



Det juridiske fakultet

## **Gjenforeningsmålet og samvær**

Når og hvordan skal gjenforeningsmålet avveies mot motstridende interesser ved fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse?

Iver A. F. Aune

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, juni 2021

*Enten de virkelige tall er noe større eller mindre,  
burde vissheten om at barn daglig mishandles hos oss,  
aldri gi oss ro.*

Anders Bastholm (1978)

# Innhold

1	Innledning.....	1
1.1	Bakgrunn for valg av tema og aktualitet .....	1
1.2	Problemstillinger og avgrensninger.....	4
1.3	Rettskilder og metode.....	6
1.4	Kort om videre fremstilling .....	11
2	Sentrale barnevernsrettslige prinsipper .....	12
2.1	Prinsippet om barnets beste .....	12
2.2	Legalitetsprinsippet .....	13
2.3	Barnets rett til omsorg og beskyttelse.....	14
2.4	Forholdsmessighetsprinsippet .....	15
2.5	Det biologiske prinsipp.....	16
2.6	Barnets rett til medvirkning .....	18
3	Om omsorgsovertakelse og samvær.....	20
3.1	Rettsgrunnlagene .....	20
3.2	Hva ligger i «samvær»-begrepet?.....	22
4	Samværsrettens ulike formål og begrunnelser .....	24
4.1	Innledning.....	24
4.2	Gjenforeningsmålsettingen .....	26
4.2.1	Barnevernloven .....	26
4.2.2	Gjenforeningsmålet etter EMK og EMDs praksis .....	31
4.2.3	Gjelder det et gjenforeningsmål etter Barnekonvensjonen? .....	36
4.2.4	Oppsummering .....	40
4.3	Skape og vedlikeholde relasjoner mellom barnet og foreldrene .....	40
4.4	Ivaretagelse av barnets kulturelle, religiøse og språklige identitet mv.....	42
4.5	Barnets opplevelse av kontinuitet i omsorgen og aksept av situasjonen.....	43
4.6	Oppsummering .....	44

5	Når skal samvær fastsettes i lys av gjenforeningsmålet? .....	46
5.1	Innledning .....	46
5.2	Gjenforeningsmålet er ikke absolutt – vilkår for oppgivelse .....	46
5.3	Kravet om «spesielle og sterke grunner» .....	50
5.4	Når kan gjenforeningsmålet oppgis? .....	54
5.4.1	Tre typetilfeller .....	54
5.4.2	Foreldrene er <i>særlig uegnet</i> .....	54
5.4.3	Et fortsatt gjenforeningsmål <i>kan skade barnets helse og utvikling</i> .....	57
5.4.4	Det har gått <i>betydelig tid</i> siden omsorgsovertakelsen, slik at barnets behov for stabilitet går foran gjenforeningsmålet .....	57
5.5	Oppsummering .....	63
6	Hvordan skal gjenforeningsmålet avveies mot andre hensyn ved fastsettelsen av samvær? .....	65
6.1	Innledning .....	65
6.2	Samvær – en latent og uunngåelig rettighetskonflikt .....	65
6.3	Optimaliseringsnormen .....	67
6.3.1	<i>Barnets beste</i> er utgangspunktet .....	67
6.3.2	<i>Barnets beste</i> må sys sammen med skreddersøm – momenter i vurderingen ....	67
6.3.3	Den konkrete avveiningen mellom gjenforeningsmålet og motstridende interesser på barnets hånd .....	71
6.3.4	Særlig om begrepet «undue hardship» .....	79
6.3.5	Oppsummering .....	83
6.4	Avveiningsnormen .....	83
6.5	Oppsummering .....	89
7	Hvilke krav stiller gjenforeningsmålet til omfanget av samværsretten? .....	91
7.1	Problemstillinger .....	91
7.2	Kan det fastsettes en standardnorm for samvær? .....	91
7.3	Kan det fastsettes en minimumsnorm for omfanget av samværsretten? .....	93

7.4	Særlig om nektelse av samvær og sterkt begrenset samvær.....	96
7.5	Oppsummering .....	104
8	Enkelte betraktninger og vurderinger.....	106
8.1	Generelt .....	106
8.2	«Sterke og spesielle grunner» for å sterkt begrense eller nekte samvær.....	106
8.3	Er et økt mål om gjenforening ved antatt langvarige omsorgsovertakelser et demokratisk problem? .....	108
	Referanseliste .....	111

## Forord

«Stopp fosterhjemsindustrien». Dette var mitt første møte med norsk barnevern. Vel har jeg en far som er barnepsykolog, som har jobbet i BUFETAT og som jevnlig opptrer som sakkyndig i barnevernssaker. Men det var først denne varme sommerdagen i 2012, utenfor Trondheim Torg, jeg for alvor skjønnte hvilke følelser som ligger i barnevernssaker. Jeg var 13 år og skulle på Rosenborgkamp, men det er denne seansen jeg husker, ikke resultatet på Lerkendal. Det var en fortvilt forsamling som sto der, med plakater, megafoner, oppriktig sinne og kjærlighet. Opplevelsen satte dype spor. Hvem var disse menneskene og hvorfor var de blitt fratatt barna sine? De så da vitterlig normale ut.

Denne opplevelsen har jeg reflektert mye over i ettertid. Det var øyeåpner for de enormt vanskelige spørsmålene barnevernet hver dag står overfor. For det er ekte mennesker dette handler om. Og det er ekte barn. Ikke glem det.

# 1 Innledning

## 1.1 Bakgrunn for valg av tema og aktualitet

Samvær er et tema som det etter hvert er skrevet relativt mye om.<sup>1</sup> Til tross for dette finnes det lite kunnskap om hvordan reglene i praksis utøves. Et nytt forskningsprosjekt ved OsloMet skal undersøke dette på oppdrag fra Bufdir (2020–2022). En del av prosjektet består også av å undersøke og redegjøre for den gjeldende rettstilstanden. Denne avhandlingen er koblet til forskningsprosjektet som et frittstående bidrag.<sup>2</sup>

Temaet samvær etter omsorgsovertakelse har fått fornyet aktualitet som følge av de siste års barnevernssaker mot Norge i Den europeiske menneskerettsdomstolen [EMD]; hvoretter også Høyesterett, i lys av EMDs avgjørelser, har behandlet flere saker om samvær, der særlig de tre storkammeravgjørelsene fra mars den 27. mars 2020 oppsummerer og avklarer rettstilstanden på feltet.<sup>3</sup> Et sentralt tema i mange av avgjørelsene er gjenforeningsmålsettingen, og særlig hvilke føringer denne legger for fastsettelsen av samvær. Dette reiser flere problemstillinger som vil belyses i denne avhandlingen.

At norsk barnevern de senere årene har fått mye oppmerksomhet, i så vel EMD som Høyesterett, skyldes i stor grad et, i norsk målestokk, voldsomt engasjement mot norsk barnevern – både innenlands, men kanskje først og fremst utenlands. I april 2016 ble det holdt demonstrasjoner mot norsk barnevern i 63 byer i 20 land.<sup>4</sup> Harmen bunnet i en norsk-rumensk familie som etter et akuttvedtak var fratatt omsorgen for sine fem barn.<sup>5</sup> Dette er bare ett av flere eksempler på at norsk barnevernspraksis har skapt sinne utenfor Norges grenser. Særlig i Øst-Europa har kritikken vært hard, også fra høyeste politiske hold. Den tsjekkiske presidenten Miloš Zeman gikk i 2015 så langt som å sammenligne norsk barnevern med nazi-Tysklands

---

<sup>1</sup> Særlig Haugli (2000), Haugli og Havik (2010) og Stang og Baugerud (2018).

<sup>2</sup> Lenke til prosjektets hjemmeside på Research Gate: [CONTACT BETWEEN CHILDREN AND PARENTS AFTER CARE ORDER DECISIONS. LAW AND PRACTICE. | Elisabeth Stang | Research Project \(researchgate.net\)](#).

<sup>3</sup> HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S. Se Sandberg (2020) for en grundigere gjennomgang av dommene.

<sup>4</sup> Dagbladet (2016).

<sup>5</sup> Naustdal-saken. Familien var medlemmer av pinsemenigheten, og det var i stor grad dette miljøet som sto for de verdensomspennende demonstrasjonene. Foreldrene fikk senere alle barna tilbakeført. Akuttvedtaket ble klaget inn for EMD, men ble avvist da klagerne ikke hadde uttømt nasjonale rettsmidler, se *Bodnariu og andre mot Norge* [A], no. 73890/16 [2020].

Lebensborn-program.<sup>6</sup> I 2018 sendte BBC dokumentaren *Norway's Silent Scandal* om tre norske barnevernssaker som også fikk mye oppmerksomhet.<sup>7</sup>

Selv om de groveste beskyldningene har vært åpenbart grunnløse, er det liten tvil om at det internasjonale fokuset førte norsk barnevern under lupen. Stadig flere land uttrykte bekymring og skepsis til norsk barnevernspraksis. Misnøyen har særlig gått på at norske myndigheter har for lav terskel for å gripe inn i forholdet mellom barn og foreldre, og at det gjøres for lite for at barn og foreldre kan gjenforenes etter en omsorgsovertakelse.<sup>8</sup>

Dette fokuset nådde etter hvert også de rettslige institusjonene, og da først og fremst EMD. Siden 2015 har domstolen tatt 39 norske barnevernssaker til behandling.<sup>9</sup> I 2019, alene, kommuniserte EMD hele 25 saker til norske myndigheter. Dette er et oppsiktsvekkende antall med tanke på at domstolen historisk har kommunisert omtrent 4–5 saker til norske myndigheter i året, totalt.<sup>10</sup> I 2020 ble det kommunisert ytterligere fem barnevernssaker.<sup>11</sup> EMD har i tillegg avvist tre norske barnevernssaker med omfattende begrunnelser.<sup>12</sup> Norsk barnevernspraksis har imidlertid vakt oppmerksomhet og bekymring også utenfor EMD-systemet.<sup>13</sup>

Hovedstrømmen av kommuniserte saker kom i kjølvannet av at EMD i storkammersaken *Strand Lobben og andre mot Norge* fant krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjonen<sup>14</sup> artikkel 8.<sup>15</sup> Saken gjaldt konkret om et vedtak om fratakelse av

---

<sup>6</sup> Verdens Gang (2015).

<sup>7</sup> BBC (2018). Dette var en oppfølger til dokumentaren *Norway: Parents Against the State* som ble sendt i 2016, se BBC (2016).

<sup>8</sup> Se bl.a. *K.O. og V.M. mot Norge* [J], no. 64808/16 [2019] avsnitt 56, hvor Tsjekkia og Slovakia, gjennom tredjepartsintervensjon, uttrykte kritikk mot at norske myndigheters praksis («systematic practice») med samværsbegrensninger («limited contact rights») etter omsorgsovertakelse var problematisk i lys av det EMK-rettslige gjenforeningsmålet. Se også Emberland (2016) s. 329.

<sup>9</sup> Dette er saker som er kommunisert til Norge. 10 av 39 er realitetsbehandlet. Av disse er Norge frikjent i 2, mens det er konstatert krenkelse i 7 og delvis krenkelse i 1. Én sak hvor det er konstatert krenkelse, *Abdi Ibrahim mot Norge* [J], no. 15379/16 [2019], er anket og skal underlegges fullstendig ny behandling i storkammeret. Den er derfor ikke rettskraftig. I tillegg er én av de kommuniserte sakene, *Bodnariu og andre* [A], avvist på grunn av at klagerne ikke hadde uttømt nasjonale rettsmidler.

<sup>10</sup> Regjeringsadvokaten (2020) s. 4.

<sup>11</sup> At en sak er «kommunisert» til norske myndigheter, betyr at EMD har bedt om Norges syn på saken.

<sup>12</sup> Sakene *J.M.N. og C.H. mot Norge* [A], no. 3145/16 [2016], *T.S. og J.J. mot Norge* [A], no. 15633/15 [2016] og *I.D. mot Norge* [A], no. 51374/16 [2017].

<sup>13</sup> Blant annet har FNs barnekomité i sine anbefalinger til norske myndigheter stilt kritiske spørsmål omkring norske barnevernsmyndigheter, se FNs barnekomité (2018) avsnitt 20–21.

<sup>14</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 november 1950 (i kraft 3. september 1953) – Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK.

<sup>15</sup> *Strand Lobben og andre mot Norge* [GC], no. 37283/13 [2019], heretter omtalt som *Strand Lobben*.



foreldreansvar og samtykke til adopsjon krenket retten til familieliv, men domstolen trekker samtidig opp grenser som har betydning utover disse spørsmålene. I lys av den internasjonale kritikken mot norsk barnevernspraksis, var det knyttet betydelig spenning til EMDs standpunkter i saken. At saken i hele tatt slapp inn hos storkammeret, viser spenningene på området. Dette tydeliggjøres av at domstolen i kammeravgjørelsen, under dissens, kom til at det ikke forelå krenkelse,<sup>16</sup> mens flertallet i storkammeret, dog med to ulike begrunnelser, fant krenkelse.<sup>17</sup>

Etter at EMD avsa dom i storkammersaken 10. september 2019, har domstolen avsagt ytterligere seks kammerdommer mot Norge i barnevernssaker, hvor det i samtlige har blitt stadfestet krenkelse av EMK artikkel 8.<sup>18</sup> Alle dommene har vært enstemmige, og alle dommene har vist til de generelle uttalelsene i *Strand Lobben*.<sup>19</sup> Dette viser hvordan rettstilstanden er utviklet og klarlagt. Fortsatt gjenstår 29 norske barnevernssaker hos EMD, inkludert storkammerbehandling av *Abdi Ibrahim mot Norge*,<sup>20</sup> men den norske EMD-dommeren Arnfinn Bårdsen har uttalt at EMD så langt som mulig vil forsøke å avgjøre disse sakene i en forenklet prosedyre med tre dommere i komité i henhold til EMK artikkel 28 nr. 1 bokstav b, etter prinsippet om såkalt «well established law».<sup>21</sup>

Som et svar på EMDs innsigelser besluttet justitiarius den 22. oktober 2019 at fire barnevernssaker skulle behandles av Høyesterett i storkammer.<sup>22</sup> Sakene ble valgt fordi de var egnet til å vurdere hvilken betydning avgjørelsene i EMD hadde for norsk barnevernspraksis når det gjelder spørsmål om adopsjon, omsorgsovertakelse og samværsfastsettelse.<sup>23</sup>

---

<sup>16</sup> *Strand Lobben og andre mot Norge* [J], no. 37283/13 [2017]. Flertallet besto av dommerne fra Norge, Tyskland, Østerrike og Frankrike, mens dommerne fra Irland, Azerbaijan og Bulgaria utgjorde mindretallet.

<sup>17</sup> Dissens 13-4. Flertallet delte seg i to fraksjoner på 7 og 6 dommere, hvor det er flertallet på 7 dommere som gir begrunnelsen som er bestemmende for resultatet. Se nærmere om dommen og de ulike stemmekonstellasjonene i Köhler-Olsen (2019) og Søvig og Tjelmeland (2019).

<sup>18</sup> *K.O. og V.M. mot Norge* [J], *A.S. mot Norge* [J], no. 60371/15 [2019], *Abdi Ibrahim* [J] (anket til storkammer, ikke rettskraftig), *Pedersen og andre mot Norge* [J], no. 39710/15 [2020], *Hernehult mot Norge* [J], no. 14652 [2020] og *M.L. mot Norge* [J], no. 64639/16 [2020].

<sup>19</sup> For en grundigere gjennomgang av dommene vises det til NIM (2020) s. 80–90.

<sup>20</sup> *Abdi Ibrahim mot Norge* [J], no. 15379/16 [2019], heretter omtalt som *Abdi Ibrahim*.

<sup>21</sup> Rett24 (2020).

<sup>22</sup> HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og to saker ble forent til felles behandling i HR-2020-663-S.

<sup>23</sup> Norges Høyesterett (2020).

