn for eksempel at foreldrene er fattige for at omsorgsovertakelsen blir sett på som nødvendig.

⁸⁸ Kil Kelly (1999) s. 276.

⁸⁹ *Buchleither mot Tyskland* avsnitt 49.

⁹⁰ *Wunderlich mot Tyskland* avsnitt 55.

⁹¹ Søvig (2018) s. 140.

⁹² Riba (2010) s. 25.

⁹³ *S. H. mot Italia* avsnitt 56.

En konstatering av brudd på familielivet fører ikke automatisk til at et barn blir tilbakeført eller at samvær gjenopprettes. EMD tar stilling til om et vedtak innebar et brudd på EMK på vedtakstidspunktet. Som Stang påpeker, er det opp til de nasjonale myndighetene å vurdere hva som er til barnets beste etter at dommen i EMD har falt.⁹⁴ Dette medfører at til tross for en seier i Strasbourg, kan foreldrene bli nektet samvær med barnet sitt fordi det ikke lenger vil være til barnets beste å ha kontakt med dem.

EMDs utgangspunkt er altså at alle omsorgsovertagelser skal være av midlertidig karakter. På denne bakgrunn har retten fremhevet at ethvert tiltak som ikke vil være i samsvar med målet om gjenforening «kan bare anvendes under ekstraordinære omstendigheter og bare rettferdiggjøres hvis de er begrunnet i et dominerende hensyn til barnets beste».⁹⁵ Dette innebærer at EMD først må foreta en vurdering av om det foreligger ekstraordinære omstendigheter, deretter må EMD vurdere hvorvidt det er til det enkelte barnets beste å bryte familiebandene. Det er dermed nødvendig å undersøke hva som ligger i kravet til ekstraordinære omstendigheter («exceptional circumstances»).

4 Kravet om ekstraordinære omstendigheter

Tiltak som bryter kontakten mellom foreldre og barn, er blant de mest inngripende barnevernet kan foreta. Selv i sakene der foreldreansvaret fortsatt ligger hos de biologiske foreldrene, foreligger det i praksis ingen bånd mellom familiemedlemmene dersom de ikke har noe samvær. Det er nemlig slik at samvær er en forutsetning for gjenforening mellom familiemedlemmene.⁹⁶

På bakgrunn av dette krever EMD at slike tiltak «could only be applied in exceptional circumstances and could only be justified by the overriding requirement pertaining to the child's best interests».⁹⁷ EMDs bruk av ordet «and» viser til at det er to kumulative vilkår som må oppfylles. I noen dommer feilsiterer EMD imidlertid tilsynelatende seg selv og oppstiller det som to alternative vilkår ved å bruke «or», til tross for at det vises til *Johansen mot Norge* hvor det var kumulative vilkår.⁹⁸ Det blir imidlertid ikke brukt som alternative vilkår, og i den nyeste praksisen fra EMK, står det igjen «and».⁹⁹ Det vil derfor bli behandlet som kumulative vilkår i denne oppgaven.

⁹⁴ Stang (2018) s. 87.

⁹⁵ Sandberg (2018) s. 266.

⁹⁶ Lindboe, (2003) under avsnittet om samvær.

⁹⁷ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁹⁸ Se *P., C. og S mot Storbritannia* avsnitt 118, *H. K. mot Finland* 110. I *S. H. mot Italia* avsnitt 40 bruker EMD en litt annen formulering, men oppstiller det som alternative vilkår.

⁹⁹ Se for eksempel *S. J. P. og E. S. mot Sverige* avsnitt 112 og *S. S. mot Slovenia* avsnitt 86

En naturlig språklig forståelse av «exceptional» viser at det kun er i unntakssituasjoner at slike tiltak vil kunne godtas av EMD. «Exceptional», som i norsk juridisk teori har blitt oversatt til «ekstraordinær», viser at det skal mye til for at EMD aksepterer et brudd i forholdet mellom barn og foreldre. Norsk Høyesterett har konstatert at vilkåret «sterke og spesielle grunner» er i samsvar med EMDs krav om «exceptional circumstances».¹⁰⁰ Ifølge Geraldine Van Bueren er det bare dersom ingen alternative tiltak kan beskytte barnets interesser at et brudd i samværsrettigheter er berettiget.¹⁰¹ Hvis tiltakene kun skal være midlertidige, vil det imidlertid ikke være et krav om ekstraordinære omstendigheter.¹⁰² Som Sørensen påpeker er det «vanskelig å gi en uttømmende beskrivelse av det normative innhold i kriteriet ‘exceptional circumstances’. Generelt innebærer det et krav om at de positive sidene ved å ha kontakt med foreldrene ikke gjør seg gjeldende.»¹⁰³ Stang fremhever at det vil være en presumsjon for at sterke og spesielle grunner foreligger dersom det er risiko for skade på barnets liv, helse eller utvikling ved samvær med foreldrene.¹⁰⁴ På bakgrunn av dette vil hensynet til barnets beste tilsi at samvær begrenses eller nektes helt i slike tilfeller. «Det er hensynet til barnet som vil *utgjøre* de sterke og spesielle grunnene for å nekte eller begrense samværet.»¹⁰⁵

I en rekke dommer etter at *Gnahoré mot Frankrike* ble avsagt i 2001 har EMD vist til at det må foreligge «very exceptional circumstances»¹⁰⁶ eller «circonstances tout à fait exceptionnelles»¹⁰⁷ for at tiltak som kutter familiebandene skal anses for å være nødvendige. Dette trekkes også frem i EMDs tolkningsuttalelse til art. 8.¹⁰⁸ En gjennomgang av rettspraksis viser imidlertid en påfallende rotete tilnærming til dette kravet. Det fremstår ikke som klart hvorvidt «very exceptional circumstances» utgjør et skjerpet krav, eller ikke.

Det er to alternative måter å tolke «very exceptional» på. Den første er at «exceptional» er et forhøyet krav hvor å legge til «very» ikke forhøyer kravet ytterligere. Den andre er at «very exceptional» ligger en trinnhøyde over «exceptional» slik at det er to forskjellige standarder. Til tross for at det tilsynelatende er den siste tolkningen EMD selv legger til grunn, benytter

¹⁰⁰ Rt 2014-976 avsnitt 36.

¹⁰¹ Van Bueren (2007) s. 135.

¹⁰² Stang (2018) s. 68.

¹⁰³ Sørensen (2016) s. 355.

¹⁰⁴ Stang (2018) s. 65.

¹⁰⁵ Stang (2018) s. 66 (forfatterens bruk av kursiv).

¹⁰⁶ Se for eksempel *Nowakowski mot Polen* avsnitt 75, *R. og H. mot Storbritannia* avsnitt 73, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 76.

¹⁰⁷ Se for eksempel *Soares de Melo mot Portugal* avsnitt 93, *T. mot Tsjekkia* avsnitt 111 og *Amanalachioai mot Romania* avsnitt 80.

¹⁰⁸ EMD (2018) punkt 260.

domstolen ikke to forskjellige standarder i drøftelsen av de konkrete sakene. For eksempel stilte EMD i *Mohamed Hasan mot Norge* krav om at det måtte være «very exceptional circumstances» for å godta brudd på familiebåndene, men i konklusjonen uttalte den at «the Court accepts that the circumstances were exceptional».¹⁰⁹ Det er overraskende at domstolen på denne måten oppstiller et krav, men vurderer situasjonen ut fra et annet. Denne sammenblanding tyder på at det likevel ikke er to forskjellige standarder som brukes.

Mindretallets vurdering i *Strand Lobben mfl. mot Norge* trekker i samme retning. Mindretallet fremhevet at det kreves «very exceptional circumstances»¹¹⁰ for å bryte familiebånd. I drøftelsen av den konkrete saken skriver de «the aforementioned exceptional circumstances»¹¹¹ som kan tolkes som at det vises tilbake til «very exceptional circumstances». Det burde vært gjort tydeligere dersom det er en egen standard. Deretter viste mindretallet til at flertallet har poengtert at det kreves «exceptional circumstances»¹¹² for å bryte familiebånd. Siden mindretallet ikke fremhever at det er et krav om «very exceptional circumstances» og at flertallet dermed har benyttet seg av feil standard, tyder det på at det ikke er to forskjellige standarder som benyttes av EMD. Jeg har ikke funnet en dom som belyser en forskjell mellom «ekstraordinære» og «veldig ekstraordinære» omstendigheter. For meg fremstår det som sterkt kritikkverdig av EMD at det ikke fremgår som klart hvilke krav som stilles. Det kan synes vilkårlig hvorvidt det kreves ekstraordinære eller veldig ekstraordinære omstendigheter. Med bakgrunn i den ovenstående sammenblanding, legges det i denne avhandlingen til grunn at EMD fortsatt stiller krav om ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebånd.

Det er vanskelig å gi en konkret oversikt over hva som vil utgjøre ekstraordinære omstendigheter. Det vil være avhengig av en vurdering av det enkelte barnets situasjon og hvorvidt barnet vil være skadelidende dersom samvær blir gjennomført. EMD viser i noen dommer til at klagerens barn ikke har blitt

subjected to violence or to physical or psychological ill-treatment (...) or to sexual abuse (...). The courts did not note any lack of emotional development (...), or any worrying health problems on the part of the child or psychological instability on the part of the parents.¹¹³

Dette kan tolkes som at vurderingen vil være en annen i slike situasjoner. I *R. M. S. mot Spania*, hvor slike faktorer ikke forelå, konkluderte EMD med at de spanske myndighetene hadde brutt

¹⁰⁹ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 147 og 163.

¹¹⁰ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 4.

¹¹¹ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 5.

¹¹² Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 16.

¹¹³ *R. M. S. mot Spania* avsnitt 84.

klagerens rett til familieliv ved å frata henne omsorgen for barnet sitt kun fordi hun var fattig.¹¹⁴ Sitatet kan dermed ses på som et eksempel fra EMDs egen praksis på hva som kan utgjøre eksepsjonelle omstendigheter, men det kan ikke anses for å være en uttømmende liste. I neste del skal det undersøkes hvorvidt EMD ved minimal tilknytning mellom foreldre og barn stiller lavere krav til omstendighetene rundt å nekte samvær.

5 En endring i EMDs praksis?

5.1 Innledning

Som vist krever EMD i utgangspunktet at for å bryte familieband må det foreligge ekstraordinære omstendigheter og være nødvendig ut fra hensynet til barnets beste. I denne delen skal jeg undersøke hvorvidt EMD ikke lenger krever ekstraordinære omstendigheter for å nekte samvær mellom barn og foreldre som har et svakt forhold. Trine Riiber og Audgunn Syse hevder at EMD har gått bort fra kravet om «særlige og sterke grunner i EMDs praksis ved svak tilknytning».¹¹⁵ De mener dermed at det ikke må foreligge ekstraordinære omstendigheter for å nekte samvær dersom kontakten mellom foreldre og barn er svak. Stang argumenterer også for at det er «tvilsomt om man kan utlede et krav fra EMDs praksis om sterke og spesielle grunner også i saker der det er liten eller ingen tilknytning».¹¹⁶ Hun får støtte av Sørensen som fremhever at dette kan ses på «som et utslag av forholdsmessighetsprinsippet. Når familiebandene er svake, er det heller ikke veldig inngripende å bryte dem. Man må da falle tilbake på en mer ordinær interesseavveining.»¹¹⁷

Flere av dommene som behandles i denne delen omhandler juridiske brudd på familieband (for eksempel tvangsadopsjon), ikke samværsnektelse. Siden samværsnektelse kan føre til brudd på familiebandene, blir det stilt samme krav for at samværsnektelse skal bli ansett for å være nødvendig. Det ser også ut til at et svakt forhold mellom foreldre og barn blir behandlet på samme måte uavhengig av om familiebandene kuttes juridisk eller kun ved samværsnektelse.

Juridisk teori baserer seg på dommen *Söderbäck mot Sverige (Söderbäck)* når det hevdes at EMD har åpnet for en endring i kravene domstolen stiller (se del 5.2). Derfor skal jeg først vurdere hva EMD kom frem til i den dommen. Ytterligere to dommer og en avgjørelse omhandler det samme spørsmålet som *Söderbäck* og blir også gjennomgått i del 5.2. I del 5.3 undersøkes dommene og avgjørelsen som viser til *Söderbäck* ved å si at en annen tilnærming enn å stille krav om ekstraordinære omstendigheter kan benyttes dersom det er et svakt forhold mellom foreldre og barn.

¹¹⁴ *R. M. S. mot Spania* avsnitt 92.

¹¹⁵ Riiber (2018) s. 97.

¹¹⁶ Stang (2018) s. 75.

¹¹⁷ Sørensen (2016) s. 355.

Høyesterett trakk frem to dommer i HR-2017-2015-A som bevis på at EMD ikke stilte andre krav for brudd på familiebandene selv om det var svak tilknytning mellom foreldre og barn. Disse dommene blir gjennomgått i punkt 5.4.2. I EMDs praksis etter 2017 viser domstolen ikke lenger til *Söderbäck mot Sverige*, men til *Aune mot Norge* for å vise hvor beskyttelsesverdig et forhold med svak tilknytning mellom foreldre og barn er. Disse dommene blir gjennomgått punkt 5.4.3.

5.2 Söderbäck-dommen og «Second-parent adoption» - en bredere skjønnsmargin

Spørsmålet for EMD i *Söderbäck mot Sverige* var hvorvidt det var et brudd på den biologiske farens, Söderbäcks, rett til familieliv at svenske myndigheter lot datteren bli adoptert av morens nye mann. Det fremgår av EMDs faktumbeskrivelse at Söderbäck hadde hatt veldig lite kontakt med datteren fra fødselen av.¹¹⁸ Morens nye mann var datterens psykologiske far siden hun så på ham som faren sin. De nasjonale domstolene dømte i favør av adopsjonen til tross for at det lokale barnevernet anbefalte at adopsjonen ikke burde bli godkjent.¹¹⁹

Som en del av proporsjonalitetsvurderingen vurderte EMD om inngrepet i Söderbäcks rett til familieliv jf. EMK art. 8 var nødvendig i et demokratisk samfunn. I denne vurderingen sammenlignet EMD situasjonen med faktum i *Johansen mot Norge* og fremhevet at det ikke var snakk om et brudd mellom en mor og et fosterhjemsbarn, men en biologisk far og et barn som bodde hos sin biologiske mor.¹²⁰ Videre hadde faren i dette tilfellet aldri hatt foreldreansvaret for barnet.¹²¹ Han hadde ikke hatt mye kontakt med barnet, og den interaksjonen de hadde hatt var begrenset.¹²² EMD konkluderte med at adopsjonen ikke var et brudd på Söderbäcks rett til familieliv.¹²³ Den godtok dermed den nasjonale domstolens vurdering av hva som var til barnets beste.

EMD vektla at klageren delvis var skyld i at han hadde hatt så lite kontakt med barnet. Videre la domstolen vekt på den *de facto* tilknytningen som hadde oppstått mellom barnet og adoptivfaren. EMD fremhevet i sin vurdering at de nasjonale myndighetene var bedre plassert til å kunne foreta en rettferdig balansering av de forskjellige hensynene. Dermed ble beslutningen om adopsjonen ansett for å være innenfor den nasjonale skjønnsmarginen i dette

¹¹⁸ *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 13.

¹¹⁹ *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 13-14.

¹²⁰ *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 31.

¹²¹ *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 31.

¹²² *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 32.

¹²³ *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 34.

tilfellet.¹²⁴ Dette var første gang EMD ikke stilte krav til ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebånd. Derfor ble denne dommen senere referert til som bevis for at EMD kan stille lavere krav for å bryte familiebånd i tilfeller hvor det er svak tilknytning mellom foreldre og barn. EMD ga de nasjonale myndighetene en bred skjønnsmargin i spørsmål om brudd i allerede svake forhold fordi disse bruddene ikke utgjorde så store inngrep i klagernes rett til familieliv.¹²⁵

Chepelev mot Russland og *Eski mot Østerrike* omhandlet også stefedres adopsjon av klagerens biologiske barn. Det fremgår av disse dommene at det var innenfor den nasjonale skjønnsmarginen å la et barn bli adoptert av en stefar uten den biologiske farens godkjenning (tvangsadoptert) dersom det reflekterte hensynet til barnets beste og en *de facto* familiesituasjon.¹²⁶ Videre ble fedrenes engasjement i barna trukket frem som et moment i vurderingen. Chepelev hadde ikke prøvd å se barnet sitt.¹²⁷ Eski hadde derimot prøvd mange ganger å se datteren sin, men moren hadde nektet ham det. Eski var altså ikke ansvarlig for den minimale kontakten han hadde med datteren sin på adopsjonstidspunktet. Dette vektla de dissenterende dommerne da de konkluderte at adopsjonen utgjorde et brudd på Eskis rett til familieliv.¹²⁸

I avgjørelsen *Kuijper mot Nederland* var kjønnsrollene snudd: En stemor hadde fått adoptere mannens datter. Tilknytningen mellom den biologiske moren og datteren var meget svak. Her uttalte EMD i begrunnelsen at den nederlandske domstolen ikke hadde gått utenfor den nasjonale skjønnsmarginen da de tillot adopsjonen og viste til *Söderbäck* i den forbindelse.¹²⁹ I dette tilfellet ble det tillagt betydelig vekt at barnet nesten var 18 år på adopsjonstidspunktet, og at hun hadde gitt klare signaler om at hun ønsket å bli adoptert av stemoren. Dette ble dermed ansett for å være til barnets beste. Barna i de andre sakene var mye yngre.

Ut fra disse dommene ser det ut til at EMD ikke krever ekstraordinære omstendigheter ved «second-parent» adopsjon dersom det har vært minimal kontakt mellom den biologiske forelderen og barnet, og barnet har knyttet *de facto* familiebånd til steforelderen. I slike saker lar EMD medlemsstatene få en bredere skjønnsmargin. Carmen Draghici påpeker at disse

¹²⁴ Arai-Takahashi (2002) s. 66.

¹²⁵ Sørensen (2016) s. 355.

¹²⁶ Draghici (2011) s. 17.

¹²⁷ *Chepelev mot Russland* avsnitt 28.

¹²⁸ Dissenting opinion *Eski mot Østerrike* avsnitt 4.

¹²⁹ *Kuijper mot Nederland* s. 14.

sakene viser at når biologiske foreldre ikke engasjerer seg tilstrekkelig i barna sine, frasier de seg i praksis sin rett til foreldrestatus.¹³⁰

Det som skiller disse sakene fra saker om samværsnektelse etter omsorgsovertakelse, er at barna bodde med en av sine biologiske foreldre. Det var dermed ikke et spørsmål om å bryte all kontakt med hele sitt biologiske opphav. Dette vektla også EMD i *Söderbäck mot Sverige*.¹³¹ At det var en anerkjennelse av eksisterende *de facto* familieband, ble i *Eski mot Østerrike* trukket frem som et viktig moment.¹³² Når de nasjonale myndighetene vurderte saken dithen at det var til barnets beste å anerkjenne den nye familiesituasjonen, godtok dermed EMD dette. I neste del skal det undersøkes hvordan EMD vurderer brudd på familieband når det ikke er et spørsmål om rettslig anerkjennelse av en *de facto* familiesituasjon som inkluderer en av de biologiske foreldrene.

5.3 Kravene som stilles kan være avhengig av forholdet mellom foreldre og barn

5.3.1 Tolkning av EMDs henvisning til *Söderbäck mot Sverige*

EMD viser til *Söderbäck* i tolv dommer (judgements) og fjorten avgjørelser (decisions). Det er kun seks av dommene og én av avgjørelsene som viser til *Söderbäck* som er aktuelle for avhandlingens problemstilling. De andre dommene og avgjørelsene som viser til *Söderbäck* refererer til dommen enten i forbindelse med at det uttales at de nasjonale myndighetene står nærmere situasjonen enn EMD¹³³, i forbindelse med vurderingen av hvorvidt det eksisterte et familieliv¹³⁴ eller i forbindelse med vurderingen av om et tiltak utgjorde et inngrep i familielivet.¹³⁵

I de seks dommene og den ene avgjørelsen som er av interesse for oppgaven, viser EMD til at for å bryte familieband, må det foreligge ekstraordinære omstendigheter og det må være nødvendig ut fra hensynet til barnets beste. Deretter uttaler EMD at «[t]hat approach, however,

¹³⁰ Draghici (2011) s. 18.

¹³¹ *Söderbäck mot Sverige* avsnitt 31.

¹³² *Eski mot Østerrike* avsnitt 39.

¹³³ Se *Buscemi mot Italia*, *Ticli og Mancuso mot Italia*, *Adani mot Italia*, *Tiemann mot Frankrike og Tyskland*, *Vivian mot Italia*, *Nekvedavicius mot Tyskland*, *Stober mot Tyskland*, *Bussmann mot Tyskland* og *Kleinert mot Tyskland*.

¹³⁴ Se *Emonet mfl. mot Sveits* og dissenting opinion av dommere Bianku og Kalaydjieva i *Senchishak mot Finland*. I begge disse foretas det en antitetisk tolkning ut fra *Söderbäck mot Sverige*. I *Söderbäck* forelå det ikke familieliv fordi faren aldri hadde bodd med barnet. Siden klager og barnet bodde sammen i de aktuelle sakene, taler dette for at det foreligger familieliv som bør beskyttes.

¹³⁵ Se *I og U mot Norge* og *G. H. B mot Storbritannia*. *I og U mot Norge* ble trukket frem av Oslo Kommune under HR-2015-2017, men henvisningen til *Söderbäck mot Sverige* omhandler ikke hvorvidt et svakt forhold mellom foreldre og barn er mindre beskyttelsesverdig og avgjørelsen blir derfor ikke behandlet ytterligere her.

may not apply in all contexts depending on the nature of the parent-child relationship (see *Söderbäck (...)*).¹³⁶

En naturlig språklig forståelse av «approach» (tilnærming) er at det pekes på en strategi for å løse et problem. Når avsnittet tolkes i sammenheng, blir det tydelig at «that approach» viser tilbake til at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter og være nødvendig ut fra hensynet til barnets beste. EMD omtaler dermed sin tidligere måte å løse spørsmål om samværsnektelser og brudd på familiebånd på som en tilnærming og åpner for at denne tilnærmingen «may not apply in all contexts». Til tross for at EMD åpner for å benytte seg av en annen tilnærming, stiller den fortsatt krav om at tiltaket må være til barnets beste. Etter den nye tilnærmingen er det imidlertid ikke et krav om at tiltaket må være nødvendig. I steforeldreadopsjonssakene var det til barnas beste at *de facto* familien ble anerkjent, men det var nok ikke nødvendig.

At EMD benytter ordet «may» innebærer at det ikke er automatikk i at et dårlig forhold mellom forelder og barn vil føre til at andre krav stilles. Det innebærer istedenfor at EMD og dermed nasjonale domstoler etter en skjønnsmessig vurdering kan stille andre krav til å bryte familiebåndene.