Høyesterett har gjennom storkammerbehandlingen forsøkt å avklare rettstilstanden og få den i overenstemmelse med de krav EMD har oppstilt i sine avgjørelser.<sup>24</sup>

I alle avgjørelsene står gjenforeningsmålet og betydningen det har for fastsettelsen av samvær sentralt. Høyesterett har i etterkant også avsagt flere avgjørelser i avdeling om samværsspørsmål.<sup>25</sup> Den 2. mars 2021 avsa Høyesterett ytterligere tre avdelingsdommer om samvær og betydningen av gjenforeningsmålet.<sup>26</sup> Dette sementerer rettstilstanden, samtidig som det gir et behov for å undersøke hvilke føringer Høyesterett legger for samværsfastsettelsen.

## 1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Hovedproblemstillingene i denne avhandlingen er når samvær skal fastsettes i lys gjenforeningsmålet, hvordan gjenforeningsmålet i disse tilfellene skal avveies mot andre hensyn, og herunder hvilke krav gjenforeningsmålet stiller til omfanget av samværsretten.

Høyesterett fremholder i de tre storkammeravgjørelsene fra den 27. mars 2020 at det ikke er noen motstrid mellom praksis fra EMD og de generelle materielle og prosessuelle bestemmelsene i barnevernloven<sup>27</sup>.<sup>28</sup> Samtidig understreker Høyesterett betydningen av at barnevernlovens bestemmelser praktiseres innenfor rammene av EMDs praksis.<sup>29</sup> Selv om de overordnede vurderingstemaene kan fastholdes, fremgår det imidlertid av HR-2020-661-S avsnitt 112 at nyere EMD-praksis krever justeringer i norsk barnevernspraksis fordi «beslutningsgrunnlag, avveining eller begrunnelse ikke alltid har vært tilstrekkelig», og videre at dette særlig knytter seg til «myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening mellom barn og foreldre».

Denne avhandlingen vil i størst grad rette seg mot de materielle virkningene gjenforeningsmålet har ved fastsettelsen av samvær. Hvilke krav gjenforeningsmålet stiller til beslutningsgrunnlag og begrunnelse i saker om samvær er høyaktuelle og interessante spørsmål, men som det ikke

---

<sup>24</sup> Innen forhandlingene startet den 4. februar 2020 hadde EMD også avsagt dom i sakene *K.O. og V.M.* [J], *A.S.* [J] og *Abdi Ibrahim* [J] – og før domsavsigelsen i sakene *Pedersen og andre mot Norge* [J] og *Hernehult mot Norge* [J]. Partene ble gitt anledning til å sende inn eventuelle bemerkninger om betydningen av disse siste to sakene, se bl.a. HR-2020-661-S avsnitt 28.

<sup>25</sup> HR-2020-1967-A, HR-2020-1968-A, HR-2020-1788-A, HR-2020-2081-A.

<sup>26</sup> HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A.

<sup>27</sup> Lov 17. juni 1992 nr. 100 om barnevernstjenester (barnevernloven eller bvl).

<sup>28</sup> Se bl.a. HR-2020-661-S avsnitt 170 og HR-2020-662-S avsnitt 56, se også HR-2020-1788-A avsnitt 63.

<sup>29</sup> Se bl.a. HR-2020-661-S avsnitt 171 og HR-2020-1788-A avsnitt 64.

har vært anledning til å behandle inngående denne gang.<sup>30</sup> Noe skarpt skille mellom materielle og prosessuelle spørsmål er det imidlertid ikke, all den tid de konkrete avveiningene nødvendigvis vil måtte gjøres på bakgrunn av beslutningsgrunnlaget og fremgå av begrunnelsen.<sup>31</sup> EMD har i stor grad begrunnet krenkelsene i de norske barnevernssakene med prosessuelle mangler, i den forstand at beslutningsgrunnlag og begrunnelser ikke har vist at de relevante hensynene, herunder gjenforeningsmålet, har vært vektlagt i tilstrekkelig grad.<sup>32</sup>

I flere av sakene hvor EMD har funnet krenkelse er domstolen særlig kritisk til at gjenforeningsmålet, uten at det er foretatt noen konkret eller nærmere begrunnelse, er forlatt allerede ved eller tidlig etter en omsorgsovertakelse, og at formålet med samværene dermed ikke har vært gjenforening, men at barnet skal kunne opprettholde kontakt og kjennskap til foreldrene.<sup>33</sup> I HR-2020-661-S avsnitt 132 oppsummerer Høyesterett det slik:

«I flere saker hvor EMD har funnet krenkelse, er det uttalt at barnevernets beslutning om at omsorgsovertakelsen ville være varig, og dermed fastsettelsen av svært begrenset samvær mellom barn og foreldre, skulle ha bygget på en grundig vurdering som tok hensyn til myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening.»

Med utgangspunkt i føringene fra EMD, har Høyesterett, gjennom storkammeravgjørelsene fra den 27. mars 2020 og de etterfølgende sakene, oppstilt et klarere skille mellom fastsettelse av samvær der gjenforeningsmålet står ved lag, og fastsettelse av samvær der målet om gjenforening er oppgitt. Dette skillet kommer tydelig til uttrykk i HR-2021-474-A avsnitt 47:

«For det første blir det i rettspraksis [ved fastsettelsen av samvær] skilt mellom saker der *målsettingen om gjenforening* mellom biologiske barn og foreldre står ved lag, og saker der man ikke lenger ser gjenforening som mulig.»

Et sentralt spørsmål i denne avhandlingen er *hvorfor* det oppstilles et slikt skille. Deretter vil det bli undersøkt *når* samvær skal fastsettes ut fra et mål om gjenforening, og dernest,

---

<sup>30</sup> Norges institusjon for menneskerettigheter har behandlet disse spørsmålene i sin rapport *Hvorfor dømmes Norge i EMD? En statusrapport på barnevernsfeltet*, se NIM (2020) kapittel 6 og 7.

<sup>31</sup> Se NIM (2020) s. 18–21.

<sup>32</sup> Se *Strand Lobben* [GC] avsnitt 225, *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 70, *A.S.* [J] avsnitt 70, *Abdi Ibrahim* [J] avsnitt 64, *Pedersen og andre* [J] avsnitt 71 og *Hernehult* [J] avsnitt 76–77. I saken *M.L.* [J] baserer krenkelsen seg i større grad direkte på materielle mangler ved statens oppfølging, se avsnitt 97.

<sup>33</sup> Se *Strand Lobben* [GC] avsnitt 72, *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 68, *A.S.* [J] avsnitt 62, *Abdi Ibrahim* [J] avsnitt 61, *Pedersen og andre* [J] avsnitt 67–68, *Hernehult* [J] avsnitt 74 og *M.L.* [J] avsnitt 93–94 og 97.

*hvordan* gjenforeningsmålet i disse situasjonene skal avveies mot andre hensyn. I forlengelsen av dette vil det diskuteres om og eventuelle hvilke *krav* gjenforeningsmålet stiller til omfanget av samværsretten.

Et interessant spørsmål ville også vært hvilke krav gjenforeningsmålet stiller til kvaliteten på samværene, men dette spørsmålet vil det, av hensyn til avhandlingens omfang, og at det er noe perifert i forhold til hovedproblemstillingene, bli avgrenset mot.<sup>34</sup> Det vil videre bli avgrenset mot samværsrett for søsken og andre nærstående. Dette har sammenheng med at de norske barnevernssakene for EMD har dreid seg om samvær og gjenforening mellom barn og foreldre. Om det eksisterer et gjenforeningsmål med andre enn foreldrene, og eventuelt hvilken betydning det har for fastsettelsen av samvær, er imidlertid et interessant spørsmål, som det ikke er blitt anledning til å behandle i denne avhandlingen.<sup>35</sup> Det vil av samme grunn også bli avgrenset mot samvær der barnet er plassert i institusjon.

### 1.3 Rettskilder og metode

Det skal her ikke foretas noen utlegging av alminnelig juridisk metode, eller en utførlig gjennomgang av rettskildene, men jeg vil peke på noen metodiske poenger som har betydning for avhandlingen, og begrunne hvorfor noen rettskilder vektlegges i større grad enn andre.

Barnevernsretten hører systematisk til den spesielle forvaltningsretten; det handler om offentlig myndighetsutøvelse overfor borgerne.<sup>36</sup> På grunn av det ujevne maktforholdet det i utgangspunktet er mellom borgeren på den ene side, og staten på den andre, finnes det i forvaltningsretten en rekke rettssikkerhetsgarantier som skal sikre borgerens grunnleggende rettigheter. Med rettssikkerhetsgarantier menes bestemmelser som skal beskytte enkeltmennesker mot ulovlige eller urimelige inngrep fra staten.<sup>37</sup> Som eksempel på slike garantier kan nevnes legalitetsprinsippet, kompetanse-, saksbehandlings- og forsvarlighetskrav og klage- og overprøvelsesordninger.

---

<sup>34</sup> Høyesterett har i sine avgjørelser lagt til grunn at gjenforeningsmålet også stiller krav til kvaliteten på samværene, se HR-2020-661-S avsnitt 133 og 143–144, HR-2020-662-S avsnitt 127, HR-2020-663-S avsnitt 137 og 145. Se også *Strand Lobben* [GC] avsnitt 221.

<sup>35</sup> Høyesterett legger i HR-2020-1967-A avsnitt 66 til grunn at selv om en grandtante hadde hatt den daglige omsorgen for barnet, og barnet ville bli tilbakeført til henne dersom omsorgsovertakelsen ble opphevet, «vil likevel de rettslige normene som gjelder målsettingen om gjenforening mv. ikke gjelde på samme måte [som for foreldrene], jf. EMDs dom 25. november 2014 Kruškić med flere mot Kroatia [no. 10140/13] avsnitt 109-111».

<sup>36</sup> Bendiksen (2008) s. 18.

<sup>37</sup> Se Stang og Baugerud (2018) s. 53.

På barnevernsrettens område kan imidlertid tradisjonell rettssikkerhetstenkning i noen henseender være problematisk. I barnevernssaker passer ikke alltid konstruksjonen om 'den lille mann mot den mektige staten'. Det som skiller barnevernsretten fra store deler av den øvrige forvaltningsretten, er at det ikke bare er to, men tre parter i en barnevernssak; barnet, foreldrene og barnevernstjenesten.<sup>38</sup> I utgangspunktet har barnet og foreldrene sammenfallende interesser i å bevare familielivet, men dersom barnet ikke får dekket sine grunnleggende behov for omsorg og beskyttelse i familien, vil situasjonen kunne bli den at barnet og foreldrene har motstridene interesser. Det tiltaket som fremstår mest inngripende overfor foreldrene, kan være den løsningen som ivaretar barnets rettigheter best.<sup>39</sup> På barnevernsrettens område går ikke konflikten bare mellom staten og borgeren, men ofte også borgerne imellom. Barnevernsretten kan sies å stå i et spenningsforhold mellom ulike menneskerettigheter. *Stang og Baugerud* fremhever derfor at det er «viktig å fristille seg noe fra en tradisjonell toparts-basert rettssikkerhets-tenkning» på barnevernsrettens område.<sup>40</sup>

Barnevernsretten ligger imidlertid likevel i kjernen av legalitetsprinsippets område, slik at utgangspunktet i barnevernsrettslige spørsmål må tas i loven. Lov 17. juni 1992 nr. 100 om barnevernstjenester (barnevernloven eller bvl.) regulerer statens ansvar, forpliktelser og kompetanse til å gripe inn i borgernes familieliv for å verne om barn.<sup>41</sup> Lovens § 4-19 første og andre ledd er det primære rettslige grunnlaget ved fastsettelse av samvær – mellom barn og foreldre – etter en omsorgsovertakelse.

Ved tolkning av lovbestemmelser er forarbeidene i alminnelighet en sentral rettskilde.<sup>42</sup> Selv om barnevernloven har vært endret flere ganger siden vedtakelsen i 1992, har barns og foreldres samværsrett etter § 4-19 første og andre ledd stått uendret.<sup>43</sup> De mest relevante forarbeidene er derfor av en eldre dato.<sup>44</sup> Forarbeidene er til dels generelle og går i liten grad mer inngående inn i problemstillingene knyttet til samvær. Dette medfører at forarbeidene i mindre grad bidrar

---

<sup>38</sup> Stang og Baugerud (2018) s. 53.

<sup>39</sup> Op.cit.

<sup>40</sup> Op.cit. s. 55.

<sup>41</sup> Lovens formål er at å sikre at «barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid», jf. bvl. § 1-1 første punktum.

<sup>42</sup> Nygaard (2004) s. 44, Skoghøy (2018) s. 73 flg. og Mestad (2019) s. 76.

<sup>43</sup> Ved endringslov nr. 65/2006 ble det tilføyd nye 3.–5. ledd om samværsrett for andre enn foreldrene og adgangen til å reise ny samværsak for fylkesnemnda.

<sup>44</sup> Se NOU 1985: 18, Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) og Innst. O nr. 80 (1991–1992).

til å belyse problemstillingene i denne avhandlingen,<sup>45</sup> utover å gi innsikt i generelle utgangspunkter og opplysninger om hvilken vekt lovgiver la på gjenforeningsmålet ved vedtakelsen av loven, og i senere revisjoner av loven. I den pågående prosessen mot å vedta en ny barnevernslov har det imidlertid blitt utarbeidet flere dokumenter, som også inneholder uttalelser om den gjeldende rettstilstanden.<sup>46</sup> Disse dokumentene vil imidlertid måtte betraktes som etterarbeider, med tilsvarende vekt som andre rettsoppfatninger i juridisk teori og lignende om rettstilstanden.<sup>47</sup>

Innholdet i samværsretten har derimot i stor grad blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og teori. Den mest omfattende fremstillingen om samvær etter omsorgsovertakelse er gjort av Trude Haugli i hennes doktorgradsavhandling *Samværsrett i barnevernssaker* fra 1998, hvor hun blant annet gikk gjennom 159 fylkesnemndsvedtak knyttet til samvær etter omsorgsovertakelse og samværenes betydning for tilbakeføring.<sup>48</sup> Da Haugli gjorde denne gjennomgangen fantes det ennå lite høyesterettspraksis på området.<sup>49</sup> Fra vedtakelsen av barnevernloven i 1992 og frem til januar 2018 avsa Høyesterett i det hele bare 17 saker om samvær etter omsorgsovertakelse.<sup>50</sup> Etter EMDs storkammeravgjørelse i *Strand Lobben-saken* går det imidlertid et skille. Høyesterett har etter denne avsagt flere avgjørelser om samvær etter omsorgsovertakelse på relativt kort tid, og et gjentakende tema er hvilken betydning gjenforeningsmålet har for samværsfastsettelsen.<sup>51</sup> Særlig tung vekt har de tre

---

<sup>45</sup> Mestad (2019) s. 85 fremhever at forarbeidene er særlig viktig når loven er ny; før den har satt seg og det tilkommer rettspraksis.

<sup>46</sup> Den 28. november 2014 oppnevnte regjeringen Barnevernslovutvalget, som skulle utrede forslag til ny barnevernslov. Den 29. september 2016 avga utvalget NOU 2016: 16. Gjennom Prop. 169 L (2016–2017) ble noen sentrale forslag, som ifølge departementet ikke kunne vente på en ny lov, gjennomført i gjeldende barnevernlov, se lov nr. 5/2018. Samtidig besluttet departementet å utarbeide et høringsnotat, *Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov*, med forslag til ny lov, basert på andre deler av utvalgets utredning. Notatet hadde høringsfrist 1. august 2019, og 134 hørings svar inkom. Den 9. april 2021 kom Prop. 133 L (2020–2021) om ny barnevernlov.

<sup>47</sup> Se Skoghøy (2018) s. 80–81.

<sup>48</sup> Se Haugli (2000) s. 49–50.

<sup>49</sup> De avgjørelsene som fantes var Rt. 1996 s. 1684 A, Rt. 1997 s. 534 A, Rt. 1998 s. 787 A og Rt. 1998 s. 1420 A, se Haugli (2000) s. 47.