Den skjønnsmessige vurderingen må ta i betraktning «the nature of the parent-child relationship». Dette innebærer at alle sider av forholdet mellom foreldre og barn potensielt kan spille inn og gjøre at det ikke kreves ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebåndene. EMD gir imidlertid ingen klare signaler om hvor svakt forholdet må være, eller om det må være andre aspekter til stede for å fravike kravet om ekstraordinære omstendigheter. Det som imidlertid fremgår av henvisningen til *Söderbäck mot Sverige*, er at dersom tilknytningen er svak kan dette være av avgjørende betydning.

I vurderingene av dommene og avgjørelsen som følger skal jeg undersøke hvorvidt EMD har stilt andre krav til brudd på familiebåndene og i hvilke tilfeller den i så fall har gjort det.

5.3.2 P., C. og S. mot Storbritannia

P., C. og S. mot Storbritannia var den første dommen hvor EMD viste til *Söderbäck mot Sverige* som beskrevet i del 5.3.1.¹³⁷ P. og C. ble fratatt S. rett etter fødselen fordi de britiske myndighetene hadde bekymringer knyttet til morens (P.) historikk i USA. Der var hun blitt diagnostisert med Münchhausen by proxy og dømt for å ha påført det første barnet sitt, B.,

¹³⁶ *P., C. og S. mot Storbritannia* avsnitt 118. I *S. H. mot Italia* bruker EMD en litt annen formulering, men likevel med alternative vilkår se avsnitt 40. (...) indikerer her EMDs henvisninger til tidligere rettspraksis.)

¹³⁷ *P., C. og S. mot Storbritannia* avsnitt 118.

skader da han var liten. S. hadde dermed aldri bodd hos foreldrene. Selv om EMD åpnet for å bruke en annen tilnærming i gjennomgangen av gjeldende rett, ble det ikke nevnt igjen.¹³⁸ EMD vurderte istedenfor spørsmålet om hvorvidt adopsjonen utgjorde et brudd på EMK art. 8 ut fra morens manglende advokatbistand.¹³⁹ At de nasjonale myndighetene ikke hadde sikret henne en advokat i behandlingen av den komplekse saken utgjorde et brudd på de prosessuelle rettighetene hennes etter art. 8.¹⁴⁰ Hvorvidt bruddet på familieband hadde vært rettmessig dersom hun hadde hatt advokatbistand, drøftes ikke av EMD. Hensynet til barnets beste kom heller ikke inn som en del av vurderingen.

På grunn av at spørsmålet ble løst og diskutert ut fra morens prosessuelle rettigheter, er det ikke mulig å trekke noen lærdom fra dommen om når samvær kan nektes.

5.3.3 H. K. mot Finland

H. K. hadde hatt foreldreansvaret og omsorgen for datteren sin frem til han ble anklaget for å seksuelt misbruke henne.¹⁴¹ Etter anklagene ble han fratatt foreldreansvaret og datteren ble plassert i et fosterhjem ettersom moren ikke maktet å ha henne boende.¹⁴² Det ble innført restriksjoner på samvær mellom far og datter.¹⁴³ Faren bortførte datteren og holdt henne skjult i elleve måneder. Bortføringen førte til at samvær formelt ble nektet i nesten to år. Faren kunne imidlertid se datteren mens hun var til behandling hos psykolog, men gjorde aldri det.¹⁴⁴ Faren ble senere frikjent for anklagene om seksuelt misbruk.¹⁴⁵

EMD viste til *Söderbäck mot Sverige* og åpnet for at en annen tilnærming enn å stille krav om ekstraordinære omstendigheter kunne benyttes «depending on the nature of the parent-child relationship».¹⁴⁶ I denne saken var faren den som tok vare på datteren fra fødselen til hun ble fire år. Forholdet dem imellom var dermed av et annet slag enn for eksempel i *Söderbäck*.

Det manglet formelle avgjørelser ved flere av samværsrestriksjonene. Faren kunne dermed ikke angripe dem rettslig og dette utgjorde et brudd på de prosessuelle rettighetene innfortolket i art. 8. For samværsrestriksjonene som manglet formelle vedtak, konstaterte derfor EMD et

¹³⁸ *P., C. og S. mot Storbritannia* avsnitt 118.

¹³⁹ *P., C. og S. mot Storbritannia* avsnitt 136-137.

¹⁴⁰ Se del 3.2.2.

¹⁴¹ *H. K. mot Finland* avsnitt 8-9.

¹⁴² *H. K. mot Finland* avsnitt 20.

¹⁴³ *H. K. mot Finland* avsnitt 68 og 70.

¹⁴⁴ *H. K. mot Finland* avsnitt 71-73.

¹⁴⁵ *H. K. mot Finland* avsnitt 90.

¹⁴⁶ *H. K. mot Finland* avsnitt 110.

brudd på farens rett til familieliv. De andre samværsrestriksjonene ble imidlertid vurdert som rettmessige på grunn av bortføringsrisikoen, farens manglende samarbeid med myndighetene og mistankene om seksuelt misbruk.¹⁴⁷

EMD uttaler ikke eksplisitt at bortføringsrisikoen og mistankene om seksuelt misbruk utgjorde ekstraordinære omstendigheter. Etter mitt skjønn må omstendighetene likevel kunne anses som ekstraordinære. Det er imidlertid ikke av betydning siden det ikke var snakk om et *permanent* brudd på familiebandene. Ekstraordinære omstendigheter kreves bare dersom tiltakene ikke er midlertidige. Da saken ble behandlet av EMD, bodde datteren hos faren igjen.

5.3.4 Aune mot Norge

I *Aune mot Norge* behandlet EMD spørsmålet om hvorvidt tvangsadopsjon av en tolv år gammel gutt utgjorde et brudd på morens rett til familieliv etter art. 8. Forholdet mellom mor og sønn var meget svakt og gutten hadde bare bodd hos moren i seks måneder før omsorgen for ham ble overtatt. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var at en av foreldrene hadde mishandlet ham, etterlatt ham i hjelpeløs tilstand og at begge foreldrene deretter var synlig ruset da de besøkte ham på sykehuset hvor han fikk behandling for skadene han hadde blitt påført.¹⁴⁸

I sin gjennomgang av gjeldende rett uttalte EMD at «family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to “rebuild” the family».¹⁴⁹ Domstolen fremhevet deretter at moren ikke hadde benyttet seg av alle samværsmulighetene hun hadde hatt med sønnen. Dette gjorde at de sosiale båndene mellom mor og sønn var minimale. Den manglende kontakten «must have implications for the degree of protection that ought to be afforded to her right to respect for family life».¹⁵⁰ Det er her EMD viste til *Söderbäck*. Henvisningen er dermed annerledes enn i de tidligere dommene. Videre fremgår det av denne henvisningen at et svakt forhold *må* ha konsekvenser for hvor beskyttelsesverdig det er. Dette er dermed en mye klarere uttalelse enn i de tidligere henvisningene til *Söderbäck*.

EMD vektla guttens langvarige opphold i fosterhjemmet, hans sårbarhet og ekstra behov for stabile emosjonelle rammer. Videre trakk EMD frem at han hadde et spesielt behov for trygghet, og at tryggheten hans hadde blitt utfordret av at klageren og faren hennes hadde ønsket at han skulle bo med bestefaren. EMD vurderte disse faktorene i sammenheng og konkluderte med at

¹⁴⁷ *H. K. mot Finland* avsnitt 123.

¹⁴⁸ *Aune mot Norge* avsnitt 6.

¹⁴⁹ *Aune mot Norge* avsnitt 66.

¹⁵⁰ *Aune mot Norge* avsnitt 69.

det forelå ekstraordinære omstendigheter i denne saken, og at adopsjonen dermed var rettmessig.¹⁵¹ Kravet om «very exceptional circumstances» diskuteres ikke ytterligere. Som allerede diskutert, ser det dermed ikke ut til at EMD egentlig stiller andre krav enn ekstraordinære omstendigheter. EMD vektla videre at fosterforeldrene hadde uttalt at de ville legge til rette for fortsatt samvær etter adopsjonen. Derfor måtte ikke adopsjonen føre til et komplett brudd i forholdet mellom mor og barn.¹⁵²

I denne dommen uttalte EMD at den manglende kontakten mellom foreldre og barn har innvirkning på hvor beskyttelsesverdig forholdet dem imellom er. Dette ble imidlertid ikke trukket frem igjen når domstolen argumenterte for at tiltakene som ble iverksatt, var rettmessige. EMD vurderte istedenfor den svake tilknytningen og guttens sårbarhet i sammenheng og konkluderte med at disse faktorene sammenlagt gjorde at omstendighetene var ekstraordinære.¹⁵³

Det er verdt å merke seg at EMD la vekt på at moren ikke hadde benyttet seg av alle samværsmulighetene hun hadde hatt. Dette bygger til en viss grad videre på det som fremgår av EMDs drøftelse i *Söderbäck mot Sverige* og mindretallets uttalelser i *Eski mot Østerrike*. EMD vektla altså hvorvidt den svake tilhørigheten skyldtes forelderen. Dette tyder på at dersom foreldre ikke engasjerer seg, vil ikke EMD stille like strenge krav til staten for å beskytte forholdet. Hvor mye vekt EMD la på denne faktoren i dette tilfellet er det imidlertid ikke mulig å vurdere.

5.3.5 Assunção Chaves mot Portugal

I denne saken ble omsorgen for barnet overtatt av portugisiske myndigheter ved fødsel fordi moren hadde narkotikaproblemer, epilepsi, og manglet evnen til å ta vare på seg selv.¹⁵⁴ Foreldrene fikk samværsrettigheter etter omsorgsovertakelsen, men sluttet å benytte seg av dem etter ett år.¹⁵⁵ I 2009 ble barnet bortadoptert og foreldrene mistet dermed samværsrettighetene sine.¹⁵⁶ EMD var svært splittet i sin vurdering av forholdet, men konkluderte med sterk dissens at situasjonen ikke utgjorde brudd på foreldrenes rett til familieliv etter art. 8.¹⁵⁷

¹⁵¹ *Aune mot Norge* avsnitt 73.

¹⁵² *Aune mot Norge* avsnitt 76-78.

¹⁵³ *Aune mot Norge* avsnitt 73.

¹⁵⁴ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 6.

¹⁵⁵ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 14 og 22.

¹⁵⁶ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 42.

¹⁵⁷ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 107.

Flertallet påpekte at utgangspunktet etter EMDs praksis er at stater har en plikt til å gjennomføre tiltak for å gjenforene familier som har blitt skilt fra hverandre som følge av statlige inngrep i familielivet.¹⁵⁸ Når det gjaldt den konkrete saken, påpekte flertallet at omsorgsovertakelsen i seg selv var medisinsk begrunnet og dermed rettmessig.¹⁵⁹ Deretter fremhevet flertallet at foreldrene hadde flyttet til Spania og ikke benyttet seg av samværsretten sin. Siden det var foreldrenes egen skyld at familiebandene ikke var beskyttelsesverdige, konkluderte flertallet med at det ikke var brudd på art. 8.¹⁶⁰

Dommer Pinto de Albuquerque var enig i resultatet, men begrunnet det på en annen måte. Han uttalte at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter for å godta at en nyfødt blir skilt fra foreldrene sine. Deretter viste han til *Söderbäck mot Sverige* og påpekte at det var på grunn av den manglende tilknytningen mellom far og datter at stefarens adopsjon var innenfor den nasjonale skjønnsmarginen. I sin vurdering av den foreliggende saken anså Albuquerque det som viktig at foreldrene hadde ikke hadde benyttet seg av samværsrettighetene sine. De hadde dermed oppført seg mer klanderverdig enn *Söderbäck* som aldri hadde hatt samværsrettigheter. På denne måten var foreldrene selv skyldige i situasjonen de var i. Det manglende samværet tok Albuquerque som et bevis på at foreldrene ikke hadde følelser for barnet sitt. På bakgrunn av dette konkluderte han med at adopsjonen var en rettmessig inngripen i klagerens familieliv.¹⁶¹

At dommer Albuquerque hadde behov for å trekke frem denne alternative måten å begrunne det samme resultatet på, viser at det foreligger en uenighet innad i EMD. Dette taler mot at det er andre krav enn ekstraordinære omstendigheter som konsekvent benyttes i saker som omhandler svake forhold mellom foreldre og barn. Dersom en annen tilnærming konsekvent hadde vært brukt, ville det vært naturlig at flertallet også henviste til *Söderbäck* på samme måte som dommer Albuquerque. *Assunção Chaves mot Portugal* ble avsagt etter *Aune mot Norge*, men denne dommen nevnes ikke av noen av dommerne. Det fremstår for meg som lite forståelig i og med at EMD uttalte i *Aune mot Norge* at en svak tilknytning må ha betydning for hvor beskyttelsesverdig forholdet er. Det faktum at flertallet ikke viser til *Söderbäck* i det hele tatt tydeliggjør for meg at flertallet ikke mener dommen var relevant for denne avgjørelsen.

¹⁵⁸ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 100.

¹⁵⁹ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 104.

¹⁶⁰ *Assunção Chaves mot Portugal* avsnitt 105-107.

¹⁶¹ Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque i *Assunção Chaves mot Portugal* side 28.

5.3.6 M. I. med flere mot Finland

Denne avgjørelsen gjaldt en mor som trengte hjelp til å ta seg av barna etter at faren døde og et slag gjorde at hun ikke klarte det selv. Sosialarbeidere var tilstede i familien nesten døgnet rundt, men det var likevel ikke gode oppvekstforhold for barna. De fem yngste barna ble derfor plassert i fosterfamilier. Grunnet mistanke om at bestefaren hadde begått seksuelle overgrep, og behovet for at barna fikk ro til psykologiske undersøkelser, ble samvær med moren nektet i en periode.¹⁶²

EMD viste til *Söderbäck mot Sverige* på samme måte som vist i del 5.3.1.¹⁶³ I sin vurdering av saken kommenterte EMD imidlertid ikke nærmere hvorvidt domstolen vurderte omstendighetene i dette tilfellet for å være ekstraordinære. EMD diskuterte heller ikke om forholdet mellom moren og barna var så svakt at kravet om ekstraordinære omstendigheter ikke gjaldt i denne situasjonen. EMD behandlet ikke alle samværsrestriksjonene fordi moren ikke hadde uttømt de nasjonale klagemulighetene. De samværsrestriksjonene som ble vurdert, var ikke permanente, selv om tilbakeføring av barna til moren ikke ble ansett som mulig siden det ikke var noen endring i morens situasjon.¹⁶⁴ Ettersom samværsrestriksjonene i seg selv ikke var permanente, var det ikke nødvendig med ekstraordinære omstendigheter.

5.3.7 Zhou mot Italia

I *Zhou mot Italia* stilte myndighetene spørsmål om morens evner til å ta vare på barnet sitt.¹⁶⁵ Zhou var alenemor og avhengig av å jobbe for å klare seg. Etter at en løsning med barnepass arrangert av italienske myndigheter ikke fungerte, overlot hun barnet til et nabopar når hun måtte jobbe. Barnevernet var ikke fornøyd med barnevaktene moren hadde valgt. Derfor ble omsorgen for datteren overtatt og myndighetene påbegynte å klargjøre henne for adopsjon i desember 2007.¹⁶⁶ Moren hadde begrenset samvær med barnet frem til juli 2008 hvorefter hun ble nektet samvær. Samværene ble avsluttet fordi barnet reagerte negativt på dem.¹⁶⁷

I sin gjennomgang av gjeldende rett viste EMD også i denne saken til *Söderbäck mot Sverige* og uttalte at tilnærmingen (kravet til «circonstances exceptionnelles») «peut toutefois être écartée en raison de la nature de la relation parent-enfant, lorsque le lien est très limité».¹⁶⁸ Dette betyr at tilnærmingen kan avvises med bakgrunn i at forholdet mellom foreldre og barn

¹⁶² *M. I med flere mot Finland* avsnitt 4-9 og avsnitt 11.

¹⁶³ *M. I. med flere mot Finland* avsnitt 75.

¹⁶⁴ *M. I. med flere mot Finland* avsnitt 82-83.

¹⁶⁵ *Zhou mot Italia* avsnitt 18.

¹⁶⁶ *Zhou mot Italia* avsnitt 7-10.

¹⁶⁷ *Zhou mot Italia* avsnitt 18.

¹⁶⁸ *Zhou mot Italia* avsnitt 46.

er begrenset. EMD uttalte at fordi moren ikke kunne ta vare på barnet selv, var omsorgsovertakelsen berettiget. Siden de italienske myndighetene ikke hadde prøvd å gjøre moren i stand til å ta vare på barnet, konstaterte EMD at dette utgjorde et brudd på morens rett til familieliv.¹⁶⁹ Det ble dermed lagt til grunn at det var til barnets beste å ha kontakt med moren, til tross for at hun oppførte seg på en måte som var psykologisk traumatiserende for barnet.

Sammenlignet med *Aune mot Norge* var det mer kontakt til å begynne med mellom mor og datter, siden de hadde bodd sammen i nesten tre år. Videre skilte situasjonen seg fra *Aune mot Norge* fordi det ikke var noen tegn på mishandling eller lignende. Problemet var at moren ikke var i stand til å ta vare på barnet. Det var et brudd på morens rett til familieliv jf. art. 8 at de italienske myndighetene ikke hadde gjort mer for at datteren kunne forbli hos moren. Til tross for liten kontakt mellom mor og barn og et dårlig forhold etter omsorgsovertakelsen, kom EMD likevel frem til at dette tilfellet ikke var innenfor den nasjonale skjønnsmarginen. Heller ikke i denne dommen viste EMD til *Aune mot Norge*, til tross for at det var et svakt forhold mellom foreldre og barn.

5.3.8 S. H mot Italia

Bakgrunnen for saken var at italienske myndigheter overtok omsorgen for en deprimert mors barn etter at barna hadde svelget medisinerne hennes.¹⁷⁰ Barna ble returnert til familien, men da moren ble innlagt og faren forlot hjemmet, ble omsorgen overtatt igjen. Foreldrene fikk samværsrettigheter etter omsorgsovertakelsen.¹⁷¹ En sakkyndig vurderte situasjonen dithen at barna burde forbli under offentlig omsorg, men at samværshyppigheten skulle økes, og at familiesituasjonen skulle revurderes etter seks måneder.¹⁷² Den italienske domstolen gikk mot denne anbefalingen og erklærte at barna skulle adopteres bort.¹⁷³ Til tross for gjentatte protester og anker av foreldrene, ble denne avgjørelsen stående.¹⁷⁴

I gjennomgangen av sin egen praksis viste EMD til at

measures which involve breaking a child's bonds with his or her family should only be applied under exceptional circumstances, that is to say only where the parents have shown themselves to be particularly unfit (...) or where the measures are justified by an overriding requirement in the child's best interests (...) However, this approach can

¹⁶⁹ *Zhou mot Italia* avsnitt 59.

¹⁷⁰ *S. H. mot Italia* avsnitt 9.

¹⁷¹ *S. H. mot Italia* avsnitt 12.

¹⁷² *S. H. mot Italia* avsnitt 15.

¹⁷³ *S. H. mot Italia* avsnitt 16.

¹⁷⁴ *S. H. mot Italia* avsnitt 17-21.

sometimes be overruled because of the nature of the parent-child relationship, where the bond is very weak (see *Söderbäck* (...))¹⁷⁵

Det som skiller denne gjennomgangen fra de tidligere gjennomgåtte dommene, er at både kravet til «exceptional circumstances» og hva slags foreldre-barn forhold det er spørsmål om blir utdypet. «Exceptional circumstances» blir eksemplifisert med at foreldrene har vist seg å være særlig uegnede. Det fremgår videre at det er i situasjoner hvor båndet mellom foreldre og barn er svakt at den vanlige tilnærmingen noen ganger kan bli «overruled». Dette innebærer dermed en spesifisering av hvilke situasjoner EMD åpner for å bruke en annen tilnærming på.

EMD uttaler her at tilnærmingen «can be overruled». Dette innebærer, som den tidligere bruken av «may», at det er noe som kan, men ikke må gjøres. Dette står i kontrast til at EMD uttalte at forholdet «must have implications» i *Aune mot Norge*. Samtidig er det snakk om to forskjellige ting: På den ene siden er det snakk om en tilnærming som *kan* brukes. På den andre siden *må* et svakt forhold ha betydning for vurderingen. Det er imidlertid ikke så lett å vurdere hva forskjellen utgjør i praksis.

På grunn av de nære båndene mellom moren og barna i denne saken, ble det ikke åpnet for å fravike kravet om ekstraordinære omstendigheter i denne saken.¹⁷⁶ Dermed undersøkte EMD om det forelå ekstraordinære omstendigheter. Til tross for at moren var syk mente EMD at myndighetene burde gjort mer for å opprettholde kontakten mellom mor og barn.¹⁷⁷ Sykdommen utgjorde altså ikke ekstraordinære omstendigheter. EMD konkluderte med at det forelå et brudd på morens rett til familieliv fordi andre tiltak enn omsorgsovertakelse og adopsjon ikke ble vurdert. Som tilfelle var med *Zhou mot Italia*, *H. K mot Finland*, og *P., C. og S. mot Storbritannia* gir heller ikke dette noen nærmere anvisning på når eller hvordan et svakt foreldre-barn forhold kan ha innvirkning på hvilke krav EMD stiller for å bryte familiebåndene.

5.3.9 Foreløpig oppsummering

Fra det ovenstående er det ikke mulig å konkludere med at det er en entydig praksis i EMD som gjør at det kan trekkes en klar konklusjon om når og hvordan EMD har benyttet seg av et annet krav enn ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebånd ved svak tilknytning mellom foreldre og barn.

EMD har vist til *Söderbäck mot Sverige* i saker hvor spørsmålet om å benytte en annen tilnærming ikke ble aktuelt. I noen av sakene var det krav om ekstraordinære omstendigheter fordi det var sterk tilknytning mellom foreldre og barn. I andre, var det uansett ikke krav om

¹⁷⁵ *S. H. mot Italia* avsnitt 40.

¹⁷⁶ *S. H. mot Italia* avsnitt 45.

¹⁷⁷ *S. H. mot Italia* avsnitt 52.

ekstraordinære omstendigheter fordi samværsbegrensningene bare var midlertidige. Det er kun i *Aune mot Norge* at EMD viser til *Söderbäck* og legger vekt på det svake forholdet mellom mor og sønn. EMD bruker imidlertid ikke en annen tilnærming i denne dommen. Istedenfor uttaler domstolen at hvor svakt et forhold er må ha konsekvenser for hvor beskyttelsesverdig det er.

S. H. mot Italia, som ble avsagt i 2015, var den siste dommen hvor EMD viste til *Söderbäck mot Sverige*. Det har falt mange dommer i spørsmål om brudd på familieband også etter 2015. EMD har imidlertid forandret måten domstolen viser til hvor beskyttelsesverdig et svakt forhold mellom foreldre og barn er. Hvordan dette gjøres nå skal undersøkes nærmere i neste del.

5.4 Saker som omhandler brudd på familiebandene uten å vise til Söderbäck

5.4.1 Innledning

Spørsmålet i denne delen er hvilken betydning et svakt forhold mellom foreldre og barn er blitt gitt i EMDs praksis etter 2015.