<sup>50</sup> Dette antallet baserer seg på gjennomgangen i Riiber (2018) s. 145. To avgjørelser, Rt. 1998 s. 1420 A og Rt. 2014 s. 976 A gjaldt opphevelse av lagmannsrettens dom, mens de resterende gjaldt nektelse eller fastsettelse av samvær: Rt. 1996 s. 1684 A, Rt. 1997 s. 534 A, Rt. 1998 s. 787 A, Rt. 2001 s. 14 A, Rt. 2002 s. 875 A, Rt. 2002 s. 908 A, Rt. 2003 s. 425 A, Rt. 2004 s. 1046 A, Rt. 2004 s. 1683 A, Rt. 2005 s. 624 A, Rt. 2006 s. 247 A, Rt. 2006 s. 1672 A og HR-2017-2016-A («Jakob»).

<sup>51</sup> HR-2020-662-S, HR-2020-1788-A, HR-2020-1967-A, HR-2020-2081-A, HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A. I tillegg har Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg opphevet lagmannsrettens ankenektelse i flere saker: HR-2020-661-S, HR-2020-1968-A, HR-2020-1229-U, HR-2020-1203-U, HR-2020-998-U, HR-2020-969-U, HR-2020-964-U, HR-2020-952-U, HR-2020-950-U og HR-2020-940-U. I HR-2020-663-S ble lagmannsrettens ankenektelse opprettholdt.

storkammeravgjørelsene fra mars 2020, som gjennom den etterfølgende rettspraksisen har sementert rettstilstanden. Høyesterett har med dette, gjennom sin rolle som prejudikatsdomstol, staket ut kursen for samværsspørsmålet.<sup>52</sup> Denne nye høyesterettspraksisen vil derfor utgjøre en helt sentral del av denne avhandlingen, mens tidligere høyesterettspraksis i større grad vil fungere som sammenligningsgrunnlag og bakgrunnsmateriell.

På grunn av den rikholdige mengden høyesterettspraksis som finnes, vil underretts- og fylkesnemndspraksis i liten grad bli viet oppmerksomhet.

Den relevante høyesterettspraksisen har imidlertid i vid utstrekning blitt utviklet i lys av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen. På mange måter kan den nye høyesterettspraksisen, i hvert fall de tre storkammeravgjørelsene fra mars 2020, ses som en *oversettelse* av den relevante EMD-praksisen. Høyesterettspraksisen og EMD-praksisen vil derfor til dels kunne gli over i hverandre. I denne avhandlingen vil det derfor i noen tilfeller bli vist til EMDs praksis, selv om det samme også er lagt til grunn av Høyesterett, og vice versa. Jeg har imidlertid forsøkt å vise til parallelle uttalelser i fotnote. I den grad det er, eller kan være, forskjeller mellom EMD og Høyesteretts praksis, vil dette synliggjøres og diskuteres.

EMD håndhever imidlertid kun rettighetene etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Domstolen håndhever ikke barnevernloven, Barnekonvensjonen<sup>53</sup> eller andre rettighetsinstrumenter. EMD kan derfor, på noen måte, sies å bygge sine avgjørelser på et smalere rettskild grunnlag enn Høyesterett. I lys av det fokus og den vekt Høyesterett, som følge av de norske EMD-sakene, har lagt på EMDs praksis, kan det imidlertid spørres om barnevernloven og Barnekonvensjonen har kommet i skyggen av EMK. I denne avhandlingen vil det derfor legges an en noe videre angrepsvinkel enn den at Høyesteretts uansett gir uttrykk for gjeldende rett. Særlig barnevernloven og Barnekonvensjonen vil i større grad bli vurdert på et selvstendig grunnlag opp mot de sentrale problemstillingene.

Barnevernsretten er nettopp et rettsområde der ulike menneskerettigheter ofte kommer i konflikt. Den grunnleggende konfliktlinjen går mellom retten til familieliv på den ene siden, og

---

<sup>52</sup> Høyesterett rolle som prejudikatsdomstol følger av Grunnloven § 88 om at «Høyesterett dømmer i siste instans», se Skoghøy (2018) s. 106.

<sup>53</sup> Convention on the Rights of the Child, New York, 20. november 1989 (i kraft 2. september 1990) – FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen eller BK).

hensynet til at barnet får sine grunnleggende rettigheter ivaretatt på den andre. Ulike menneskerettsinstrumenter spiller derfor en sentral rolle i barnevernsrettslige spørsmål.

Utgangspunktet i norsk rett må tas i Grunnloven<sup>54</sup> kapittel E om menneskerettigheter. De sentrale bestemmelsene er § 102 om retten til familieliv og § 104 om barnets rettigheter, især prinsippet om barnets beste i bestemmelsens andre ledd. Disse bestemmelsene ble imidlertid laget etter mønster av allerede internasjonalt anerkjente menneskerettighetsbestemmelser. Prinsippet om barnets beste i § 104 andre ledd er laget etter mønster av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1,<sup>55</sup> mens retten til familieliv i § 102 er laget etter mønster av Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter<sup>56</sup> artikkel 17 og EMK artikkel 8. Høyesterett har, med støtte i forarbeidene,<sup>57</sup> lagt til grunn at grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder.<sup>58</sup> Men likevel slik at praksis fra internasjonale håndhevingsorganer – som EMD – som er kommet etter vedtakelsen av grunnlovsbestemmelsene, ikke har samme prejudikatsverdi ved tolkningen av Grunnloven, som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene. Det er Høyesterett som har ansvaret for å «tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».<sup>59</sup>

I denne avhandlingen vil det derfor bli vist til bestemmelsene i de internasjonale menneskerettskonvensjonene, og praksis omkring dem, selv om det samme vil følge av de parallelle bestemmelsene i Grunnloven. I den grad det finnes særskilte rettskilder omkring grunnlovsbestemmelsene, som skiller seg fra tvilling-bestemmelsene, vil disse trekkes frem.

Barnekonvensjonen og EMK er inkorporert i norsk rett gjennom henholdsvis menneskerettsloven<sup>60</sup> § 2 nr. 1 og nr. 4, og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning, jf. § 3. Ved tolkningen av menneskerettskonvensjonene vil det måtte benyttes folkerettslig metode.<sup>61</sup> Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler, ved tolkning av konvensjoner

---

<sup>54</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven eller Grl.)

<sup>55</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192. Grunnloven § 104 første ledd om barns rett til medvirkning i spørsmål som gjelder dem selv er laget etter mønster av Barnekonvensjonen artikkel 12, se samme dokument s. 190–191.

<sup>56</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 desember 1966 (i kraft 23 mars 1976) – Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter eller SP

<sup>57</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 90 og 192 og Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

<sup>58</sup> Se Rt. 2015 s. 93 A (Maria) henholdsvis avsnitt 64 om prinsippet om barnets beste i Grl. 104 og avsnitt 57 om retten til familieliv i Grl. § 102.

<sup>59</sup> Op.cit.

<sup>60</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).

<sup>61</sup> Se Høgberg (2019) s. 358.



som blir håndhevet av internasjonale håndhevingsorganer, skal benytte samme metode som det internasjonale håndhevingsorganet. I Rt. 2005 s. 833 P avsnitt 45 uttalte eksempelvis Høyesterett at norske domstoler, ved tolkning av EMK-bestemmelser, skal foreta en selvstendig tolkning, hvor de benytter samme metode som EMD. Ved tolkningen av Barnekonvensjonen har Høyesterett lagt til grunn at det skal legges «stor vekt» på FNs barnekomites generelle kommentarer («General comments»)<sup>62</sup> Også andre internasjonale håndhevingsorganer, som EMD, legger vekt på barnekomiteenes generelle kommentarer ved tolkningen av Barnekonvensjonen.<sup>63</sup>

## 1.4 Kort om videre fremstilling

Først, i punkt 2, vil det bli redegjort for noen sentrale barnevernsrettslige prinsipper som har betydning for avhandlingen, før det, i punkt 3, ses på hvilket rettsgrunnlag samværsretten bygger på og hva som nærmere ligger i retten til *samvær*. I punkt 4 beskrives og drøftes de ulike formålene eller begrunnelsene samværsretten bygger på, og det diskuteres i hvor stor grad samvær er begrunnet i gjenforeningsmålet, hva som nærmere ligger i denne målsettingen, og hvorfor det skilles mellom samvær der målet om gjenforening består og der det er oppgitt.

Punkt 5 omhandler spørsmål knyttet til når samvær skal fastsettes ut fra et mål om gjenforening, mens det i punkt 6 drøftes hvordan gjenforeningsmålet, der det står ved lag, skal avveies mot andre hensyn på henholdsvis barnets og foreldrenes hånd ved samværsfastsettelsen. I punkt 7 behandles spørsmål om, og eventuelt hvilke, krav gjenforeningsmålet stiller til omfanget av samværsretten, mens det, avslutningsvis, i punkt 8, vil ses på enkelte problemstillinger i et større perspektiv, blant annet opp mot lovproposisjonen om ny barnevernlov.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Se HR-2020-661-S avsnitt 80. Barnekomiteen har utgitt 25 generelle kommentarer. Kommentarene publiseres på [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) (sist besøkt 31.05.2021).

<sup>63</sup> Se f.eks. *Strand Lobben* [GC] avsnitt 207 hvor EMD viser til Generell kommentar nr. 14 ved tolkningen av barnets beste-prinsippet.

<sup>64</sup> Prop. 133 L (2020–2021).

## 2 Sentrale barnevernsrettslige prinsipper

### 2.1 Prinsippet om barnets beste

Det følger av Grunnloven § 104 andre ledd at «ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Som nevnt ovenfor er bestemmelsen laget etter mønster av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Prinsippet kommer også til uttrykk i konvensjonens artikkel 9 nr. 3 om barns rett til samvær med foreldre det lever separert fra.

Prinsippet om *barnets beste* er anerkjent verden over, i både nasjonal lovgivning og internasjonale rettsinstrumenter.<sup>65</sup> I *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] uttalte EMD at det er bred enighet i folkeretten, om at i saker som omhandler barn, skal «their best interests [...] be paramount».<sup>66</sup> Prinsippet betraktes som internasjonal sedvanerett.<sup>67</sup>

Prinsippet kommer til uttrykk flere steder i norsk lovgivning.<sup>68</sup> I barnevernloven følger det av § 4-1 første punktum at det ved anvendelse av bestemmelsene i kapittel 4, skal legges «avgjørende vekt» på å finne tiltak som er til barnets beste. Selv om ordlyden begrenser anvendelsesområdet til tiltak etter kapittel 4, er det på det rene at prinsippet gjelder ved alle avgjørelser på grunnlag av barnevernloven.<sup>69</sup>

Begrepet *barnets beste* («the best interests of the child») er imidlertid ikke et entydig eller håndgripelig begrep. Hva som vil være til *barnets beste* i et spørsmål, kommer an på øyet som ser. *Barnets beste* kan derfor best betraktes som en rettslig standard. Begrepet har intet fast meningsinnhold, men innholdet må utledes fra andre rettskilder.

Dette er naturlig idet *barnets beste*-prinsippet har et meget vidt anvendelsesområde. Begrepet skal kunne benyttes for alle barn, i alle aldre, til forskjellige sammenhenger og forskjellige tider. Barnekonvensjonen skal i tillegg kunne benyttes alle steder i verden. Det er opplagt at

---

<sup>65</sup> Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7. desember 2000 (ikraft 9. desember 2009), art. 24 nr. 2.

<sup>66</sup> *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC], no. 41615/07 avsnitt 135. Dette er fulgt opp i etterfølgende avgjørelser, se f.eks. *Strand Lobben* [GC] avsnitt 204.

<sup>67</sup> I *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 49–56 går EMD gjennom det folkerettslige grunnlaget for barnets beste-prinsippet. Se også Stang og Baugerud (2018) s. 59 og Dane (2015) s. 193.

<sup>68</sup> Utenom Grunnloven § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen som er inkorporert med forrang gjennom mrl. § 2, jf. § 3, kommer prinsippet til uttrykk i barneloven § 48 første ledd, lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon § 4, lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. § 2-6 første ledd siste punktum og lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her § 38 tredje ledd første punktum.

<sup>69</sup> Se bl.a. NOU 2016: 16 s. 48.

begrepet ikke kan ha et entydig innhold.<sup>70</sup> Begrepet skal være fleksibelt og tilpassningsdyktig.<sup>71</sup> Hva som er til *barnets beste* er ifølge Haugli et «verdispørsmål av allmennmenneskelig karakter».<sup>72</sup> Barnets beste-begrepet gir stort rom for skjønnsmessige, konkrete og individuelle vurderinger. I Generell kommentar nr. 14 avsnitt 32 legger barnekomiteen til grunn at *barnets beste* bør justeres og defineres på individuell basis («adjusted and defined on an individual basis»), i henhold til den spesifikke situasjonen til barnet eller barna. Ved enkeltvedtak skal barnets beste vurderes og avgjøres i lys av de konkrete omstendighetene rundt det aktuelle barnet.

Samtidig står ikke rettsanvenderen helt fritt i barnets beste-vurderingen. *Barnets beste* er et juridisk begrep, og det nærmere innholdet må avklares gjennom juridisk tolkning i det enkelte tilfelle.<sup>73</sup> Selv om ordlyden *barnets beste* er vag, kvalifiserer det imidlertid til en viss grad hvilke interesser som skal vektlegges – det skal være de *beste* interessene *for barnet*, og ikke de nest beste eller tredje beste, eller noen annens interesse. Dersom man har valget mellom flere dårlige løsninger for barnet, skal man ifølge barnets beste-prinsippet velge det minst dårlige.

## 2.2 Legalitetsprinsippet

Det generelle forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet følger av Grunnloven § 113:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Det følger også av EMK artikkel 8 nr. 2 at inngrep i borgernes privatliv og familieliv må skje «in accordance with the law».<sup>74</sup>

Legalitetsprinsippet stiller også klar til lovhjemmelens klarhet – den må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater.<sup>75</sup> Hvor strenge krav som stilles til klarheten, varierer etter arten av inngrepet og hvor hardt det rammer.<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Haugli (2019) s. 56.

<sup>71</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 32.

<sup>72</sup> Haugli (2019) s. 56

<sup>73</sup> Se Bendiksen og Haugli (2021) s. 27.

<sup>74</sup> Uttrykket «law» forutsetter, i motsetning til Grl. § 113, ikke formell lov (eller provisorisk anordning), men i overensstemmelse med den britiske common law-tradisjonen, som EMK-retten tar hensyn til, kan hjemmelen også finnes i ulovfestede rettskilder, se Aall (2018) s. 124.

<sup>75</sup> Se HR-2020-1967-A avsnitt 35, jf. Rt. 2014 s. 1105 A avsnitt 30.

<sup>76</sup> Se HR-2020-1967-A avsnitt 36, jf. Rt. 2006 s. 1382 A (Utsi) avsnitt 51.

Det følger av legalitetsprinsippet at dersom statens myndigheter skal vedta barnevernstiltak som griper inn i noens privat- eller familieliv, kreves det tilstrekkelig klar hjemmel og at vilkårene som oppstilles i hjemmelen er oppfylt.

## 2.3 Barnets rett til omsorg og beskyttelse

Barnevernloven *skal* sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, *får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse* til rett tid, jf. bvl. § 1-1 første punktum. Bestemmelsen er formulert som en pliktbestemmelse for barnevernstjenesten, og ikke en rettighetsbestemmelse for barnet.

Ved lovendring i 2018 ble det imidlertid vedtatt en ny § 1-5 i barnevernloven som gir barnet rett til nødvendige tiltak etter loven.<sup>77</sup> Dette var ment som en konkretisering av barnets rett til omsorg og beskyttelse som allerede følger av Barnekonvensjonen og Grunnloven.<sup>78</sup>

Barnets rett til omsorg og beskyttelse er ikke eksplisitt uttalt i Barnekonvensjonen, men den kan utledes fra fortalen og flere enkeltbestemmelser.<sup>79</sup> Tydeligst fremgår det av artikkel 3 nr. 2, hvor konvensjonsstatene påtar seg å sikre at barn får den beskyttelse og omsorg («such protection and care») som er nødvendig for barnets trivsel («well-being»). Selv om bestemmelsen er utformet som en plikt for statene, er det lagt til grunn at det også medfører en rett for barnet.<sup>80</sup> FNs barnekomité legger til grunn at begrepene *beskyttelse og omsorg* («such protection and care») må leses i vid forstand, i tråd med målet om å sikre barnets trivsel og utvikling («“well-being” and development»)<sup>81</sup> Dette omfatter barnets grunnleggende materielle, fysiske, pedagogiske og emosjonelle behov, så vel som barnets behov for kjærighet og trygghet («affection and safety»)<sup>82</sup>

Barnets rett til omsorg og beskyttelse er også en forutsetning for barnets rett til liv,<sup>83</sup> og en nødvendig følge av barnets rett til beskyttelse av sin integritet og verdighet.<sup>84</sup> Det er en

---

<sup>77</sup> Lov nr. 5/2018.