I 2017 behandlet, som innledningsvis nevnt, Høyesterett spørsmålet om betydningen av svak tilknytning mellom foreldre og barn i dommen inntatt i HR-2017-2015-A. Oslo kommune argumenterte sterkt for at EMDs praksis ikke krevde ekstraordinære omstendigheter i saker hvor det var svak tilknytning mellom foreldre og barn. Høyesterett trakk i sin begrunnelse fram to dommer som bevis på at EMD fortsatt stilte krav om ekstraordinære omstendigheter: *Jovanovic mot Sverige* og *M. L. mot Norge*. Hvilke slutninger som kan trekkes fra disse to dommene, blir gjennomgått i del 5.4.2. Jeg har ikke funnet andre dommer fra perioden 2015-2017 som omhandler temaet.

Det er også nødvendig å vurdere hva som har skjedd etter 2017. Jeg skal derfor i del 5.4.3 undersøke hvilke krav EMD har stilt for å bryte familiebandene i dommene som har falt etter at Høyesterett behandlet spørsmålet i 2017.

5.4.2 Sakene Høyesterett trekker frem som bevis for at EMD fortsatt krever ekstraordinære omstendigheter

Faktum i HR-2017-2015-A var at guttens biologiske foreldre hadde påført ham skader og ikke oppsøkt legehjelp etter dette. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt det skulle være samvær mellom foreldrene og sønnen, og hvilken betydning det hadde for samværsspørsmålet at tilknytningen dem imellom var særlig svak.¹⁷⁸ Førstvoterende påpekte at tilknytningen mellom

¹⁷⁸ HR-2017-2015-A avsnitt 1.

foreldrene og barnet var «minimal», og at samværets formål dermed kun ville være at sønnen på et senere tidspunkt kunne få kjennskap til sitt biologiske opphav.¹⁷⁹ Videre viste hun til at barnet var spesielt sårbart, og at det måtte tas hensyn til dette ved vurderingen av samværet.¹⁸⁰ Høyesterett godtok imidlertid ikke Oslo kommunes argumenter om at EMD stilte andre krav enn ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebåndene til tross for svak tilknytning mellom foreldre og barn. I sin begrunnelse trakk førstvoterende frem dommene *Jovanovic mot Sverige* og *M. L. mot Norge* som bevis for at EMD fortsatt stilte krav om ekstraordinære omstendigheter.

Jovanovic mot Sverige omhandlet et spebarn som hadde blitt mishandlet. Det var ikke klart hvem som hadde mishandlet babyen bortsett fra at det måtte være en av foreldrene. Situasjonen var dermed veldig likt faktum i HR-2017-2015-A. Samværsspørsmålet ble imidlertid ikke behandlet av EMD i og med at det ikke var blitt påanket til den høyeste nasjonale instansen. EMD fastslo at ved bestemmelser om omsorgsovertakelse har statene en bred skjønnsmargin, men at denne er smalere ved ytterligere restriksjoner på familielivet.¹⁸¹ EMD behandlet ikke spørsmålet om samværsnektelse og diskuterte dermed heller ikke hvorvidt det var behov for ekstraordinære omstendigheter.

I dommen *M. L. mot Norge* ble klagerens yngste sønn plassert i en fosterfamilie utenfor sin egen biologiske familie mens den eldste sønnen ble tatt vare på av mormoren og samboeren hennes. Klageren ville at barna skulle bo sammen. I konklusjonen konstaterte EMD at de nasjonale myndighetene hadde balansert de ulike hensynene opp mot hverandre og lagt ekstra stor vekt på interessene til den yngste sønnen.¹⁸² Da de plasserte ham utenfor sin biologiske familie, var dette innenfor statens skjønnsmargin. Domstolen viste ikke til *Söderbäck* og vurderte ikke om det er en bred eller snever skjønnsmargin i dette tilfellet. Det var ikke et spørsmål om samværsnektelse eller andre tiltak som kan føre til brudd på familiebåndene i denne saken, og kravene om ekstraordinære omstendigheter blir dermed ikke nevnt av EMD.

Jeg er med bakgrunn i det ovenstående enig med Høyesterett i at disse dommene ikke støtter opp under at det er en ny tilnærming som brukes i EMDs praksis. Men spørsmålet om samværsnektelse blir ikke direkte behandlet i noen av sakene. Dommene kan dermed egentlig ikke tas til inntekt for at det *ikke* kan stilles andre krav enn ekstraordinære omstendigheter heller. Spørsmålet blir dermed om det har falt dommer i EMD etter at Høyesterett behandlet

¹⁷⁹ HR-2017-2015-A avsnitt 37.

¹⁸⁰ HR-2017-2015-A avsnitt 40.

¹⁸¹ *Jovanovic mot Sverige* avsnitt 76.

¹⁸² *M. L. mot Norge* avsnitt 58.

saken i 2017 som stiller andre krav enn ekstraordinære omstendigheter for brudd på familiebåndene. Dette skal undersøkes i neste del.

5.4.3 Dommer avsagt i EMD etter HR-2017-2015-A

5.4.3.1 *Strand Lobben med flere mot Norge*

Denne dommen er ikke endelig fordi den har blitt klaget inn og tatt opp til Storkammerbehandling. Det er likevel interessant å se hvilke krav som stilles av EMD i saken for å undersøke spørsmålet oppgaven prøver å finne svar på. Omsorgen for sønnen, som hadde spesielle behov, ble overtatt av barnevernet fordi moren ikke maktet å ta vare på ham.¹⁸³ Samværene mellom mor og sønn hadde vært problematiske, og hadde ført til at sønnen hadde hatt negative reaksjoner i etterkant.¹⁸⁴ Sønnen ble adoptert bort og moren mistet dermed foreldrerettighetene sine. De nasjonale myndighetene la vekt på at det var svak tilknytning mellom mor og sønn.¹⁸⁵

I sin gjennomgang av rettspraksis viste EMD til at tiltak som vil ha

the consequence that the applicants' legal ties with the child have been broken, the Court will still apply its case-law according to which «such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified by an overriding requirement pertaining to the child's best interests»¹⁸⁶

Videre viste flertallet til *Gnahoré mot Frankrike* og uttalte at hensynet til barnets beste «dictates that family ties may only be severed in very exceptional circumstances.»¹⁸⁷ I likhet med *Aune mot Norge* oppstilte altså EMD et krav om «veldig ekstraordinære omstendigheter» for å rettferdiggjøre brudd på familiebåndene. Men det ble ikke vurdert ytterligere her heller. Istedenfor drøfter EMD spørsmålet ut fra standarden om ekstraordinære omstendigheter.¹⁸⁸ Igjen støtter dette opp om at det ikke er to separate standarder som benyttes. Flertallet i EMD konkluderer med at de nasjonale myndighetene tok hensyn til barnets beste da det ble bestemt at barnet skulle forbli i fosterhjemmet.¹⁸⁹

I spørsmålet om tvangsadopsjon, viser flertallet til *Aune mot Norge* og uttaler at ved et svakt bånd mellom foreldre og barn «the Court has previously held that a finding to that effect had to

¹⁸³ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 10-11.

¹⁸⁴ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 30 og 18.

¹⁸⁵ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 58.

¹⁸⁶ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 106.

¹⁸⁷ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 106.

¹⁸⁸ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 119.

¹⁸⁹ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 117.

have implications for the degree of protection that ought to be afforded».¹⁹⁰ At EMD i denne saken uttaler at det svake forholdet «had to have implications» (måtte ha konsekvenser), innebærer et skifte mot en tydeligere praksis. Da EMD henviste til *Söderbäck*, åpnet de for å benytte en annen tilnærming, men her *må* den svake tilknytningen være av betydning.

Dette innebærer at EMD fortsatt vektlegger at et svakt forhold mellom foreldre og barn ikke er like beskyttelsesverdig som sterke bånd. I dommen viser EMD til *Aune mot Norge* som basis for at svake forhold skal medtas i vurderingen. Det fremgår ikke klart hvorfor det ikke refereres til *Söderbäck*. En grunn til at EMD viser til *Aune mot Norge* istedenfor *Söderbäck* kan være at det var så mange likheter mellom de to sakene. Det kan også være fordi *Aune mot Norge* er nyere enn *Söderbäck*. Det forklarer imidlertid ikke hvorfor det henvises til *Aune mot Norge* først nå og ikke konsekvent like etter at dommen ble avsagt. At domstolen nå viser til *Aune mot Norge* tyder på at EMD har endret praksis. Istedenfor å åpne for å benytte andre vilkår dersom tilknytningen er svak, må et svakt forhold etter dette gis vekt i vurderingen.

Mindretallet er uenige med flertallet i at det ikke var et brudd på morens rett til familieliv etter art. 8 da sønnen ble adoptert bort.¹⁹¹ Mindretallet vektla at det må foreligge «very exceptional circumstances» for å bryte familiebandene.¹⁹² Mindretallet fremhevet forskjellene mellom den foreliggende saken og *Aune mot Norge* ved å påpeke at sønnen i *Aune mot Norge* var eldre, foreldrene hadde mishandlet ham og deretter ikke benyttet seg av samværsrettighetene sine. Dette stod i skarp kontrast til hvordan klageren i *Strand Lobben* hadde tatt seg av barnet sitt.¹⁹³ Mindretallet fremhevet deretter at barnet ikke hadde de samme spesielle behovene som barnet i *Aune mot Norge*.¹⁹⁴ Deretter påpekte de at et brudd på familiebandene kun er aktuelt i «exceptional circumstances», og konkluderte med at det ikke forelå slike omstendigheter i denne saken.¹⁹⁵

Mindretallet viste til at flertallet påpekte at ved svake forhold kan forholdet være mindre beskyttelsesverdig.¹⁹⁶ Flertallet tok ikke nærmere stilling til dette selv. Mindretallet fremhevet imidlertid at det ikke var morens skyld at forholdet var dårlig i *Strand Lobben mfl. mot Norge*.¹⁹⁷ Jeg tolker mindretallet dithen at dersom myndighetene er ansvarlige for den svake tilknytningen ved å ha begrenset samværet, er forholdet mellom foreldre og barn likevel beskyttelsesverdig.

¹⁹⁰ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 123.

¹⁹¹ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 2.

¹⁹² Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 4.

¹⁹³ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 24 punkt 1.

¹⁹⁴ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 24 punkt 3.

¹⁹⁵ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 24 punkt 4.

¹⁹⁶ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 20.

¹⁹⁷ Joint dissenting opinion of Judges Grozev, O'Leary og Hüseyinov avsnitt 24 punkt 1.

Som allerede nevnt er ikke dommen endelig. Den har dermed liten rettskildemessig verdi. Den viser imidlertid hvilke vurderinger EMD har funnet relevante. Det var enighet mellom flertallet og mindretallet om at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebandene. Det er også enighet om at hvor tett forholdet er, vil ha innvirkning på hvor beskyttelsesverdig det er. Det ser imidlertid ut som om det er uenighet om hvorvidt det må foreligge noen grad av skyld fra foreldrenes side for det dårlige forholdet.

5.4.3.2 *Mohamed Hasan mot Norge*

Denne saken handler også om fratagelse av foreldreansvar og påfølgende adopsjon. Klageren var i et voldelig forhold med faren til barna sine. Da hun etter gjentatt vold fra mannen ikke klarte å forlate ham, tok barnevernet over omsorgen for barna og plasserte dem på hemmelig adresse.¹⁹⁸ Under et samvær med moren ble barna bortført, og det kom frem at faren hadde arrangert dette. Barna ble funnet dagen etter. På bakgrunn av frykt for at bortføringen skulle gjentas, ble samvær nektet.¹⁹⁹ Samværsnektelsen ble opprettholdt av rettsapparatet.²⁰⁰ Faren skilte seg fra moren og forlot landet.²⁰¹ Foreldrene ble fratatt foreldreansvaret med bakgrunn i bortføringsrisikoen, farens tidligere oppførsel mot moren, familien i Iraks æreskode og at det var liten sannsynlighet for at moren skulle klare å beskytte barna fra faren hvis han kom tilbake til Norge.²⁰² Ettersom båndene mellom barna og fosterfamilien var sterke, anså dommeren at det var til barnas beste å bli i fosterfamilien.²⁰³ Videre var båndet mellom moren og det eldste barnet sterkt svekket, og det yngste barnet hadde ikke noe relasjonelt bånd til moren.²⁰⁴

EMD undersøkte først hvorvidt omsorgsovertakelsen og forlengelsen av den var rettmessig. Med vekt på barnas sårbarhet, konkluderte EMD med at dette var innenfor den nasjonale skjønnsmarginen.²⁰⁵ Når det gjaldt å frata foreldrene foreldreansvaret, aksepterte EMD at avgjørelsene var til barnas beste. I denne saken undersøkte EMD hvorvidt omstendighetene var ekstraordinære og pekte på barnas sårbarhet, farens mishandling av moren, at moren ikke kunne ta vare på barna og barnas behov for stabilitet.²⁰⁶ EMD konkluderte at det forelå ekstraordinære omstendigheter i denne saken. EMD nevnte ikke kravet om «very exceptional circumstances»

¹⁹⁸ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 20.

¹⁹⁹ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 30 og 31.

²⁰⁰ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 33.

²⁰¹ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 52.

²⁰² *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 56-59.

²⁰³ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 63 og 69.

²⁰⁴ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 74.

²⁰⁵ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 155.

²⁰⁶ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 159 og 160.

i drøftelsen av saken selv om det ble trukket frem som et krav i gjennomgangen av rettspraksisen.²⁰⁷

EMD kommenterte den manglende tilknytningen mellom moren og barna med at «where social ties between a parent and his or her children have been very limited, “[t]his must have implications for the degree of protection that ought to be afforded to [the parent’s] right to respect for family life”». ²⁰⁸ EMD viste til *Aune mot Norge, P., C. og S. mot Storbritannia* og *R. og H. mot Storbritannia* etter dette sitatet. Dette fremstår som noe spesielt i og med at EMD i *P., C. og S. mot Storbritannia* ikke vurderte spørsmålet ut fra den manglende tilknytningen, men ut fra den manglende rettshjelpen moren hadde fått. I *Aune mot Norge* ble den svake tilknytningen sett i sammenheng med barnets sårbarhet, og EMD uttalte at dette var en ekstraordinær omstendighet.²⁰⁹ I *R. og H. mot Storbritannia* diskuterte ikke EMD manglende tilknytning som en faktor, istedenfor ble det fremhevet av de nasjonale myndighetene at det var en sterk tilknytning innad i familien.²¹⁰ Det fremstår derfor som meget besynderlig at EMD viste til disse dommene i denne forbindelsen. Det sitatet derimot viser er at EMD fortsatt åpnet for å gi forhold med svak tilhørighet mindre beskyttelse, og at domstolen på denne måten fortsatt la noe vekt på lærdommen fra *Söderbäck mot Sverige*. Det kommer imidlertid ikke klart frem hvor stor vekt det er lagt på dette i denne saken. EMD konkluderer «[i]n the light of the foregoing (...) the Court accepts that the circumstances were exceptional».²¹¹ Dette innebærer at den svake tilknytningen tilsynelatende ble tatt inn som en del av vurderingen om hvorvidt omstendighetene var ekstraordinære.

Denne dommen er enstemmig og falt etter at *Strand Lobben mot Norge* ble avsagt. Selv om det ikke er de samme dommerne som står bak de to domsavsigelsene, kan dette tyde på at det foreligger en viss enighet i EMD om de rettslige vurderingsmomentene. Det vil imidlertid bli enda tydeligere når Storkammeret har avsagt dommen i *Strand Lobben mot Norge*. Men siden det i denne dommen påpekes at et svakt forhold skal ha konsekvenser for hvor beskyttelsesverdig forholdet er, ser det ut til at dette skal tillegges vekt.

Dommen innebærer videre en forandring i domstolens måte å vektlegge et svakt forhold på. Tidligere uttalte EMD at det kunne brukes en annen «approach» dersom det var svak tilknytning mellom foreldre og barn. I *Mohamed Hassan mot Norge* blir det istedenfor vist til hvor beskyttelsesverdig forholdet er. EMD tar det svake forholdet inn som en del av vurderingen av

²⁰⁷ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 147.

²⁰⁸ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 161 (direkte sitat).

²⁰⁹ *Aune mot Norge* avsnitt 73 (se del 5. 3. 4).

²¹⁰ *R. og H. mot Storbritannia* avsnitt 27.

²¹¹ *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 163.

hvorvidt det foreligger ekstraordinære omstendigheter. Dette sett i sammenheng med ordlyden flertallet brukte i *Strand Lobben med flere mot Norge* viser at EMD tilsynelatende legger vekt på hvorvidt forholdet mellom foreldre og barn er svakt eller ikke.

I *Mohamed Hasan mot Norge* la EMD også vekt på hensynet til barnets beste. Siden moren hadde blitt mishandlet foran barna og de hadde opplevd brutte relasjoner, hadde de ekstra behov for stabilitet og trygghet. Når de nå hadde knyttet seg til fosterforeldrene, var det til barnets beste å sementere denne relasjonen også juridisk.²¹²

5.4.3.3 *Jansen mot Norge*

Til tross for at mor og barn ikke hadde sett hverandre på tre år, ble ikke den svake tilknytningen dem imellom nevnt i begrunnelsen i *Jansen mot Norge*. Jansen var 19 år da hun fikk barn. Både hun og barnefaren var romfolk. Hun hadde et svært problematisk forhold til sin far (barnets bestefar) som kastet henne ut av familiehjemmet og mishandlet henne.²¹³ Det var frykt for at bestefaren skulle bortføre barnebarnet. Denne frykten vedvarte til tross for at hun flyttet hjemmefra.²¹⁴ Samvær ble nektet på grunn av bortføringsrisikoen.²¹⁵ EMD dømte Norge for brudd på morens rett til familieliv. Dommen baserte seg på at lagmannsretten i begrunnelsen sin ikke viste at det ble tatt hensyn til den langvarige virkningen av samværsnektelsen. For at staten skulle ha oppfylt de positive forpliktelsene sine etter art. 8, måtte eventuelle langsiktige negative følger av samværsnektelsen vært vurdert.²¹⁶

Til tross for at EMD samme år uttalte at det skulle tillegges vekt at det var svak tilknytning mellom foreldre og barn, ble det ikke nevnt i *Jansen mot Norge*. Det kan ha hatt en innvirkning på domstolen at det ikke var morens skyld at tilknytningen var svak: Hun hadde hele tiden prøvd å få samvær med og omsorg for barnet. Det var på grunn av faren hennes at dette ikke ble sett på som trygt. Med tanke på at det ifølge de to sist diskuterte dommene *skal* legges vekt på svak tilknytning mellom foreldre og barn, ville det vært naturlig at domstolen nevnte dette aspektet om kun for å avfeie dets relevans. Når domstolen på den ene siden uttaler at den svake tilknytningen skal vektlegges, men ikke selv er konsekvent i å vurdere dette, fremstår det som uklart når dette skal vektlegges.

²¹² *Mohamed Hasan mot Norge* avsnitt 158.

²¹³ *Jansen mot Norge* avsnitt 6.

²¹⁴ *Jansen mot Norge* avsnitt 28.

²¹⁵ *Jansen mot Norge* avsnitt 29.

²¹⁶ *Jansen mot Norge* avsnitt 104. Dommen har ført til en endring i barnevernsloven som innebærer krav om begrunnelse. BLD understreker at dette også gjelder for samværsaker (BLD (2019) s. 173).

5.4.3.4 *S. S. mot Slovenia*

Saken omhandlet spørsmålet hvorvidt fratagelse av foreldrerettigheter og etterfølgende adopsjon av klagerens yngste barn utgjorde et brudd på hennes rett til familieliv etter EMK art. 8.²¹⁷ Klageren var mor til fire barn som hun ikke hadde omsorg for fordi hun ikke var i stand til å ta vare på dem. Da datteren, E., var en måned gammel, etterlot klageren henne hos sin mor. Bestemoren var ikke villig til å ta vare på barnebarnet, og omsorgen for henne ble overtatt av de nasjonale myndighetene.²¹⁸ Klageren hadde diagnosen paranoid schizofreni.²¹⁹ EMD vurderte de statlige myndighetenes håndtering av situasjonen dithen at de tok tilstrekkelig hensyn til diagnosen, men at omsorgen måtte overtas da klageren dro til Frankrike. Videre la den nasjonale domstolen ikke vekt på diagnosen, men på at hun ikke kunne ta vare på barna som følge av diagnosen. Dette godtok EMD fordi «E.'s interest in being provided with permanent care and emotional stability outweighed that of the applicant in retaining legal ties with E.». ²²⁰ EMD trakk frem at klageren ikke ble nektet samvær med barnet, og at samværskvaliteten var dårlig, ikke på grunn av myndighetene, men på grunn av klagerens oppførsel.²²¹ Samværspørsmålet var imidlertid ikke påanket høyt nok i det nasjonale rettssystemet og var dermed ikke under behandling for EMD.²²²

I vurderingen av hvorvidt adopsjonen utgjorde et brudd på morens rett til familieliv etter art. 8, uttalte EMD at «the following considerations should also be taken into account». For det første påpekte EMD at barnet kun hadde bodd med klageren i sine tre første uker, og at etterfølgende samvær ikke hadde resultert i emosjonelle bånd. Dette «has to have implications for the degree of protection that ought to be afforded to an applicant's right to respect for family life when assessing the necessity of an interference». ²²³ For det andre viste domstolen til at barnet «had lived with the foster, now adoptive, family from when she was one month old, and must have established strong bonds with them.»²²⁴ Dette var derfor *de facto* familien til barnet, og selv om EMD ikke viste til *Söderbäck* som en del av praksisen, er det klare linjer tilbake til denne avgjørelsen i vurderingen. Siden det ikke var noen sjanse i nær fremtid for gjenforening i familien, var det i barnets interesse å bli fullt integrert i fosterfamilien ved adopsjon. For det tredje påpekte EMD at å frata foreldrerettigheter ikke nødvendigvis ville resultere i kutt i familiebandene fordi moren etter nasjonal lovgivning i prinsippet kunne ha rett til samvær. At

²¹⁷ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 65.

²¹⁸ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 15.

²¹⁹ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 18.

²²⁰ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 90 og 99.

²²¹ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 93.

²²² *S. S. mot Slovenia* avsnitt 95.

²²³ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 100.

²²⁴ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 101.

det ikke var aktuelt med samvær i dette tilfellet, skyldtes en konkret vurdering av forholdet mellom moren og barnet, ikke at barnet var bortadoptert. Dermed utgjorde ikke adopsjonen en endring i samværsrettighetene.²²⁵

I konklusjonen uttalte EMD at «the Court is satisfied that there were such exceptional circumstances in the present case as to justify the withdrawal of the applicant's rights, and that those measures were motivated by an overriding requirement pertaining to E.'s best interests».²²⁶ I gjennomgangen av saken blir de tre «considerations» nevnt i forrige avsnitt drøftet til en viss grad, men EMD sier ikke noe om hvor stor vekt som legges på de forskjellige elementene eller hensynene. Dermed er det vanskelig å trekke en konkret oppskrift ut av denne dommen, utover at et svakt forhold skal tillegges vekt.