<sup>78</sup> Prop. 169 L (2016–2017) s. 35.

<sup>79</sup> Se fortalen strekpunkt 4, 8 og 9, og artikkel 3 nr. 2 og artikkel 7 nr. 1.

<sup>80</sup> Sandberg (2003) s. 96 og Bendiksen (2008) s. 102.

<sup>81</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 16.

<sup>82</sup> Op.cit.

<sup>83</sup> Jf. bl.a. Grl. § 93 tredje ledd, BK artikkel 6 nr. 1, EMK artikkel 2 nr.1.

<sup>84</sup> Jf. bl.a. Grl. § 104 tredje ledd første punktum og BK artikkel 16.

utbredt oppfatning i litteraturen at barn har en menneskerett til omsorg.<sup>85</sup> *Bendiksen og Haugli* legger til grunn at barnets rett til omsorg er absolutt.<sup>86</sup>

## 2.4 Forholdsmessighetsprinsippet

Høyesterett la i Rt. 2008 s. 560 A avsnitt 48 lagt til grunn at det ikke eksisterer noen generell forholdsmessighetsbegrensning i norsk forvaltningsrett. På barnevernsrettens område er dette i så fall en sannhet med sterke modifikasjoner.

For det første bygger menneskerettskonvensjonene på et forholdsmessighetsprinsipp, og ved myndighetshandlinger som gjør inngrep i disse rettighetene, må følgelig forholdsmessighetskravet være oppfylt, jf. mrl. § 2, jf. § 3.<sup>87</sup> Forholdsmessighetskravet ved handlinger som griper inn i borgernes beskyttede familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1, som gjelder de fleste barnevernstiltak, følger direkte av artikkel 8 nr. 2.<sup>88</sup>

«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right [rettighetene etter artikkel 8 nr. 1] except such as is in accordance with the law and is *necessary in a democratic society* in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. [min kursivering]»

EMD har tolket uttrykket «necessary in a democratic society» som et krav om forholdsmessighet. Domstolen har gjentatte ganger lagt til grunn at i spørsmålet om vilkåret er oppfylt, vil den vurdere om grunnene for å gjøre inngrepet var relevant og tilstrekkelige («relevant and sufficient») for å realisere formålet inngrepet er begrunnet i; og videre at inngrepet «corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to

---

<sup>85</sup> Sandberg (2003) s. 96–98, Stang (2007) s. 369–371, Bendiksen (2008) s. 100–103, Sigurdson (2015) s. 87–88 og Sørensen (2016) s. 320–321.

<sup>86</sup> Se Bendiksen og Haugli (2021) s. 48.

<sup>87</sup> I Rt. 2008 s. 560 A tar Høyesterett, etter å ha konstatert at det ikke gjelder en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning etter norsk forvaltningsrett, stilling til om myndighetshandlingen – vedtak om å ikke oppheve innreiseforbud – oppfyller det EMK-rettslige forholdsmessighetskravet, se avsnitt 52–57.

<sup>88</sup> Også Barnekonvensjonen bygger på et forholdsmessighetsprinsipp, se nærmere i punkt 4.2.3

the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests».<sup>89</sup>

Det EMK-rettslige forholdsmessighetskravet kan systematisk deles inn i tre hovedelementer:<sup>90</sup>

1. Egnethet. Inngrepet må være egnet og tilstrekkelig («relevant and sufficient») til å realisere formålet det er begrunnet i.<sup>91</sup>
2. Nødvendighet (forholdsmessig i snever forstand). Formålet kan ikke nås med mindre inngripende midler.
3. Proporsjonalitet (forholdsmessig i vid forstand). Inngrepet må stå i forhold til (være proporsjonalt med) formålet. Det må være forholdsmessighet mellom mål og middel.<sup>92</sup> Ikke ethvert mål helliger middelet, selv om det både er egnet og nødvendig for å nå et legitimt formål.

At det eksisterer en forholdsmessighetsbegrensning i barnevernsretten, kan også utledes direkte fra barnevernloven. Loven har som utgangspunkt at det ikke skal gjøres større inngrep i noens familieliv enn det som er nødvendig for å ivareta formålet med inngrepet (forholdsmessighet i snever forstand). Dette omtales gjerne som det minste inngreps prinsipp,<sup>93</sup> og er i realiteten det samme som det EMK-rettslige *nødvendighets*-kravet. I dette ligger det også et *egnet*-krav: Dersom tiltaket ikke er egnet til å nå formålet, er det heller ikke nødvendig.

## 2.5 Det biologiske prinsipp

Barnevernloven bygger på det naturlige utgangspunkt om at foreldrene har det primære ansvaret for ivaretagelsen av sine barn,<sup>94</sup> mens statens ansvar er subsidiært. Dette omtales gjerne som *det biologiske prinsipp*.<sup>95</sup> Selv om prinsippet ikke nevnes eksplisitt i

---

<sup>89</sup> Se f.eks. *K. og T. mot Finland* [GC], no. 25702/94 [2001] avsnitt 154 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 203.

<sup>90</sup> Se Aall (2018) s. 153.

<sup>91</sup> Hvilke formål som er legitime er uttømmende opplistet i bestemmelsen: Hensynet til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, forebygging uorden eller kriminalitet, beskyttelse av helse eller moral, eller beskyttelse av andres rettigheter og friheter.

<sup>92</sup> HR-2020-661-S avsnitt 76.

<sup>93</sup> Prinsippet er ikke eksplisitt uttalt i barnevernloven, men kommer til uttrykk gjennom lovens system, bl.a. bvd. § 4-12 andre ledd. Undertiden brukes også uttrykket *det mildeste inngreps prinsipp*, f.eks. i Prop. 106 L (2012–2013) s. 82.

<sup>94</sup> Innholdet i foreldreansvaret fremkommer av barneloven § 30.

<sup>95</sup> Se Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 27, NOU 2012: 5 s. 41 og Bendiksen og Haugli (2021) s. 189–190.

barnevernloven, fremkommer det av lovens system som oppstiller skranker for inngrep i forholdet mellom barn og foreldre.<sup>96</sup>

I forarbeidene til barnevernloven begrunnet Sosiallovutvalget dette utgangspunktet med at samfunnets normalordning er at barn vokser opp hos sine foreldre, og at loven bør gjenspeile dette, og at det generelt sett eksisterer sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre, som det i de fleste tilfeller vil være i barnets interesse å bevare.<sup>97</sup>

Det biologiske prinsipp har imidlertid også betydning etter en omsorgsovertakelse. I drøftelsene om samværsrett uttalte Sosiallovutvalget at «[d]et er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med *de biologiske foreldre*, og dette bør være lovens utgangspunkt [min kursivering]». <sup>98</sup> I Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 27 gjentar Høyesterett at «[f]oreldrenes rett til samvær med sine barn» er et utslag av det biologiske prinsipp.<sup>99</sup>

Det biologiske prinsipp har imidlertid møtt kritikk. I NOU 2012: 5 foreslo Raundalen-utvalget, etter en omfattende diskusjon omkring prinsippet, å innføre et nytt overordnet prinsipp – *det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp* – som skulle gis forrang foran det biologiske prinsipp «i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling». <sup>100</sup> I den etterfølgende proposisjonen holdt imidlertid departementet fast ved at barnets beste skal være det overordnede prinsippet ved barnevernets arbeid, men uttalte samtidig at barnets beste-vurderingen må baseres på fire faglige prinsipper: tilknytnings- og relasjonskvalitet, biologiske bånd, mildeste effektive inngrep og barnets medvirkning.<sup>101</sup>

Begrepet *det biologiske prinsipp* har også høstet kritikk fordi det øyensynlig bare verner forholdet mellom biologiske barn og foreldre.<sup>102</sup> I barnevernloven er det ikke de biologiske båndene, men det rettslige og dels det sosiale forholdet mellom barn og foreldre som er

---

<sup>96</sup> Se bl.a. bvl. § 4-12 andre ledd om at inngrep fra barnevernets side forutsetningsvis skal skje uten å skille barnet og foreldrene, bvl. § 4-12 som oppstiller strenge vilkår for å overta omsorgen for barn, og bvl. § 4-21 første ledd første punktum om at tilbakeføring i utgangspunktet skal skje når foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.

<sup>97</sup> NOU 1985: 18 s. 157.

<sup>98</sup> Op.cit. s. 168 og Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 51.

<sup>99</sup> Formuleringen «[f]oreldrenes rett til samvær med sine barn» er uheldig. Samværsretten er en gjensidig rettighet mellom barn og foreldre, jf. bvl. § 4-19 første ledd, og også for barnet har samvær med sine foreldre en egenverdi. Se nærmere i punkt 3.1 og 4.3.

<sup>100</sup> Se NOU 2012: 5 s. 86.

<sup>101</sup> Prop. 106 L (2012–2013) s. 82–83. Se Brynildsrud (2016) for en kritisk gjennomgang av det biologiske prinsipp i lys av Raundalen-utvalgets drøftelser NOU 2012: 5.

<sup>102</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 190.

vernet.<sup>103</sup> Også etter EMK artikkel 8 er det faktiske, og ikke biologiske, familieband som er det avgjørende for om det eksisterer et beskyttet familieliv i konvensjonens forstand.<sup>104</sup>

Uttrykket *biologiske* er i så måte misvisende. Det er familie-relasjonen som er vernet, og ikke biologien. I HR-2020-611-S avsnitt 81 uttaler Høyesterett, i spørsmål om tvangsadopsjon etter barnevernloven § 4-20 andre ledd, at «[u]tgangspunktet er altså de familiemessige bånd – ofte omtalt som det biologiske prinsipp – både for foreldrene og for barnet». *Prinsippet om de familiemessige bånd* ville nok kunne vært en bedre beskrivelse av rettstilstanden, men begrepet *det biologiske prinsipp* er såpass innarbeidet i rettssystemet at det vil benyttes i denne avhandlingen.

## 2.6 Barnets rett til medvirkning

Det følger av Grunnloven § 104 første ledd andre punktum at barn «har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv» og at deres mening «skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling». Bestemmelsen er laget etter mønster av Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1.<sup>105</sup> FNs barnekomité legger til grunn at barnets rett til medvirkning er ett av fire grunnprinsipper i Barnekonvensjonen.<sup>106</sup> At barnets mening skal høres og vektlegges er også lagt til grunn av EMD.<sup>107</sup>

Barnets medvirkningsrett ble ved lovendring i 2018 presisert gjennom en ny § 1-6 i barnevernloven.<sup>108</sup> Bestemmelsens første til tredje punktum lyder:

«Alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til å medvirke i alle forhold som vedrører barnet etter denne loven. Barnet skal få tilstrekkelig og tilpasset

---

<sup>103</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 190.

<sup>104</sup> Se *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 150 hvor eksistensen av nære personlige bånd («close personal ties») mellom barnet og forelderen er det sentrale vurderingstemaet. De biologiske båndene («blodets bånd») mellom barn og foreldre har imidlertid et særlig sterkt vern etter konvensjonen, se Stang (2019) s. 186 og Aall (2018) s. 235.

<sup>105</sup> Se Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 190–191.

<sup>106</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 43–45 og Generell kommentar nr. 12 avsnitt 70–74.

<sup>107</sup> Se f.eks. saken *S.J.P. og E.S. mot Sverige*, no. 8610/11 (2018) avsnitt 119 hvor domstolen, i spørsmål om samværsrestriksjoner, uttaler: «Importantly, the extent of the contact rights appears to be in line with the express wishes of the children.»

<sup>108</sup> Lov nr. 5/2018.



informasjon og har rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter. Barnet skal bli lyttet til, og barnets synspunkter skal vektlegges i samsvar med barnets alder og modenhet.»<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> At barnet har rett til å medvirke under saksbehandlingen fulgte imidlertid allerede av § 6-3 første ledd. Medvirkningsretten forsterkes ytterligere gjennom ny § 1-7 om at barnevernet skal utøve sin virksomhet med respekt for og så langt som mulig i samarbeid med barnet og barnets foreldre.

## 3 Om omsorgsovertakelse og samvær

### 3.1 Rettsgrunnlagene

Retten til samvær mellom barn og foreldre etter en omsorgsovertakelse reguleres i barnevernloven av § 4-19 første og andre ledd. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

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

Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.»

Det følger av ordlyden i første ledd at barn og foreldre som hovedregel har en selvstendig og gjensidig rett til samvær med hverandre. Samværsretten er altså en rettighet både for barnet og foreldrene.<sup>110</sup> Denne rettigheten gjelder, som ordlyden viser, generelt innenfor barnevernlovens anvendelsesområde, der barnet og foreldrene – av ulike grunner – lever atskilt.<sup>111</sup> Dette omfatter også situasjoner der barnet og foreldrene er skilt som følge av en omsorgsovertakelse. Med omsorgsovertakelse menes at barnet flyttes ut av foreldrehjemmet og at barnevernet overtar det daglige omsorgsansvaret, jf. bvl. § 4-18 første ledd.<sup>112</sup> Hjemmel for omsorgsovertakelse finnes i barnevernloven § 4-12 og § 4-8 andre og tredje ledd.

Begrensningene i samværsretten følger av formuleringen «hvis ikke annet er bestemt». En beslutning om at foreldre og barn ikke skal ha rett til samvær med hverandre eller at samværsretten skal begrenses, kan være hjemlet i enten barneloven § 43 første ledd eller barnevernloven § 4-19 andre ledd. At barnet plasseres utenfor foreldrehjemmet som følge av et barnevernsrettslig tiltak, gir i utgangspunktet ikke en forelder uten samværsrett etter barneloven, noen større rett på samvær.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> At også barnet har en selvstendig samværsrett med sine foreldre er understreket i Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 51.

<sup>111</sup> Se også NOU 2016: 16 s. 179 og Haugli (2000) s. 30.

<sup>112</sup> Kjønsstad, Syse og Kjelland (2017) s. 513.

<sup>113</sup> Se NOU 2016: 16 s. 179, Ofstad og Skar (2015) s. 178–179 og Haugli og Havik (2010) s. 27. Det er imidlertid intet hinder for at en forelder uten samværsrett etter barneloven, likevel får samværsrett etter barnevernloven, se HR-2020-663-S avsnitt 166–175 hvor Høyesterett tok stilling om en far, som ikke hadde samværsrett etter barneloven, likevel skulle ha samvær etter omsorgsovertakelsen. Høyesterett kom etter en helhetlig vurdering til at tingrettens avgjørelse om å opprettholde fylkesnemndas vedtak om samværsnekt mellom far og barn bygde på et tilstrekkelig bredt grunnlag,

Når det er fattet et vedtak om omsorgsovertakelse, er det fylkesnemnda som etter bvl. § 4-19 andre ledd første punktum *skal* ta standpunkt til omfanget av samværsretten eller om samvær – av hensyn til barnet – skal nektes. Selv om ordlyden «når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse» kan indikere at vedtaket om omsorgsovertakelse må være fattet før det tas stilling til samværsspørsmålet, blir disse spørsmålene i praksis avgjort i samme vedtak. Samværsfastsettelsen eller nektelsen kan imidlertid – særskilt – bringes inn til domstolene for full rettslig overprøving etter barnevernloven § 7-24 første ledd første punktum, jf. tvisteloven § 36-5 tredje ledd.