6 Oppsummering

Oppgaven søker å gi svar på hvorvidt EMD stiller lavere krav for å nekte samvær i saker hvor forholdet mellom foreldre og barn er svakt. I denne delen skal jeg oppsummere hvilke funn som har kommet frem i analysen av EMDs praksis og peke på hvilken betydning dette kan ha for nasjonal praksis.

I dommene som henviste til *Söderbäck mot Sverige* åpnet EMD for å benytte seg av en annen tilnærming enn det som fulgte av tidligere praksis hvis forholdet mellom foreldre og barn var svakt. Det har imidlertid skjedd en utvikling. I praksisen som omhandler spørsmålet etter 2017, uttaler EMD at et svakt forhold «had to have» eller «must have» konsekvenser for hvor beskyttelsesverdig det er. Til tross for at EMD har uttalt at det må ha konsekvenser, viser de ikke til det svake forholdet mellom mor og barn i vurderingen i *Jansen mot Norge*. Dette kan være fordi saken ble løst ved å kritisere lagmannsrettens begrunnelse og at EMD derfor ikke diskuterte forholdet nærmere.

Den nyere rettspraksisen viser til *Aune mot Norge* istedenfor *Söderbäck mot Sverige*. I *Aune mot Norge* ble det svake forholdet en del av vurderingen av hvorvidt det forelå ekstraordinære omstendigheter. I *S. S. mot Slovenia* inkluderte EMD det svake forholdet som en del av nødvendighetsvurderingen.²²⁷ Siden ekstraordinære omstendigheter er et vilkår i forholdsmessighetsvurderingen, er dette dermed noe annet enn å åpne for en annen tilnærming. Det skal dermed tas med i en helhetsvurdering hvor nært forholdet er. Å ta forholdet med som et element i helhetsvurderingen istedenfor å stille andre krav ved svake forhold, kan potensielt

²²⁵ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 102.

²²⁶ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 103.

²²⁷ *S. S. mot Slovenia* avsnitt 100.

gi forskjellige resultater. At et svakt forhold tas inn som en del av vurderingen av om det foreligger ekstraordinære omstendigheter, gjør at det er en faktor som skal tas med, men at kravet i seg selv ikke er endret. EMD har således ikke endret praksis for hvilke krav som stilles, men har i nyere rettspraksis vært tydeligere på at et svakt forhold vil ha konsekvenser for hvorvidt det foreligger ekstraordinære omstendigheter. Svaret på problemstillingen ser dermed ut til å være at EMD ikke stiller andre krav til å nekte samvær dersom forholdet mellom foreldre og barn er svakt, men at et svakt forhold skal tillegges vekt i vurderingen av om det foreligger ekstraordinære omstendigheter.

EMD har ikke uttalt at den har fraveket muligheten for å åpne for en annen tilnærming. Domstolen begynte å vise til *Aune mot Norge* uten å kommentere hvorfor den ikke lenger refererte til *Söderbäck mot Sverige*. Det kan dermed ikke utelukkes at EMD i fremtidige saker kan åpne for en annen tilnærming enn kravet om ekstraordinære omstendigheter igjen. Siden domstolen konsekvent har vist til *Aune mot Norge* i saker om brudd på familiebånd, tyder det imidlertid på at EMD har fraveket den tidligere praksisen uten å kommentere det.

Til tross for at EMD i noen saker har oppstilt et krav om «very exceptional circumstances» for å kunne bryte familiebånd, har den vurdert bruddet på familiebånd ut fra spørsmålet om det forelå «exceptional circumstances». EMD har dermed i flere saker sammenblandet de tilsynelatende forskjellige standardene uten å forklare nærmere hvorfor. I denne oppgaven har det derfor blitt lagt til grunn at det ikke oppstilles to forskjellige standarder, men at kravet for brudd på familiebåndene er at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter.

Et aspekt EMD trakk frem i sakene som viste til *Söderbäck*, var hvorvidt det var foreldrenes skyld at tilknytningen var svak. Hvis foreldrene ikke hadde benyttet seg av sine samværsrettigheter, som i *Aune mot Norge*, uttalte EMD at det hadde innvirkning på hvor beskyttelsesverdig forholdet var. Dette ble også trukket frem i det separate votumet til dommer Albuquerque i *Assunção Chaves mot Portugal*. Han fremhevet at siden foreldrene i dette tilfellet var mer skyld i at forholdet deres med barnet var svakt enn i *Söderbäck mot Sverige*, var det ikke krav om ekstraordinære omstendigheter for å bryte familiebåndet dem imellom. Dette tyder på at hvorvidt foreldre har benyttet seg av muligheter for samvær eller ikke vil ha innvirkning på hvor sterke krav som stilles til å bryte familiebåndene.

Domstolens konklusjon i *Couillard Maugery mot Frankrike* understreker dette ytterligere. Her uttaler domstolen at samværsordningen mellom moren og barna hadde vært nøye og regelmessig vurdert gjennom de årene barna hadde vært under statlig omsorg. Moren hadde ikke benyttet seg av alle mulighetene hun hadde til å se barna sine, og samarbeidet hadde vært vanskelig. De nasjonale myndighetene hadde gjort alt som rimeligvis kunne forventes av dem

for å gjenforene mor og barn, og det ble ikke konstatert brudd på morens rett til familieliv.²²⁸ Selv om EMD uttaler at mangel på samarbeidsvilje i seg selv ikke skal være utslagsgivende, spiller det inn i vurderingen.

I de nyeste sakene var det ikke foreldrenes skyld at forholdet var svakt. Det ble lagt vekt på av mindretallet i *Strand Lobben mot Norge* at det svake forholdet ikke var morens skyld. Mindretallet konkluderte dermed at adopsjonen av barnet utgjorde et brudd på morens rett til familieliv etter art. 8. De svake forholdene mellom mor og barn i *Mohamed Hasan mot Norge* og *Jansen mot Norge* bunnet i frykt for at andre ville bortføre barna. I *S. S. mot Slovenia* gjorde morens sykdom det vanskelig for henne å ha kontakt med datteren. Selv om spørsmålet om skyld ikke ble diskutert i disse sakene, er det grunn til å tro at foreldrenes skyld i den svake tilknytningen fortsatt vil ha innvirkning på hvor beskyttelsesverdig et forhold anses for å være. Den nyere rettspraksisen viser imidlertid at det ikke er utslagsgivende: EMD vil tilsynelatende gi mindre beskyttelse til alle forhold med svak tilknytning mellom foreldre og barn hvis det er til barnets beste. Dette kan peke på en utvikling hvor hensynet til barnets beste tillegges større vekt enn tidligere.

Det viktigste i hvert enkelt tilfelle er å vurdere om samvær er til barnets beste. Dersom samvær ikke er til barnets beste, bør det ikke telle med i avveiningen om foreldrene har skyld i at forholdet dem imellom er svakt. Er det ikke til barnets beste, skal samvær nektes uavhengig av skyld.

Denne oppgaven har undersøkt hvorvidt og hvordan EMD har fraveket kravet til ekstraordinære omstendigheter for samværsnektelse ved svak tilknytning mellom foreldre og barn. Analysen viser at EMD ikke stiller andre krav for å nekte samvær dersom det er svake bånd mellom foreldre og barn. Nyere praksis viser likevel at dersom et forhold er svakt, skal dette tas med i vurderingen. Det er imidlertid ikke klart hvor mye vekt styrken på forholdet skal tillegges. Det ser videre ut til å være litt uenighet innad i EMD om hvorvidt forelderen må være skyld i at forholdet er svakt for at det skal tillegges vekt.

Hvilke konsekvenser dette må ha for nasjonal rettspraksis er uklart. Det fremgår av EMDs praksis at et svakt forhold kan ha konsekvenser for hvor beskyttelsesverdig det er, og at dette må tas med i vurderingen av hvorvidt det foreligger ekstraordinære omstendigheter. Det må imidlertid fortsatt eksistere ekstraordinære omstendigheter. Da Høyesterett behandlet det svake forholdet mellom foreldre og barn i HR-2017-2015-A, uttalte førstvoterende at lovgiver hadde lagt vekt på at det var til barnets beste å ha et «visst kjennskap til sitt biologiske opphav, og at

²²⁸ *Couillard Maugery mot Frankrike* avsnitt 305-308.

det biologiske prinsippet også må tillegges vekt der relasjonen mellom barnet og foreldrene er svak». ²²⁹ Det kan dermed se ut som om lovgiver, og dermed Høyesterett, har lagt mer vekt på det biologiske prinsipp enn det som følger av den nyeste praksisen fra EMD. Dette innebærer at dersom de lavere instansene følger avgjørelsen som et prejudikat, kan det legges for liten vekt på at forholdet er svakt og dermed tilkjennes samvær i saker hvor det ikke nødvendigvis følger av Norges forpliktelser etter EMK. I HR-2017-2015-A ble det diskutert hvorvidt samvær med foreldrene kunne føre til en retraumatisering av barnet. Høyesterett konkluderte med at siden den sakkyndige ikke med sikkerhet kunne si hvorvidt samvær kom til å føre til retraumatisering, kunne det ikke nektes samvær med de biologiske foreldrene. ²³⁰ Her kom dermed tvilen om retraumatisering foreldrene til gode. Dersom EMD fortsetter å vise til *Aune mot Norge* og at et svakt forhold skal ha konsekvenser i vurderingen, er det mulig at en slik tvil vil føre til at samvær nektes i lignende tilfeller i fremtiden.

Når den endelige dommen i *Strand Lobben mot Norge* er avsagt, antar jeg at EMD vil ta klart stilling til betydningen av svak tilknytning mellom foreldre og barn for hvor beskyttelsesverdig forholdet er. Siden EMD stiller krav til ekstraordinære omstendigheter for brudd på familiebandene uavhengig av hvorvidt det er adopsjon, samværsnektelse eller fratagelse av foreldrerettigheter vil Storkammerets konklusjon i den saken også ha betydning for hvor beskyttelsesverdig et forhold er i saker som omhandler samværsnektelse. Det er å håpe at EMD også i fremtiden kommer til å fortsette å vektlegge hensynet til barnets beste på samme måte som den har gjort i de nyeste dommene.

²²⁹ HR-2017-2015-A avsnitt 73.

²³⁰ HR-2017-2015-A avsnitt 70.

7 Kildeliste

7.1 Primærkilder

7.1.1 Konvensjoner

BK FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989.

EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

Wienkonvensjonen om traktatretten 23. mai 1969.

7.1.2 Norske dommer

Rt-2014-976

HR-2017-2015-A

7.1.3 Høringsnotat

Barne- og likestillingsdepartementet. (2019). *Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov*. 4.4.2019

[<https://www.regjeringen.no/contentassets/7a124c63b81b487e9d79ae44b73a2b70/høringsnotat-ny-barnevernslov---april-2019-.pdf>] [sitert 4.4.2019]

7.1.4 Internasjonale vedtak, rapporter og tolkningsuttalelser

CRC/C/GC/14 *General comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art 3. para. 1)* 29. mai 2013.
[https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf]
[sitert 13. mars 2019].

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life home and correspondence*, Oppdatert 31 desember 2018.
[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf] [sitert 6. april 2019].

7.1.5 Dommer fra EMD

Ageyevy mot Russland Case of Ageyevy v. Russia, Application no. 7075/10, Judgment, (18 april 2013).

Amanalachioai mot Romania Affaire Amanalachioai c. Roumanie, Requête n° 4023/04, Arrêt, (26 mai 2009).

Assunção Chaves mot Portugal Affaire Assunção Chaves c. Portugal, Requête n° 61226/08, Arrêt, (31 januar 2012).