At barn og foreldre, som lever atskilt som følge av en omsorgsovertakelse, har en selvstendig og gjensidig rett til samvær med hverandre følger også av retten til familieliv i EMK artikkel 8 nr. 1. EMD har lagt til grunn at retten til familieliv har to sider. På den ene siden innebærer det at enhver («[e]veryone») har en rett til å ikke tåle inngrep i sitt familieliv; og på den annen side gir det staten en plikt til å legge til rette for utøvelsen og opprettholdelsen av familielivet.<sup>114</sup>

Den positive plikten til å legge til rette for familieliv, opphører ikke selv om staten overtar omsorgen og flytter barnet ut av foreldrehjemmet. Derimot har EMD gjentatte ganger uttalt at «[t]he mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life», og videre at «the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care».<sup>115</sup> Når barnet er plassert utenfor hjemmet, må familielivet imidlertid opprettholdes gjennom samvær og annen kontakt mellom barnet og foreldrene. *Haugli* uttaler at retten til samvær etter EMK artikkel 8 må betraktes som et «selvstendig rettsforhold» for både barnet og foreldrene.<sup>116</sup> I HR-2020-663-S avsnitt 88 slår Høyesterett fast at begrensninger i retten til samvær «utvilsomt» er et inngrep («interference») i barnets og foreldrenes familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1.<sup>117</sup>

---

og opprettholdt derfor lagmannsrettens ankenekt. At far ikke hadde samværsrett etter barneloven, ble i imidlertid kun brukt som et argument i den forstand at barnet ikke hadde noen tilknytning til ham, se avsnitt 168.

<sup>114</sup> Se *Nuutinen mot Finland* [J], no. 328442/96 [2000] avsnitt 127. Se også Stang (2019) s. 189, Sørensen (2016) s. 334 og Bendiksen og Haugli (2021) s. 52–53.

<sup>115</sup> Se *W mot Storbritannia* [GC], no. 9749/82 [1987] avsnitt 59–60. Se lignende formuleringer i *Johansen mot Norge* [J], no. 17383/90 avsnitt 52, *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 151 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 202.

<sup>116</sup> Haugli (2000) s. 160.

<sup>117</sup> EMD slår dette fast i bl.a. *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 57–58. Se også NOU 2016: 16 s. 187.

At barnet har en selvstendig rett til å opprettholde personlige relasjoner og direkte kontakt («personal relations and direct contact») med foreldre det lever atskilt fra følger også av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3. Statens myndigheter har en motsvarende plikt til å legge til rette for at relasjonen mellom barn og foreldre kan opprettholdes, med mindre det er i strid med barnets beste («except if it is contrary to the child's best interests»).<sup>118</sup>

At barn og foreldre som utgangspunkt har en selvstendig og gjensidig rett til samvær med hverandre etter en omsorgsovertakelse følger altså både av barnevernloven § 4-19 første ledd, EMK artikkel 8 nr. 1,<sup>119</sup> samt at barnets samværsrett følger av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3. Et spørsmål er imidlertid hva retten til «samvær» innebærer.

### 3.2 Hva ligger i «samvær»-begrepet?

Ordlyden «samvær» må språklig sett forstås som *det å være sammen*. I dagligtale forstås som regel samvær som det å fysisk *være sammen* – å møte noen ansikt til ansikt.<sup>120</sup> I forarbeidene til barnevernloven er det lagt til grunn at samværsretten innebærer en rett for foreldrene til å besøke barnet, og en rett for barnet til å besøke foreldrene.<sup>121</sup> Det er ikke tvilsomt at kjernen i samværsretten ligger i at barnet og foreldrene har rett til å møtes fysisk.

Så kan det spørres om samværsretten også har et videre virkeområde, og da særlig om «samvær» også omfatter ikke-fysiske møter mellom barnet og foreldrene, i form av brev- og telefonkontakt, kontakt gjennom sosiale medier mv. Som følge av den teknologiske utviklingen, og at mange barn har enkel tilgang på telefon og internett, har dette blitt en mer aktuell problemstilling.

I forarbeidene synes, som nevnt, samværsretten etter barnevernloven § 4-19 første ledd å knytte seg til fysiske møter mellom barnet og foreldrene. Det innebærer imidlertid ikke at lovgiver har ment at barnet og foreldrene ikke har rett til ikke-fysisk kontakt. Derimot synes det lagt til grunn at en slik rettighet uansett følger av den grunnleggende retten til personlig frihet og især kommunikasjonsfriheten. Dette kommer til syne i drøftelsene om barnets rett til kommunikasjon når det er plassert på institusjon.<sup>122</sup> At barnet og foreldrene i utgangspunktet

---

<sup>118</sup> Se også Generell kommentar nr. 14 avsnitt 65.

<sup>119</sup> Det må legges til grunn at samværsretten også kan utledes fra Grunnloven § 102, som en parallell til EMK artikkel 8.

<sup>120</sup> Se også HR-2020-1967-A avsnitt 43.

<sup>121</sup> Se Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 51.

<sup>122</sup> Se NOU 1985: 18 s. 128, Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 75 og Innst. O nr. 80 (1991–1992) s. 32.

har en rett til å fritt kunne kommunisere med hverandre følger av Grunnloven § 102 første ledd, EMK artikkel 8, og for barnets del av Barnekonvensjonen artikkel 16.<sup>123</sup> I HR-2020-1967-A avsnitt 33 uttrykker Høyesterett at begrensninger i foreldrenes adgang til å kontakte sine barn etter en omsorgsovertakelse «er et ytterligere inngrep i deres private rettsfære». Etter EMDs praksis er retten til ikke-fysisk kontakt mellom barnet og foreldrene etter en omsorgsovertakelse også vernet av retten til familieliv.<sup>124</sup>

Det kan anføres at det er unødvendig at ikke-fysisk kontakt skal omfattes av samvær-begrepet, da slik kontakt uansett nyter et sterkt vern gjennom kommunikasjonsfriheten. På den annen side ligner i dag den ikke-fysiske kontakten, i form av lyd- og bildekontakt, mer på tradisjonelt «samvær», enn brevkorrespondanse som var mest aktuelle da barnevernloven ble vedtatt i 1992. I HR-2020-1967-A avsnitt 53 legger Høyesterett til grunn at samvær-begrepet må tolkes i lys av samfunnsutviklingen, hvor møter mellom mennesker i stadig større grad også skjer digitalt. Høyesterett uttaler derfor at *samvær* «i våre dager mer presist forstås som det å ha *kontakt*».<sup>125</sup>

I proposisjonen til ny barnevernslov uttaler departementet at det «definerer samvær som fysiske møter», mens «annen type kontakt vil kunne skje gjennom elektroniske kommunikasjonsmidler som sosiale medier, mobiltelefon eller per post»,<sup>126</sup> og det er foreslått å skille mellom disse to kontaktformene i ny § 7-1 om «rett til samvær og kontakt». Etter gjeldende rett må imidlertid «samvær» forstås som både fysiske og ikke-fysiske møter.

---

<sup>123</sup> Se nærmere i Aall (2018) s. 252. Retten til korrespondanse følger også av SP artikkel 17 nr. 1.

<sup>124</sup> Se *K.O. og V.M* [J] avsnitt 57.

<sup>125</sup> Drøftelsen gjaldt spørsmålet om bestemmelsen i barnevernloven § 4-19 andre ledd, som gir fylkesnemnda hjemmel til å regulere «samvær» mellom barn og foreldre, også gir hjemmel til å regulere telefon- og nettkontakt, men det Høyesterett sier om «samvær»-begrepet må også gjelde generelt.

<sup>126</sup> Prop. 133 L (2020–2021) s. 271 og s. 561.

## 4 Samværsrettens ulike formål og begrunnelser

### 4.1 Innledning

Samvær etter en omsorgsovertakelse er som vi har sett en rettighet både for barnet og foreldrene.<sup>127</sup> Rettslig sett stilles det derfor ikke noe krav om at samvær skal ha noen bestemt funksjon, verken for barnet eller foreldrene. Samværsretten ligger fast uansett. *Haugli* uttaler på denne bakgrunn at en ikke behøver «et bestemt siktemål med samværet, i betydningen at samværet skal ha en bestemt funksjon for barnet, som eksempelvis bidra til at barnet skal kjenne sitt opphav, at det skal kunne kjenne igjen foreldrene, at det skal opprettholde en nær tilknytning til foreldrene, sikre at foreldrene fortsatt har en sentral rolle i sosialiseringprosessen og eventuelt legge forholdene til rette for en tilbakeføring».<sup>128</sup>

Retten til samvær mellom barn og foreldre er basert på en grunnleggende, verdimeslig presumsjon om at det er til barnets beste å ha kontakt med sine foreldre.<sup>129</sup> Dette er et utslag av det biologiske prinsipp. Samværsretten kan bare innskrenkes i den grad samvær ikke er forenelig med barnets beste.<sup>130</sup> Det er intet krav om at samværene må ha en ytterligere funksjon. Det kan på den bakgrunn spørres hvorfor Høyesterett oppstiller et tydelig skille mellom fastsettelse av samvær der målet om gjenforening står ved lag, og der det er oppgitt.

*Stang og Baugerud* fremhever at selv om det ikke kan oppstilles noe krav om at samværene skal ha en bestemt funksjon for barnet, utover at det skal være til barnets beste, vil likevel «formålet med plasseringen i praksis også måtte få betydningen for hva som ses som formålet med samværet».<sup>131</sup> Utsagnet bygger på skillet som i norsk rett har blitt oppstilt mellom midlertidige/kortvarige plasseringer og såkalte oppvekstplasseringer. Dette skillet kommer tydelig til uttrykk i NOU 2000: 12 s. 211, som Høyesterett i Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 31, uttalte at oppsummerte rettstilstanden «på en dekkende måte»:

«Omfanget av samvær vil etter dette være avhengig av hvilken type plassering det gjelder. Midlertidige plasseringer skal ha hyppige samvær for å gjøre en tilbakeføring lettere. Langtidsplasseringer skal ha sjeldnere samvær, og barnet skal ha et kjennsksforhold til de biologiske foreldrene. Formålet med samværet er da å gi barnet

---

<sup>127</sup> Se punkt 3.1.

<sup>128</sup> *Haugli* (2000) s. 273.

<sup>129</sup> *Op.cit.*

<sup>130</sup> *Op.cit.*

<sup>131</sup> *Stang og Baugerud* (2018) s. 95.

en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene, og ikke å skape eller opprettholde en følelsesmessig tilknytning til foreldrene.»

Selv om det ikke kreves at samværene har noen bestemt funksjon for barnet eller foreldrene, bygger samværsretten, som sitatet viser, likevel på noen formål eller begrunnelser. Det er disse hensynene som i den enkelte sak begrunner at det skal være samvær mellom barnet og foreldrene. I hvilken grad de ulike hensynene bak samværsretten gjør seg gjeldende, vil imidlertid variere fra sak til sak.<sup>132</sup> Selv om dette ikke har betydning for om det eksisterer en samværsrett, vil det kunne få betydning for omfanget og den konkrete utformingen av samværene.

Som følge av den nyere høyesterettspraksisen, avsagt i kjølvannet av de senere tids dommer mot Norge i EMD, kan imidlertid ikke standpunktet om at omsorgsovertakelsens antatte varighet er styrende for samværenes formål og omfang opprettholdes. I HR-2020-661-S uttaler Høyesterett i avsnitt 145 at uansett om plasseringen antas å være kortvarig eller langvarig, *skal* omfanget av samværsretten baseres på at barn og foreldre skal gjenforenes. Dette gjenforeningsmålet er ifølge EMD det overordnede formålet («the overarching purpose») med samværene.<sup>133</sup> Høyesterett legger til grunn at så å lenge gjenforeningsmålet består, «skal samvær ikke bare sikre at barnet vet hvem foreldrene er, men også bevare muligheten for gjenforening».<sup>134</sup>

Disse uttalelsene viser at Høyesterett skiller mellom saker der gjenforeningsmålet står ved lag og saker der gjenforeningsmålet er oppgitt. Hvis et slikt skille skal ha noen hensikt, må det være fordi samværene i disse to typetilfellene skal ivareta noen ulike hensyn eller har ulike begrunnelser, og at dette i så fall har reell betydning for den konkrete samværsfastsettelsen.

I punkt 4.2 skal jeg undersøke hvor dette gjenforeningsmålet utledes fra, hva et mål om gjenforening egentlig innebærer og hva som menes med at samværene skal *baseres* på at barnet og foreldrene skal gjenforenes. Her vil det være et særlig fokus på om, og i hvilken grad, det også fra barnevernloven og Barnekonvensjonen kan utledes et mål om at samværene skal støtte opp om et gjenforeningsmål.

---

<sup>132</sup> Se Haugli (2000) s. 273.

<sup>133</sup> Se *K.O. og V.M. [J]* avsnitt 69.

<sup>134</sup> HR-2020-661-S avsnitt 144.

Deretter vil jeg, i punkt 4.2–4.4, diskutere i hvilken grad samværsretten også er begrunnet i andre hensyn enn målet om at barn og foreldre skal gjenforenes. Er det slik at samvær først og fremst er begrunnet i gjenforeningshensynet, eller har samvær også en egenverdi i seg selv, uten at det skal være et middel for noe annet?

## 4.2 Gjenforeningsmålsettingen

### 4.2.1 Barnevernloven

Barnevernloven bygger på en presumsjon om at det er et gode for barnet å vokse opp hos sine foreldre, og dersom de lever atskilt, å ha kontakt med dem i form av samvær.<sup>135</sup> Spørsmålet her er om barnevernloven også bygger på et mål om at barn og foreldre skal gjenforenes etter en omsorgsovertakelse, og om, og i hvilken grad, dette gjenforeningsmålet i så fall er et formål med samværsretten.

Det følger av barnevernloven § 4-21 første ledd første punktum at fylkesnemnda, i utgangspunktet, skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse, dersom «det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg». Dette utgangspunktet er i forarbeidene begrunnet i synspunktet om at det er et gode for barn å vokse opp hos sine foreldre, også der barnet, på grunn av foreldrenes manglende omsorgsevne, for en periode har vært plassert utenfor hjemmet.<sup>136</sup> Tilbakeføringsplikten gjelder imidlertid bare så langt barnet ikke «har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet», jf. barnevernloven § 4-21 første ledd andre punktum.<sup>137</sup>

Denne bestemmelsen synliggjør at utgangspunktet etter barnevernloven er at omsorgsovertakelse er et midlertidig tiltak, som *skal* oppheves dersom vilkårene etter barnevernloven § 4-12 ikke lenger er oppfylt. Barnevernloven gir ingen hjemmel for varige omsorgsovertakelser.<sup>138</sup> Dette er i tråd med prinsippet om at tiltak etter barnevernloven skal gjøre så lite inngrep i barnets og foreldrenes familieliv som mulig.<sup>139</sup> Samtidig retter lovteksten seg mot fylkesnemnda som beslutningsorgan, og ikke mot barnevernstjenesten som sådan. Det

---

<sup>135</sup> Om det biologiske prinsipp, se punkt 2.5.

<sup>136</sup> Se Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 54–55 og NOU 1985: 18 s. 171.

<sup>137</sup> Kirsten Sandberg drøftet i sin doktorgradsavhandling fra 2003 spørsmål om tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, se Sandberg (2003) særlig side 177–283.

<sup>138</sup> Se Prop. 169 L (2016–2017) s. 65 og Bendiksen og Haugli (2021) s. 263.

<sup>139</sup> Se om det minste inngreps prinsipp i punkt 2.4.



kan ikke fra ordlyden utledes en plikt for barnevernstjenesten til aktivt å legge til rette for at barn og foreldre kan gjenforenes, eller at samværene skal støtte opp om et slikt gjenforeningsmål.

Barnevernstjenestens plikter ved oppfølgingen av en omsorgsovertakelse reguleres av barnevernloven § 4-16. Bestemmelsen har blitt endret og presisert i flere omganger siden vedtakelsen i 1992.<sup>140</sup> Det følger av nåværende første punktum at barnevernstjenesten har «et løpende og helhetlig ansvar for oppfølgingen av barnet, herunder et ansvar for å følge utviklingen til barnet og foreldrene». Ved endringslov nr. 5/2018 ble det inntatt et nytt sjette punktum som presiserer barnevernets ansvar for aktivt å legge til rette for at barn og foreldre kan gjenforenes.

«Der hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, jf. § 4-21.»

Denne bestemmelsen gir barnevernstjenesten en plikt til, dersom hensynet til barnet ikke taler mot det, å legge til rette for at barn og foreldre kan gjenforenes etter en omsorgsovertakelse, jf. «skal». Tilføyelsen ble inntatt for å synliggjøre i loven at omsorgsovertakelse i utgangspunktet er et midlertidig tiltak og at barnevernstjenesten aktivt skal arbeide for tilbakeføring der det er mulig og til barnets beste.<sup>141</sup> Heri understreket departementet viktigheten av at tilknytningen mellom barn og foreldre «ivaretas i størst mulig grad», og at dette hensynet blant annet «må [...] vektlegges ved avgjørelse om samvær og kontakt».

Denne presiseringen i § 4-16 sjette punktum tydeliggjør at barnevernloven bygger på et mål om at barn og foreldre skal gjenforenes etter en omsorgsovertakelse, at barnevernstjenesten i utgangspunktet har en plikt til å legge til rette for dette, og at samværene skal støtte opp om gjenforeningsmålet. I HR-2020-661-S avsnitt 124 slår Høyesterett, på denne bakgrunn, fast at «[m]ålet om gjenforening følger uttrykkelig av barnevernloven».

At det er et formål med samværene at de som utgangspunkt skal bidra til at barn og foreldre kan gjenforenes følger også av Høyesteretts egen praksis. I HR-2020-662-S avsnitt 119 understreker Høyesterett at det «[v]ed fastsettelse av samvær må [...] tas utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal anses som midlertidig, og at omsorgen for barnet skal tilbakeføres til

---

<sup>140</sup> Se lov nr. 65/2005, lov nr. 63/2013 og lov nr. 5/2018.

<sup>141</sup> Prop. 169 L (2016–2017) s. 65.

foreldrene så snart forholdene tillater det, jf. barnevernloven § 4-16 siste punktum». I avsnitt 120 finner Høyesterett støtte for dette synet i sin egen tidligere praksis:

«At gjenforeningsmålet står sentralt ved fastsettelsen av samvær, har dessuten vært fremhevet i en rekke avgjørelser fra Høyesterett, jf. blant annet Rt-2004-1046 avsnitt 48, Rt-2014-976 avsnitt 35 og 36 og HR-2019-788-U avsnitt 24. Det er også sterkt understreket i HR-2020-661-S avsnitt 120 følgende.»

I avsnitt 125 gjentas det at, uansett om en omsorgsovertakelse antas å bli relativt kortvarig eller mer langvarig, skal den i utgangspunktet bygge på et gjenforeningsmål, og at «samværet må fastsettes slik at dette formålet ivaretas best mulig».<sup>142</sup> Dette utgangspunktet har blitt gjentatt i senere høyesterettsavgjørelser.<sup>143</sup>

At myndighetene som utgangspunkt skal legge til rette for at barnet og foreldrene kan gjenforenes ble også lagt til grunn ved vedtakelsen av barnevernloven i 1992. Dog er det i forarbeidene understreket at departementet ikke ønsket en generell regel om at barnevernstjenesten skulle tilrettelegge grunnlaget for oppheving av vedtaket om omsorgsovertakelse, eller sørge for at kontakten mellom barn og foreldre kunne opprettholdes.<sup>144</sup> Dette ble begrunnet med barnets behov for stabil voksenkontakt og ønsket om å unngå hyppige flyttinger.<sup>145</sup> Det ble derimot understreket at i hvilken grad barnevernstjenesten skulle legge til rette for oppheving av vedtaket, måtte vurderes ut fra forutsetningene i den enkelte sak.<sup>146</sup> Forbruker- og administrasjonskomiteen la imidlertid i innstillingen til Stortinget til grunn at «plassering utenfor hjemmet bør i *utgangspunktet* ha som mål tilbakeføring til hjemmet [min kursivering]».

Etter en gjennomgang av de norske rettskildene våren 2020, før Høyesteretts avgjørelser i de tre storkammersakene fra 27. mars 2020, konkluderte imidlertid *Sørensen* med at det «ikke er et tydelig utgangspunkt eller en presumpsjon i barnevernloven for at omsorgsovertakelse skal være midlertidige».<sup>147</sup> Dette standpunktet bygget han i stor grad på forarbeidsuttalelser og

---

<sup>142</sup> Se også dommens avsnitt 137 hvor det heter at «[m]ålsettingen med samværene må derfor være å tilrettelegge for gjenforening».

<sup>143</sup> Se HR-2020-663-S avsnitt 137 og 159, HR-2020-1788-A avsnitt 111, HR-2020-1967-A avsnitt 59, HR-2020-2081-A avsnitt 72, HR-2021-474-A avsnitt 37 og HR-2020-475-A avsnitt 37.

<sup>144</sup> Se Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) og NOU 1985: 18 s. 162–163, se også *Sørensen* (2020) s. 109.

<sup>145</sup> Op.cit.

<sup>146</sup> Se NOU 1985: 18 s.163.

<sup>147</sup> *Sørensen* (2020) s. 110.

rettspraksis. Han fremholder at barnevernloven § 4-16 sjette punktum kodifiserer den oppfølgingsplikten barnevernstjenesten alltid har hatt, men at formålet med samværene og annen oppfølging vil avhenge av den antatte varigheten av plasseringen: Ved langvarige plasseringer vil formålet med samværene ikke være at barn og foreldre skal gjenforenes, men at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav.

Dette utsagnet om at barnevernloven ikke bygger på et tydelig utgangspunkt om eller presumsjon for at omsorgsovertakelser i utgangspunktet skal være midlertidige er noe upresist. Derimot er det, som gjennomgangen ovenfor viser, forutsatt både i loven og dens forarbeider at omsorgsovertakelser i utgangspunktet skal være midlertidige og at myndighetene, blant annet gjennom samvær, skal legge forholdene til rette for at barn og foreldre kan gjenforenes.

En annen sak er om dette utgangspunktet *faktisk* har blitt fulgt i norsk rett. Som *Sørensen* skriver har utgangspunktet ved antatt langvarige plasseringer ikke vært at samværene skal bidra til gjenforening, men derimot har formålet med samværene vært begrenset til at barnet skal kunne opprettholde kontakt og kjennskap til sine biologiske foreldre.<sup>148</sup> Det er derfor interessant å undersøke i hvor stor grad det har blitt lagt til grunn at omsorgsovertakelsen ville bli langvarig, og at gjenforening derfor ikke har vært et mål.

I sin doktoravhandling fant *Haugli* at det i 71 av 140 fylkesnemndsvedtak ble lagt til grunn at omsorgsovertakelsen ville være varig, mens det bare i fem saker ble lagt til grunn at omsorgsovertakelsen ville bli kortvarig.<sup>149</sup> I resten av sakene var siktemålet uavklart, men også i noen av disse fastsatte fylkesnemnda samværet under en forutsetning av at samværene kunne bli langvarige.<sup>150</sup> *Sørensen* fant etter en gjennomgang av 100 fylkesnemndsvedtak, i de først innkomne sakene i 2018, at det i 68 vedtak ble lagt til grunn at plasseringen ville bli langvarig, og at det derfor ikke var et mål med samværene at de skulle bidra til gjenforening.<sup>151</sup> På samme måte fant *Søvig* høsten 2016, at fylkesnemnda i 17 av 19 saker uttrykkelig la til grunn at omsorgsovertakelsen ville være langvarig, mens det i to saker manglet uttrykkelige opplysninger.<sup>152</sup> Og i en gjennomgang av 91 fylkesnemndsvedtak fra 1. juli 2018 til 31. desember 2019 fant *Gerds-Andresen* at det i 83 saker ble lagt til grunn at omsorgsovertakelsen

---

<sup>148</sup> Jf. Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 31.

<sup>149</sup> Se *Haugli* (2000) s. 275–277.

<sup>150</sup> *Op.cit.* s. 276.

<sup>151</sup> *Sørensen* (2020) s. 109.

<sup>152</sup> *Søvig* (2020a). *Søvig* gikk gjennom 23 vedtak om 30 barn. I 19 av disse sakene var tematikken langvarige-/midlertidige omsorgsovertakelser aktuell.

ville bli langvarig, mens det i seks saker ble lagt til grunn at omsorgsovertakelsen var kortvarig eller at den antatte varigheten var uavklart.<sup>153</sup>

Denne gjennomgangen viser at det i norsk rett, i et stort flertall av sakene, har blitt lagt til grunn at omsorgsovertakelsen ville bli varig, og at formålet med samværene derfor ikke har vært gjenforening, men at barnet skal kunne opprettholde en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene. *Søvig* kommenterer etter sin gjennomgang, at den, selv om han presiserer at en skal være forsiktig med å trekke konklusjoner basert på et så lite materiale, sett i sammenheng med de fire EMD-dommene mot Norge høsten 2019,<sup>154</sup> «indikerer at norske fylkesnemnder og domstoler i praksis nesten alltid legger til grunn at en omsorgsovertakelse er et langvarig tiltak».<sup>155</sup> Dette synspunktet underbygges av gjennomgangene til *Sørensen* og *Gerdts-Andresen*.

Denne praksisen kan imidlertid ikke opprettholdes etter Høyesteretts storkammeravgjørelser fra mars 2020 og den etterfølgende praksisen. Etter denne er det ikke tvilsomt at samværene, så lenge gjenforeningsmålet ikke er oppgitt, skal bidra til at barnet og foreldrene kan gjenforenes, uavhengig av om omsorgsovertakelsen antas å være kortvarig eller mer langvarig. Høyesterett begrunner dette standpunktet direkte i barnevernloven § 4-16 siste punktum, i lovens forarbeider og i sin egen tidligere praksis.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om Høyesterett i sine avgjørelser underminerer betydningen av at gjenforening, etter norsk rett, ikke har vært et formål med samværene ved antatt langvarige plasseringer. *Sandberg* kommenterer at denne praksisendringen fra Høyesterett «vil, så vidt [hun] kan forstå, innebære en ganske sterk omlegging av norske myndigheters holdning til samvær etter en omsorgsovertakelse, iallfall i utgangspunktet».<sup>156</sup> Da barnevernloven § 4-16 sjette punktum ble vedtatt i 2018 uttalte departementet eksplisitt at det «ikke [var] behov for å endre rettstilstanden når det gjelder i hvilke saker barneverntjenesten skal arbeide for tilbakeføring»,<sup>157</sup> og Familie- og kulturkomiteen understreket i innstillingen til Stortinget at lovendringen «ikke må bety en dreining mot at økt tilbakeføring er et mål, da dette

---

<sup>153</sup> Gerdts-Andresen (2020) s. 135–137. Vedtakene gjaldt 115 barn. I to saker la fylkesnemnda til grunn at skillet mellom kortvarige og langvarige plasseringer ikke var av vesentlig betydning for samværsfastsettelsen.

<sup>154</sup> *Strand Lobben* [GC], *K.O. og V.M.* [J], *A.S.* [J] og *Abdi Ibrahim* [J].

<sup>155</sup> *Søvig* (2020a).

<sup>156</sup> *Sandberg* (2020) s. 156.

<sup>157</sup> Se Prop. 169 L (2016–2017) s. 65.

strider mot hva barn opplever som viktig». <sup>158</sup> Det kan på den bakgrunn spørres om praksisomleggingen fra Høyesterett strider med Stortingets intensjoner. <sup>159</sup>

Denne innvendingen har imidlertid ikke betydning for gjeldende rett. Det følger uttrykkelig av Høyesteretts praksis at en omsorgsovertakelse, både der den antas å være kortvarig eller mer langvarig, i utgangspunktet skal bygge på et gjenforeningsmål, og at samværene skal støtte opp om dette.

#### 4.2.2 Gjenforeningsmålet etter EMK og EMDs praksis

Da barnevernloven § 4-16 sjette punktum ble vedtatt i 2018, var dette blant annet for å «tydeliggjør[e] våre internasjonale forpliktelser» etter EMK og EMDs praksis, <sup>160</sup> og Høyesterett viser i vid utstrekning til EMDs praksis når innholdet i gjenforeningsmålet vurderes. Gjenforeningsmålet har i stor grad blitt utviklet gjennom EMDs praksis. EMK har imidlertid ingen egen bestemmelse som knesetter en gjenforeningsmålsetting, og det kan derfor spørres hvorfra og hvorfor EMD utleder et slikt mål.

Som nevnt i punkt 3.1, pålegger EMK artikkel 8 statene en positiv plikt til å legge til rette for familieliv mellom barn og foreldre også etter at staten har overtatt omsorgen for et barn. Retten til familieliv mellom barn og foreldre opphører ikke ved at barnet blir tatt under offentlig omsorg. <sup>161</sup> Som et utslag av denne positive forpliktelsen har EMD lagt til grunn at en omsorgsovertakelse som utgangspunkt skal være midlertidig og at barnet skal tilbakeføres til foreldrene. Allerede i *Olsson mot Sverige I*, avsagt den 24. mars 1988, uttalte EMD, i plenum, at omsorgsovertakelse skulle bli ansett som et midlertidig tiltak («a temporary measure»), som skulle avsluttes så snart forholdene tillater det («as soon as circumstances permitted»). <sup>162</sup> Dette har senere blitt gjentatt i en rekke dommer, og er et sikkert EMK-rettslig utgangspunkt. <sup>163</sup>

---

<sup>158</sup> Se Innst. 151 L (2017–2018) s. 11.

<sup>159</sup> Dette diskuteres i punkt 8.3.

<sup>160</sup> Jf. Prop. 169 L (2016–2017) s. 65.

<sup>161</sup> Se *W mot Storbritannia* [GC] avsnitt 59–60. Se lignende formuleringer i *Johansen mot Norge I* [J] avsnitt 52, *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 151 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 202.

<sup>162</sup> *Olsson mot Sverige I* [P], no. 10465/83 [1988] avsnitt 81.

<sup>163</sup> Se bl.a. *Johansen mot Norge I* [J] avsnitt 78, *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 178, *V.D. og andre mot Russland*, no. 72931/10 [2019] avsnitt 117 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 208. Se også Sandberg (2003) s. 159 og Sørensen (2020) s. 103–104.

I forlengelsen av dette midlertidighetskravet har EMD lagt til grunn at det påligger statene en positiv plikt til å aktivt legge til rette for at barn og foreldre kan gjenforenes.<sup>164</sup> Statene har altså en positiv forpliktelse til å sørge for at omsorgsovertakelsen ikke gjøres lenger enn *nødvendig*. I *Strand Lobben* tar EMD dette prinsipielle utgangspunktet i avsnitt 205:

«At the same time, it should be noted that regard for family unity and for family reunification in the event of separation are *inherent considerations* [iboende hensyn] in the right to respect for family life under Article 8. Accordingly, in the case of imposition of public care restricting family life, *a positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible (K. and T. v. Finland, cited above, § 178)*. [mine kursiveringer]»<sup>165</sup>

Disse utgangspunktene om at en omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal være midlertidig og at staten aktivt skal legge til rette for tilbakeføring, kan også ses som utslag av statens negative forpliktelser til å ikke gripe inn i familielivet etter EMK artikkel 8; på den måten at staten skal sikre at inngrepet i familielivet, som omsorgsovertakelsen representerer, ikke opprettholdes lenger enn det som er *nødvendig* for å ivareta barnets behov for beskyttelse og omsorg.<sup>166</sup> I det hele er det, som *Sørensen* påpeker, ikke alltid noe logisk skille mellom statens negative og positive forpliktelser til å sikre familielivet.<sup>167</sup> Statens positive forpliktelser er dypest sett forankret i det forholdsmessighetskravet EMK artikkel 8 nr. 2 fastsetter, i den forstand at staten skal arbeide for at inngrep i familielivet ikke blir *nødvendig*, og dersom inngrep likevel skulle være påkrevet, at det gjøres så lite som mulig uten at det går på bekostning av barnets rettigheter og behov.

Om et tiltak bedømmes som et inngrep i statens positive eller negative forpliktelser har imidlertid ingen vesentlig rettslig betydning.<sup>168</sup> EMD har derimot lagt til grunn at vurderingstemaet er det samme i begge tilfeller.<sup>169</sup> Det avgjørende for tiltakets rettmessighet er i begge tilfeller om inngrepsvilkårene i artikkel 8 nr. 2 er oppfylt.

---

<sup>164</sup> Se bl.a. *Olsson mot Sverige I* [P] avsnitt 81 og *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 178. Se også Sandberg (2003) s. 159.

<sup>165</sup> Se også HR-2020-661-S avsnitt 126.