Aune mot Norge	Case of Aune v. Norway, Application no. 52502/07, Judgment (28 oktober 2010).
Beghal mot Storbritannia	Case of Beghal v. the United Kingdom, Application no. 4755/16, Judgment (28 februar 2019).
Buchleither mot Tyskland	Case of Buchleither v. Germany, Application no. 20106/13, Judgment, (28 april 2016).
Buscemi mot Italia	Case of Buscemi v. Italy, Application no. 29569/95, Judgment (16 september 1999).
Chepelev mot Russland	Case of Chepelev v. Russia, Application no. 58077/00, Judgment (26 juli 2007).
Couillard Maugery mot Frankrike	Affaire Couillard Maugery c. France, Requête n° 64796/01, Arrêt, (1 juli 2004).
Daud mot Portugal	Case of Daud v. Portugal, 11/1997/795/997, Judgment (21 april 1998).
Dolhamre mot Sverige	Case of Dolhamre v. Sweden, Application no. 67/04, Judgment (8 juni 2010).
Emonet mfl. mot Sveits	Case of Emonet and others v. Switzerland, Application no. 39051/03, Judgment (13 desember 2007).
E. P. mot Italia	Case of E. P. v. Italy, Application no. 31127/96, Judgment, (16 november 1999).
Eski mot Østerrike	Case of Eski v. Austria, Application no. 21949/03, Judgment, (25 januar 2007).
Gerger mot Tyrkia	Case of Gerger v. Turkey, Application no. 24919/94, Grand Chamber Judgment, (8 juli 1999).
Gnahoré mot Frankrike	Case of Gnahoré v. France, Application no. 40031/98, Judgment, (19 september 2000).
Golder mot Storbritannia	Case of Golder v. the United Kingdom, Application no. 4451/70, Plenary Court Judgment (21 februar 1975).
Görgülü mot Tyskland	Case of Görgülü v. Germany, Application no. 74969/01, Judgment, (26 februar 2004).
H. K. mot Finland	Case of H. K. v. Finland, Application no. 36065/97, Judgment, (26 september 2006).
James mfl. mot Storbritannia	Case of James and others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Plenary Court Judgment, (21 februar 1986).
Jansen mot Norge	Case of Jansen v. Norway, Application no. 2822/16, Judgment, (6 september 2018).
Johansen mot Norge	Case of Johansen v. Norway, 24/1995/530/616, Judgment, (7 august 1996).

Jovanovic mot Sverige	Case of Jovanovic v. Sweden, Application no. 10592/12, Judgment, (22 oktober 2015).
Khusnutdinov og X mot Russland	Case of Khusnutdinov and X v. Russia, Application no. 76598/12, Judgment, (18 desember 2018).
Kuimov mot Russland	Case of Kuimov v. Russia, Application no. 32147/04, Judgment, (8 januar 2009).
Kutzner mot Tyskland	Case of Kutzner v. Germany, Application no. 46544/99, Judgment, (10 juli 2002).
M. L. mot Norge	Case of M. L. v. Norway Application no. 43701/14, Judgment (7 september 2017).
Mohamed Hasan mot Norge	Case of Mohamed Hasan v. Norway, Application no. 27496/15, Judgment, (26 april 2018).
Neulinger og Shuruk mot Sveits	Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland, Application no. 41615/07, Grand Chamber Judgment, (6 juli 2010).
Nowakowski mot Polen	Case of Kacper Nowakowski v. Poland, Application no. 324007/13), Judgment, (10 januar 2017).
N. P. mot Moldova	Case of N. P. v. The Republic of Moldova, Application no. 58455/13, Judgment, (6 oktober 2015).
Olsson mot Sverige	Case of Olsson mot Sverige, Application no. 10465/83, Plenary court judgment, (24 mars 1988).
P., C. og S. mot Storbritannia	Case of P., C. og S. v. the United Kingdom, Application no. 56547/00, Judgment, (16. juli 2002).
R. og H. mot Storbritannia	Case of R. and H. v. the United Kingdom, Application no. 35348/06, Judgment, (31 mai 2011).
R. M. S. mot Spania	Case of R. M. S. v. Spain, Application no. 28775/12, Judgements (extracts), (18 juni 2013).
Sahin mot Tyskland	Case of Sahin v. Germany, Application no. 30943/96, Grand Chamber Judgment, (8 juli 2003).
Senchishak mot Finland	Case of Senchisak v. Finland, Application no. 5049/12, Judgment, (18 november 2014).
S. H. mot Italia	Case of S. H. v. Italy, Application no. 52557/14, Judgment, (13 oktober 2015).
S. J. P. og E. S. mot Sverige	Case of S. J. P. and E. S. v Sweden, Application no. 8610/11, Judgment, (28 august 2018).
Soares de Melo mot Portugal	Affaire Soares de Melo c. Portugal, Requête n° 72850/14) Arrêt, (16 februar 2016).
S. S mot Slovenia	Case of S. S. v. Slovenia, Application no. 40938/16, Judgment, (30 oktober 2018).

Strand Lobben mfl. mot Norge	Case of Strand Lobben and others v. Norway, Application no. 37283/13, (30 november 2017) ikke endelig, tatt opp til behandling i Storkammeret.
Surikov mot Ukraina	Case of Surikov v. Ukraine, Application no. 42788/06, Judgment, (26 januar 2017).
Söderbäck mot Sverige	Case of Söderbäck v. Sweden, 12/1997/897/1109, Judgment, (28 oktober 1998).
T. mot Tsjekkia	Affaire T. c. République Tchèque, Requête n° 19315/11), Arrêt, (17 juli 2014).
V. D. mfl. mot Russland	Case of V. D. and others v. Russia (Application no. 723931/10), Judgment, (9 april 2019).
Vojnity mot Ungarn	Case of Vojnity v. Hungary (Application no. 29617/07) Judgment, (12 februar 2013).
Wunderlich mot Tyskland	Case of Wunderlich v. Germany, Application no. 18925/15, Judgment (10 januar 2019).
Zhou mot Italia	Affaire Zhou c. l'Italie, Requête n° 33773/11, Arrêt, (21 januar 2014).

7.1.6 Avgjørelser fra EMD

Adani mot Italia	Affaire Adani c. l'Italie, Requête n° 35496/97, Décision, (23 mars 1999).
Bussmann mot Tyskland	Case of Bussmann v. Germany, Application no. 13301/05, Decision, (25 september 2007).
G.H B. mot Storbritannia	Case of G. H. B. v. the United Kingdom, Application no. 42455/98, Decision, (4 mai 2000).
I. og U. mot Norge	Case of I. and U. v. Norway, Application no. 75531/01, Decision, (21 oktober 2004).
Kleinert mot Tyskland	Case of Kleinert v. Germany, Application no. 16013/04, Decision, (20 februar 2007).
Kuijper mot Nederland	Case of Kuijper v. the Netherlands, Application no. 64848/01, Decision, (3 mars 2005).
M. I med flere mot Finland	Case of M. I. and others v. Finland, Application no. 65092/09, Decision, (13 november 2012).
Nekvedavicius mot Tyskland	Case of Nekvedavicius v. Germany, Application no. 46165/99, Decision, (19 juni 2003).
Stober mot Tyskland	Case of Stober v. Germany, Application no. 39485/03, Decision, (11 desember 2006).
Ticli og Mancuso mot Italia	Affaire Ticli et Mancuso c. l'Italie, Requête n° 38301/97, Décision, (23 mars 1999).

Tiemann mot Frankrike og Tyskland *Affaires Tiemann c. la France et l'Allemagne*, Requêtes n° 47457/99 et 47458/99, Décision, (27 april 2000).

Vivian mot Italia *Affaire Vivian c. l'Italie*, Requête n° 32264/96, Décision (26 februar 2002).

7.2 Juridisk teori

- Arai-Takahashi, Y. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia, 2002.
- Draghici, C. «Adoption and the European Court of Human Rights: from *laissez-faire* to judicial law-making» i Panella L. og E. Spatafora (red), *Scritti in Onore de Claudio Zanghi*, Milano: Giuffré Editore, 2011. s 255-282. (sitert fra SSRN).
- Draghici, C. *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law – «Living Instrument» or Extinguished Sovereignty?* Oxford: Hart.Publishing, 2017.
- Haugli, T. og T. Havik, *Samvær i barnevernsaker -psykologiske og juridiske vurderinger*, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Haugli, T. «Samværsrett ved omsorgsovertakelse – Til barnets beste eller effektiv hindring av tilbakeføring?» i *Tidsskriftet Norges barnevern*, nr.4 (2004), s 36-43.
- Kilkelly, U. *The Child and the European Convention on Human Rights*, Cornwall: Dartmouth Publishing Company Ltd, 1999.
- Kilkelly, U., «The right to respect for private and family life -A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights», *Human rights handbooks*, no. 1. Tyskland: Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2001.
- Kilkelly, U. «The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child», i *Human Rights Quarterly*, vol 23 (2001b) s 308-326 (sitert fra HeinOnline).
- Kjølbro, J. F., *Den europæiske menneskerettigheds konvention -for praktikere*, 3. utg., Randers: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010. (sitert fra <http://samples.pubhub.dk/9788757493719.pdf>).
- Koch, K. og E. Walstad, *Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen*, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2005.
- Kratchovíl, J. «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court», i *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol 29, nr. 3 (2011), s 337-342 (sitert fra Sagepub).
- Lindboe, K. «Hensynet til barnets beste i barnevernsaker», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, Volum 1, nr. 2 (2003), s 114-125. (sitert fra Idunn.no)
- Loftsgaard, L. P. og K. Alstad «Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn», i *Barnevern og omsorgsovertakelse*, Steinar Tjomsland (red.) 2. utg., Oslo: Kommuneforlaget, 2003, s 69-115.

- Mowbray, A., «An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law», *Human Rights Law Review*, volum 9, nr. 2 (2009), s. 179-201. (sitert fra <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/9/2/179/659319>)
- Riba, J. F., «Principles and Prospects for a European System of Child Protection», *InDret*, Vol. 02, 2010. (sitert fra SSRN).
- Riiber, T. og A. Syse, «Høyesteretts sirkelgang i Jakob (HR-2017-2015) En kommentar», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, volum 16, nr. 1 (2018) s. 96-99. (sitert fra Idunn.no).
- Sandberg, K., «Naturens orden -til barnets beste? -Omsorg og samvær», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, volum 3, nr. 3 (2005) s 144-149. (sitert fra Idunn.no).
- Sandberg, K., «Ulogisk fra EMD?», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, volum 16, nr.4 (2018) s 265-268. (sitert fra Idunn.no).
- Scott, J., «Conflict between Human Rights and the Best Interests of Children: Myth or Reality?», i E. Sutherland og L. Barnes Macfarlane (red), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. (sitert fra www.cambridge.org/core).
- Stang, E. G og G-A Baugerud, «Samvær etter omsorgsovertakelse, En barnefaglig og juridisk utredning», *OsloMet Rapport 2018 nr. 10* (2018).
- Sørensen, C. B. «Nasjonale proposjonalitetsvurderinger etter EMK -prosessuell rasjonalitet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, volum 127, nr. 3-4 (2014), s 348-383. (sitert fra Idunn.no)
- Sørensen, C. B. «Barnevern og menneskerettighetene. Utredning til Barnevernslovutvalget, 23. desember 2015, rev. 20. juni 2016» vedlegg til *NOU 2016:16 Ny barnevernlov*. (2016) s. 306-360 (sitert fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/53164b1e70954231b2a09d3fdec1888b/nou/pdfs/nou201620160016000dddpdfs.pdf>).
- Søvig, K. H., «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2017. Nærmere om barneverssakene mot Norge», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, volum 16, nr.2-3 (2018) s 123-140 (sitert fra Idunn.no).
- Van Bueren, G. *Child rights in Europe*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007.