<sup>166</sup> *Sørensen* (2020) s. 103 bygger på den forståelsen.

<sup>167</sup> *Sørensen* (2016) s. 334.

<sup>168</sup> Op.cit.

<sup>169</sup> *Nuutinen mot Finland* [J] avsnitt 12.

EMD anser altså statens plikt til å jobbe for gjenforening mellom barn og foreldre etter en omsorgsovertakelse, som en integrert del av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i denne positive forpliktelsen, og hvilke føringer den legger for den konkrete samværsfastsettelsen.

Som det over nevnte sitatet fra *Strand Lobben* avsnitt 205 viser, innebærer gjenforeningsmålet at staten skal iverksette tiltak («take measures») for å legge forholdene til rette for at barnet kan tilbakeføres til foreldrene så raskt som mulig («as soon as reasonably feasible») etter omsorgsovertakelsen. EMD har lagt til grunn at denne positive forpliktelsen gjelder, med tiltakende styrke, allerede fra tidspunktet for omsorgsovertakelsen.<sup>170</sup> *Sørensen* skriver at tiden «ikke i seg selv [skal] avgjøre de fremtidige relasjoner mellom barn og foreldre», og at det derfor er et *minstekrav* at myndighetene jevnlig undersøker om det har vært forbedringer i familiens situasjon.<sup>171</sup>

Når det gjelder hvilke tiltak staten skal iverksette, har EMD understreket at staten må gjøre alt («everything must be done») for å bevare familiebandene, og, hvis og når det er mulig, gjenoppbygge («rebuild») familien.<sup>172</sup> Samtidig har EMD uttalt at det ikke kreves endeløse forsøk på gjenforening («endless attempts at family reunification»), men at EMK artikkel 8 krever at statens myndigheter gjør alle nødvendige tiltak som med rimelighet kan forventes («all the necessary steps that can reasonably be demanded»).<sup>173</sup> *Sørensen* legger til grunn at hvorvidt EMD anser gjenforeningsmålet som ivaretatt i en konkret sak, beror på en konkret helhetsvurdering av om nasjonale myndigheter har hatt tilbakeføring som et overordnet mål og handlet ut fra denne målsettingen.<sup>174</sup>

EMD har flere ganger uttalt at alle tiltak som iverksettes i forbindelse med en omsorgsovertakelse bør være i samsvar med gjenforeningsmålet («should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child»).<sup>175</sup> I dette ligger det også at samværene som utgangspunkt skal være *i samsvar med* gjenforeningsmålet. EMD har gjentatte ganger understreket betydningen samvær har med tanke på en fremtidig gjenforening.

---

<sup>170</sup> *Strand Lobben* [GC] avsnitt 208, se også HR-2020-662-S avsnitt 127.

<sup>171</sup> Se *Sørensen* (2020) s. 115–116, som viser til *W mot Storbritannia* [GC] avsnitt 65 og *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 179.

<sup>172</sup> *Strand Lobben* [GC] avsnitt 207.

<sup>173</sup> *R. og H. mot Storbritannia* [J], no. 35348/06 [2011] avsnitt 88.

<sup>174</sup> *Sørensen* (2020) s. 116.

<sup>175</sup> Se bl.a. *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 178 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 208.

Domstolen har vært tydelig på at familiebåndene, og dermed utsiktene for en gjenforening, vil svekkes dersom det legges hindringer i veien for at barn og foreldre enkelt og regelmessig kan ha kontakt («access») med hverandre.<sup>176</sup>

I *K.O. og V.M. mot Norge* [J] understreker EMD i avsnitt 69 viktigheten av at samværsregimet på en effektiv måte understøtter målet om gjenforening («effectively supports the goal of reunification»).<sup>177</sup> Ifølge domstolen skal samværene bidra til å beskytte, styrke og utvikle familiebåndene («in order to guard, strengthen and develop family ties») mellom barn og foreldre med sikte på en fremtidig gjenforening.

Så vidt jeg har kunnet se har ikke EMD tidligere gått så langt i å uttale seg om hva samværene skal bidra til å oppnå. Vel har domstolen understreket at samvær og kontakt er helt essensielt med tanke på gjenforening, og at utsiktene for gjenforening vil bli svekket dersom det legges hindringer for at barn og foreldre kan ha jevnlig kontakt med hverandre,<sup>178</sup> men at samværene skal bidra til å styrke og utvikle («strengthen and develop») familiebåndene med sikte på gjenforening har ikke domstolen tidligere uttalt.<sup>179</sup> I den etterfølgende dommen *Abdi Ibrahim* gjentar EMD i avsnitt 61 at beslutningene om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon ble tatt på grunnlag av minimal kontakt mellom barnet og forelderen, i strid med prinsippet i EMK artikkel 8 om at samværene skal beskytte, styrke og utvikle familiebåndene («contrary to the principle under Article 8 that the regime of contact ought to guard, strengthen and develop family ties»). Også i *M.L. mot Norge* [J] uttaler EMD i avsnitt 93 at samværsomfanget – fordi plasseringen var antatt å bli langvarig – ble holdt på et minimum, og at myndighetene ikke gjorde noen reelle forsøk («any genuine efforts») på å øke det for å utvikle båndene («to seek the development of a family relationship») mellom barnet og foreldrene.<sup>180</sup> Derimot gjorde det begrensede samværet i denne saken det umulig («impossible») å utvikle familiebåndene.<sup>181</sup>

---

<sup>176</sup> Dette uttalte EMD allerede i *Olsson mot Sverige I* [P] avsnitt 81, se også *Strand Lobben* [GC] avsnitt 208, *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 15 og *M.L.* [J] avsnitt 79.

<sup>177</sup> Se også *M.L.* [J] avsnitt 79.

<sup>178</sup> Se bl.a. *K. og T. mot Finland* [J] avsnitt 179, *Olsson mot Sverige I* [P] avsnitt 81 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 208.

<sup>179</sup> Det er foretatt søk i EMDs database HUDOC på termen «guard, strengthen and develop». Lenke <https://hudoc.echr.coe.int/> (sist sjekket 31.05.2021).

<sup>180</sup> *M.L. mot Norge* [J], no. 64639/16 [2020], heretter omtalt som *M.L.*

<sup>181</sup> I denne saken var det, på ulike tidspunkt, fastsatt fire årlige samvær à to timer og à én time.



Denne rettssetningen, om at samværene, i saker der målet om gjenforening ligger fast, skal bidra til å beskytte, styrke og utvikle båndene mellom barnet og foreldrene, har også blitt lagt til grunn av Høyesterett i etterfølgende saker. I HR-2020-662-S avsnitt 128 uttaler Høyesterett, etter å ha vist til EMDs uttalelser *K.O. og V.M.* avsnitt 69, at i «saker hvor gjenforeningsformålet ligger fast, *må* samværet altså settes slik at båndene mellom foreldre og barn kan styrkes og utvikles [min kursivering]». <sup>182</sup>

Denne uttalelsen fra Høyesterett kan imidlertid synes å gå noe lenger enn EMDs uttalelser. EMD har ikke uttalt at samværene, i alle tilfeller der målet er gjenforening, *må* fastsettes slik at båndene mellom barnet og foreldrene styrkes og utvikles. Derimot har EMD i sine uttalelser tilsynelatende lagt til grunn at dette er en målsetting eller et prinsipp ved fastsettelsen av samvær. Det er her verdt å merke seg at i både *K.O. og V.M.*, *Abdi Ibrahim* og *M.L.* er uttalelsene en del av den konkrete vurderingen av saken, og ikke en del av redegjørelsen for de generelle rettslige prinsippene. <sup>183</sup> Det er mer nærliggende å tolke uttalelsene fra EMK slik at formålet med samværet skal være å beskytte, styrke og utvikle båndene mellom barnet og foreldrene, uten at det er et krav om at samværene *må* bidra til dette så lenge gjenforeningsmålet ligger fast. <sup>184</sup>

I de tre senere avdelingsdommene avsagt av Høyesterett den 2. mars 2021, kan det synes som om Høyesterett har presisert uttalelsene sine noe. I HR-2021-474-A avsnitt 41 heter det at «[d]er målet om gjenforening ligger fast, *skal formålet med samværene* være å styrke og utvikle båndene mellom foreldre og barn [min kursivering]», og i HR-2021-475-A avsnitt 37 heter det at «[s]amvær skal utøves med sikte på å opprettholde, styrke og utvikle båndene mellom barnet og de biologiske foreldrene, i samsvar med barnets beste og for å nå målet om gjenforening». <sup>185</sup>

Disse uttalelsene synes å være i tråd med føringene fra EMD. EMD krever tilsynelatende ikke at samværene, i alle tilfeller der målet er gjenforening, *må* styrke og utvikle båndene mellom barnet for foreldrene, men dette er snarere et formål eller en målsetting med samværene.

---

<sup>182</sup> Se også likeledes uttalelser i HR-2020-663-S avsnitt 137, HR-2020-1967-A avsnitt 59 og HR-2020-2081-A avsnitt 73.

<sup>183</sup> Høyesterett har vektlagt dette i andre sammenhenger, se HR-2020-662-S avsnitt 132

<sup>184</sup> Søvig og Vindenes (2020) s. 196 har påpekt «[s]amværet skal være ganske omfattende for å utvikle båndene til de biologiske foreldrene etter en omsorgsovertakelse», og etterlyst en nærmere vurdering fra EMDs side av forholdet til barnets beste.

<sup>185</sup> Se også HR-2021-476-A avsnitt 41.

### 4.2.3 Gjelder det et gjenforeningsmål etter Barnekonvensjonen?

Som vi har sett kan det utledes et gjenforeningsmål både fra barnevernloven og EMK. Gjenforeningsmålet har imidlertid i stor grad blitt utviklet gjennom EMDs praksis knyttet til retten til familieliv i EMK artikkel 8, og Barnekonvensjonen har, selv om også EMD viser til den, i noen grad kommet i skyggen. Her skal det undersøkes om også Barnekonvensjonen bygger på et gjenforeningsmål, og om og i så fall i hvilken grad samværsretten etter konvensjonen er begrunnet i, og har som formål å bidra til at barn og foreldre kan gjenforenes.

Barnekonvensjonen sikrer barn egne, individuelle rettigheter, i kraft av å være barn. Selv om barn også har rettigheter etter EMK, SP og ØSK<sup>186</sup>, skiller Barnekonvensjonen seg ut ved at rettighetssubjektene kun er barn. Den bygger på en erkjennelse av at barn, på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet, har et spesielt behov for beskyttelse og omsorg.<sup>187</sup>

Konvensjonen har, i likhet med EMK, ikke en egen bestemmelse som knesetter et gjenforeningsmål. Et slikt mål må i så fall utledes av enkeltbestemmelser eller av konvensjonen som en helhet.

Barnets rett til familie og familieliv er imidlertid sterkt vektlagt i Barnekonvensjonen.<sup>188</sup> Allerede i fortalen til konvensjonen, i avsnitt 5, heter det at de kontraherende stater er:

«Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community»

Av konvensjonsbestemmelsene følger det en positiv rett for barnet til å kjenne og få omsorg fra sine foreldre i artikkel 7 nr. 1, og en negativ rett til å ikke tåle inngrep i familielivet i artikkel 16 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1.<sup>189</sup>

Barnekonvensjonen artikkel 7 har følgende ordlyd:

---

<sup>186</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16. desember 1966 (i kraft 3. januar 1976) – Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter eller ØSK.

<sup>187</sup> Se fortalen til Barnekonvensjonen avsnitt 9.

<sup>188</sup> Se også Stang (2019) s. 179.

<sup>189</sup> Se Stang (2019) s. 180.

«1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, *the right to know and be cared for by his or her parents.*

2. States Parties *shall ensure the implementation of these rights* in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless. [mine kursiveringer]»

Det følger av bestemmelsens første ledd at barnet, så langt det er mulig («as far as possible»), har en rett til å få omsorg («be cared») fra sine foreldre. Bestemmelsen har et høyt presisjonsnivå og et klart rettighetspreg, jf. «the right to».<sup>190</sup> Videre knesetter vilkåret «as far as possible» en høy terskel for at barnet kan nektes retten til omsorg fra sine foreldre.<sup>191</sup>

Det fremkommer videre i artikkel 7 nr. 2 at statens myndigheter har en motsvarende plikt til å sikre barnet disse rettighetene. Det er ikke inntatt noen reservasjon i bestemmelsen som tilsier at statens positive plikt til å sikre at barnet kan få omsorg fra sine foreldre, opphører dersom staten overtar omsorgen for det. Derimot er det mest nærliggende å forstå bestemmelsen slik at staten, også etter den har overtatt omsorgen for et barn, har en plikt til – så langt det er mulig – å arbeide for at barnet kan tilbakeføres og slik få omsorg fra sine foreldre.

*Stang* fremhever at artikkel 7 understreker et av Barnekonvensjonens hovedprinsipper, nemlig at barn vanligvis har det best hos sine foreldre eller andre som har det juridiske ansvaret for dem.<sup>192</sup> At Barnekonvensjonen bygger på en presumsjon om at det er til barnets beste å vokse opp i egen familie er også forutsatt av FNs barnekomité og FNs generalforsamling.<sup>193</sup>

Statens positive forpliktelser etter artikkel 7 må imidlertid også leses i sammenheng med de negative forpliktelsene til ikke å gripe inn i barnets familieliv etter artikkel 16 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1.<sup>194</sup> Artikkel 16 nr. 1 gir, i likhet med EMK artikkel 8, barnet en rett til å ikke tåle vilkårlige eller ulovlige («arbitrary or unlawful») inngrep i sitt familieliv, mens artikkel 9 nr. 1 sikrer barnet et rett mot å bli skilt mot fra sine foreldre mot deres vilje («against their will»)<sup>195</sup>

---

<sup>190</sup> Se også Søvig (2009) s. 152.

<sup>191</sup> Se Stang (2019) s. 182.

<sup>192</sup> Op.cit. s. 181. Se også Hodgkin og Newell (2007) s. 109.

<sup>193</sup> Se Generell kommentar nr. 14 avsnitt 59 og FN-resolusjon om barnets rettigheter (2019) avsnitt 21.

<sup>194</sup> Se Stang (2019) s. 181.

<sup>195</sup> Ordlyden «against their will» sikter til både foreldrenes og barnets vilje, se også i Stang (2019) s. 187.

Begge bestemmelser bygger imidlertid på et forholdsmessighetsprinsipp. Dette kommer klartest til uttrykk i artikkel 9 nr. 1, hvor det heter at barnet ikke skal skilles fra sine foreldre, med mindre kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse *er nødvendig av hensyn til barnets beste*. Selv om forholdsmessighetskravet ikke følger eksplisitt av artikkel 16 nr. 1, er det på det rene at myndighetenes inngrep i barnets familieliv også etter denne bestemmelsen må være forholdsmessig.<sup>196</sup>

En plikt for statens myndigheter til å legge til rette for gjenforening kan, på samme måte som etter EMK artikkel 8, hevdes å ligge implisitt i dette forholdsmessighetskravet, på den måten at staten aktivt skal arbeide for at omsorgsovertakelsen ikke gjøres lenger enn *nødvendig*.<sup>197</sup> En omsorgsovertakelse med et gjenforeningsmål, vil i så måte være mindre inngripende enn en omsorgsovertakelse uten gjenforeningsmål.

At Barnekonvensjonen bygger på et gjenforeningsmål, er også lagt til grunn i FN-resolusjonen om Retningslinjer for alternativ omsorg for barn.<sup>198</sup> Resolusjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling den 18. desember 2009 for å bedre gjennomføringen av Barnekonvensjonen i saker der barn lever atskilt fra foreldrene, eller risikerer slik atskillelse.<sup>199</sup> Disse retningslinjene brukes aktivt av FNs barnekomité i arbeidet med å følge opp implementeringen av konvensjonen.<sup>200</sup>

Av denne fremtrer barnets rett til familieliv tydelig.<sup>201</sup> I avsnitt 3 og 11 er det slått fast at, dersom barn og foreldre lever separert, bør tiltak primært rettes i inn slik at barnet kan tilbakeføres til foreldrene. I avsnitt 14 heter det videre:

«Removal of a child from the care of the family should be seen as a measure of last resort and should, whenever possible, *be temporary and for the shortest possible duration*. Removal decisions should be regularly reviewed and the child's return to

---

<sup>196</sup> Se Sørensen (2016) s. 340.

<sup>197</sup> Op.cit. s. 353.

<sup>198</sup> Retningslinjer for alternativ omsorg for barn (2009).

<sup>199</sup> Op.cit. avsnitt 1.

<sup>200</sup> Se f.eks. Generell kommentar nr. 14 avsnitt 62. Høyesterett viser til disse uttalelsene i HR-2020-1788-A avsnitt 72. Sørensen (2016) legger til grunn at resolusjonen, tatt i betraktning av at den er relativt ny og vedtatt av FNs øverste organ, bør ha «betydelig vekt» ved tolkningen av de relevante FN-konvensjonene.

<sup>201</sup> Retningslinjer for alternativ omsorg for barn (2009) særlig avsnitt 3, 14 og 49.

parental care, once the original causes of removal have been resolved or have disappeared, should be in the best interests of the child [...]. [min kursivering]»

Denne uttalelsen er gjentatt i FN-resolusjonen om barnets rettigheter, vedtatt av FNs generalforsamling den 18. januar 2019, i avsnitt 34 bokstav e.<sup>202</sup>

Det kan med disse uttalelsene, sett i sammenheng med at det påligger staten en positiv plikt til å sikre at barnet kan få omsorg fra sine foreldre, og at det ikke skal gjøres større inngrep enn *nødvendig* i barnets familieliv, ikke være særlig tvil om at Barnekonvensjonen bygger på et gjenforeningsmål. *Sørensen* uttaler at det, etter hans mening, «ikke [er] tvilsomt at det også etter FN konvensjonene må oppstilles en plikt for statene å aktivt tilrettelegge for gjenforening». <sup>203</sup>

Så kan det spørres om dette innebærer at også samværsretten etter Barnekonvensjonen har som formål å bidra til at barn og foreldre kan gjenforenes.

I konvensjonens artikkel 9 nr. 3 heter det at barnet har rett til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt («maintain personal relations and direct contact») med foreldrene regelmessig. Bestemmelsen er imidlertid taus om hvorvidt opprettholdelse av familieforbindelsen også skal bidra til gjenforening, eller om det kun er begrunnet i den egenverdien det har for barnet å opprettholde forbindelse med foreldrene.

I FN-resolusjonen om barnets rettigheter (2019) heter det imidlertid i avsnitt 22 at «*every effort should be directed to enabling children to remain in or swiftly return to the care of their parents* [min kursivering]», og i Retningslinjene for alternativ omsorg for barn (2009) er det i avsnitt 51 presisert at myndighetene bør fastsette og støtte regelmessig og hensiktsmessig kontakt mellom barn og foreldre, *spesielt med tanke på formålet om gjenforening* («specifically for the purpose of reintegration»).

*Sørensen* legger, på bakgrunn av denne uttalelsen, til grunn at Barnekonvensjonen artikkel 16 og artikkel 9 må «tolkes slik at samvær og annen kontakt mellom barn og foreldre skal være regelmessig og ha gjenforening som formål».

---

<sup>202</sup> FN-resolusjon om barnets rettigheter (2019).

<sup>203</sup> *Sørensen* (2016) s. 353.

#### 4.2.4 Oppsummering

Det følger av både barnevernloven, EMK og Barnekonvensjonen at en omsorgsovertakelse i utgangspunktet er et midlertidig tiltak, og at staten har en positiv plikt til å legge til rette for at barnet og foreldrene kan gjenforenes. Staten skal, som utgangspunkt, tilrettelegge for at båndene mellom barnet og foreldrene kan beskyttes, styrkes og utvikles med sikte på en fremtidig gjenforening. Så lenge gjenforeningsmålet består, er det et mål med samværene, enten omsorgsovertakelsen antas å bli kortvarig eller mer langvarig, at de skal bidra til at barnet og foreldrene kan gjenforenes.

### 4.3 Skape og vedlikeholde relasjoner mellom barnet og foreldrene

I dette punktet skal det diskuteres i hvilken grad samværene har et videre formål enn kun å være et middel for at barnet og foreldrene kan gjenforenes; i hvilken grad samværene også har en egenverdi i seg selv.

I forarbeidene til barnevernloven § 4-19 er samværsretten begrunnet i barnets behov for å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre.<sup>204</sup> Det legges her vekt på at det er sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre, og at det har en egenverdi for barnet å vedlikeholde disse. I innstillingen til Stortinget la Forbruker- og administrasjonskomiteen til grunn at det ved fastsettelsen av samvær «i første rekke [må] legges vekt på den verdi det kan ha for barnet at kontakten med de biologiske foreldre opprettholdes».<sup>205</sup>

At det har en egenverdi for barnet å opprettholde en relasjon til foreldrene har blitt trukket frem av Høyesterett ved flere anledninger. I Rt. 2012 s. 1832 A uttaler Høyesterett i avsnitt 34 at samværene skal «ivareta hensynet til å *skape og vedlikeholde* barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav [min kursivering]». Høyesterett bifaller dette i HR-2020-662-S avsnitt 128, samtidig som det presiseres at formålet med samværene ikke kan begrenses til kun dette formålet uten at gjenforeningsmålsettingen er oppgitt. Men samvær har uansett også en egenverdi for barnet.<sup>206</sup> Det skal sikre at barnet kan vedlikeholde, og dersom det ikke har noe forhold til foreldrene, *skape*, kjennskap til foreldrene og sitt biologiske

---

<sup>204</sup> NOU 1985: 18 s. 168 og Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 51 og s. 112.

<sup>205</sup> Innst. O. nr. 80 (1991–1992) s. 27.

<sup>206</sup> Se HR-2020-661-S avsnitt 134, 144 og 146, HR-2020-662-S avsnitt 135 og 137, HR-2020-663-S avsnitt 164 og HR-2021-474-A avsnitt 50.

opphav.<sup>207</sup> I HR-2020-1967-A avsnitt 62 fremhever Høyesterett at barn, unntatt i helt spesielle tilfeller, har et grunnleggende behov for å beholde båndene til biologisk familie.

Selv om Høyesterett i storkammersakene fra mars 2020 og den etterfølgende praksisen har understreket at samvær, så lenge gjenforeningshensynet består, skal bidra til at barnet og foreldrene kan gjenforenes, kan det ikke ut fra denne praksisen utledes at den egenverdi samvær har for barnet – og foreldrene – er et subsidiært eller sekundært formål i forhold til gjenforeningsmålet. Derimot bygger loven, forarbeidene og Høyesteretts praksis på en forutsetning om at samværenes egenverdi er det mest grunnleggende hensynet bak samværsretten. Dette formålet består uavhengig av om gjenforeningsmålet oppgis eller ikke.

At samvær har en egenverdi både for barnet og foreldrene er også lagt til grunn av EMD. Domstolen har ved flere anledninger uttalt at den felles glede barnet og foreldrene har i hverandres selskap er et kjerneelement («fundamental element») i retten til familieliv etter EMK artikkel 8, og at denne retten, dersom barnet blir tatt under offentlig omsorg, må opprettholdes gjennom samvær.<sup>208</sup> I *Abdi Ibrahim* fremhever EMD i avsnitt 57 at selv om statens myndigheter skulle oppgi gjenforeningsmålsettingen, har den fortsatt en positiv plikt til å legge til rette for barn og foreldres «enjoyment of a family life, *at the minimum by maintaining a relationship by means of regular contact in so far as reasonably feasible and compatible the [barnets] best interests [min kursivering]*».<sup>209</sup>

Det følger videre eksplisitt av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 at barnet har rett til å opprettholde personlige relasjoner («maintain personal relations») til foreldre det lever atskilt fra. I Generell kommentar nr. 14 avsnitt 65, som omhandler samvær og annen kontakt («visits and other contact»), heter det at beslutningstakerne skal sikre at barnet kan opprettholde båndene og relasjonene («maintains the linkages and relations») til foreldrene.

Som det vises av denne gjennomgangen bygger både barnevernloven, EMK og Barnekonvensjonen på en presumsjon om at samvær – i seg selv – er et gode for både barnet

---

<sup>207</sup> Se HR-2017-2015-A («Jakob») avsnitt 65 og 73 hvor målet med samværene var å gi barnet «anledning til å få et kjennsksforhold til foreldrene, og de med ham».

<sup>208</sup> Se *W mot Storbritannia* [GC] avsnitt 59–60, *Johansen mot Norge* [J] avsnitt 52, *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 151 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 202.

<sup>209</sup> Domstolen legger på denne bakgrunn til grunn at en fortsatt fosterhjemsplassing, uten et gjenforeningsmål, ville vært mindre inngripende i barnets og forelderens familieliv, enn det adopsjonsvedtaket som faktisk ble fattet. Ved adopsjon kuttes de rettslige båndene mellom barn og foreldre, og de har følgelig ikke den samme retten på samvær.

og foreldrene. Det har en egenverdi for barnet og foreldrene å kunne opprettholde og pleie båndene og relasjonene til hverandre, uten at det har noe annet formål enn den glede det gir. I alle tre rettsinstrumentene er dette den mest sentrale begrunnelsen for samværsretten, og dette formålet består uavhengig av om gjenforeningsmålet er oppgitt eller ikke. Der hvor samværene ikke oppleves som noen glede («enjoyment») for barnet, kan det likevel – på noe lengre sikt – ha en egenverdi for barnet å, *som et minimum*, ha kjennskap til og kunnskap om sine biologiske røtter og familie. Dersom barnet ikke har noe forhold til foreldrene, for eksempel fordi det er plassert som spedbarn, skal samvær bidra til å etablere en relasjon.

#### **4.4 Ivaretagelse av barnets kulturelle, religiøse og språklige identitet mv.**

I dette punktet skal det drøftes hvorvidt det er et formål med samværene at de skal bidra til at barn som tilhører en minoritet skal kunne opprettholde sin kulturelle, religiøse og språklige identitet.

Det følger av barnevernloven § 4-15 første ledd andre punktum at det ved valg av plasseringssted etter en omsorgsovertakelse skal tas «tilbørlig hensyn» til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Bestemmelsen gjennomfører Barnekonvensjonen artikkel 20 nr. 3 andre punktum i barnevernloven.<sup>210</sup> Disse bestemmelsene gjelder valg av plasseringssted, og ikke fastsettelse av samvær, men det indikerer at barnets kulturelle, religiøse og språklige identitet er forhold som skal vektlegges.<sup>211</sup>

I Barnekonvensjonen artikkel 30 heter det at i stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter eller urbefolkninger, skal barn som tilhører slike minoriteter eller urbefolkninger, ikke nektes retten til («shall not be denied the right»), sammen med andre medlemmer av gruppen, å leve i pakt med sin kultur, bekjenne seg til og utøve sin religion eller bruke sitt eget språk. Bestemmelsen er etter ordlyden formulert som et inngrepsvern, men Høyesterett legger i HR-2021-475-S avsnitt 43 til grunn at den, i likhet med den beslektede bestemmelsen i SP artikkel 27, også gir staten en positiv plikt til å sikre barns minoritetsrettigheter.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Se Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 62 og 45.

<sup>211</sup> Se også HR-2021-475-A avsnitt 44 og 45.

<sup>212</sup> Dette la FNs menneskerettskomité, når det gjelder SP art. 27, til grunn i Generell kommentar nr. 23 punkt 6.2, og det ble fulgt opp av Høyesterett i HR-2017-2428-A (Ante Sara) avsnitt 58. Høyesterett



I HR-2021-475-A avsnitt 46 slår Høyesterett, på bakgrunn av disse bestemmelsene, videre fast at ved fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse «må barnets kulturelle rettigheter [...] respekteres og sikres så langt dette er i samsvar med barnets beste og ikke kommer i konflikt med barnets grunnleggende rett til forsvarlig omsorg og beskyttelse».<sup>213</sup> I *Abdi Ibrahim* avsnitt 64 legger også EMD til grunn at opprettholdelse av kulturell og religiøs bakgrunn («cultural and religious background») er et formål med samværsretten mellom barn og foreldre.<sup>214</sup>

Som det fremgår av denne gjennomgangen skal ivaretagelse av barnets kulturelle, religiøse og språklige identitet for det første være et hensyn ved valg av plassering etter en omsorgsovertakelse. På grunn av mangel på kvalifiserte fosterhjem med minoritetsbakgrunn oppfylles imidlertid ikke alltid denne målsettingen.<sup>215</sup> Dette vil kunne få store konsekvenser for barnets utvikling av egen identitet.<sup>216</sup> I slike situasjoner må det derfor være et mål med samværene at de skal bidra til at barnet skal kunne opprettholde sin kulturelle, religiøse og språklige identitet.

## 4.5 Barnets opplevelse av kontinuitet i omsorgen og aksept av situasjonen

I barnevernloven § 4-1 andre punktum er det presisert i ordlyden at det ved avgjørelsen av barnets beste, skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og *kontinuitet* i omsorgen. Det kommer også til uttrykk i barnevernloven § 4-15 første ledd andre punktum at det ved valg av plasseringssted skal tas «tilbørlig hensyn» til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse.<sup>217</sup>

I forarbeidene til barnevernloven § 4-19 er samværsretten blant annet begrunnet med at «[n]yere forskning har vist at det i mange tilfelle er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, både fordi det er sterke følelsesmessige bånd mellom

---

viser til barnekomiteens uttalelser i Generell kommentar nr. 11 avsnitt 17, jf. 15 og avsnitt 30 når den tolker bestemmelsen.

<sup>213</sup> Se også HR-2021-474 avsnitt 55.

<sup>214</sup> I denne saken anførte også forelderen at statens myndigheter systematisk hadde brutt («systematically violated») hennes rett til religionsfrihet etter EMK artikkel 9, se avsnitt 40, men dette ble ikke tatt stilling til av domstolen. Dette punktet ble anket av klageren, og den 11. mai 2020 besluttet panelet i storkammeret å slippe saken gjennom til full storkammerbehandling, jf. EMK art. 43 nr. 2. Høring i saken ble holdt januar 2021, men det er per 29.05.2021 ennå ikke avsagt dom i saken.

<sup>215</sup> Stang og Baugerud (2018) s. 99.

<sup>216</sup> Op.cit. s. 100.

<sup>217</sup> Jf. også Barnekonvensjonen artikkel 20 nr. 3 andre punktum.

barna og foreldrene, og *for at barnet derigjennom kan få en følelse av kontinuitet* [min kursivering]». <sup>218</sup>

Selv om den forskningen som var *nyere* i 1992, er eldre i dag, er det fremdeles bred oppslutning om at opplevelsen av kontinuitet i omsorgen er viktig for barnet. <sup>219</sup> En omsorgsovertakelse er, selv om barnet har vært utsatt for omsorgssvikt hos foreldrene, ofte en belastning for barnet. De fleste barn som blir separert fra sine foreldre vil gå gjennom en sorgprosess. <sup>220</sup> *Stang og Baugerud* peker på betydningen samvær i denne sammenheng har for at barnet skal kunne håndtere ambivalente følelser rundt flyttingen og bearbeide sorgen ved 'tap' av nær familie. <sup>221</sup> Det kan videre ha en egenverdi for barnet at foreldrene viser at de aksepterer den nye omsorgssituasjonen. <sup>222</sup> Barnet vil da kunne oppleve en større aksept for å knytte seg til sine nye omsorgspersoner.

## 4.6 Oppsummering

Samværsretten eksisterer som en gjensidig rettighet mellom barnet og foreldrene, og trenger verken noe formål eller noen funksjon for å være gjeldende. Samværsretten bygger på en grunnleggende presumsjon om at det er et gode for barnet å beholde kontakt med, og opprettholde relasjonen til foreldrene, selv om staten har overtatt omsorgen for, og plassert barnet utenfor foreldrehjemmet. Samvær vil også kunne gi barnet følelsen av trygghet og en viss kontinuitet i omsorgen, og på den måten gjøre det enklere å etablere seg i fosterhjemmet. Dersom barnet ikke har noen relasjon til foreldrene, har det også en egenverdi at samværene bidrar til å skape slike. Den egenverdien samvær har for både barnet og foreldrene er den mest sentrale begrunnelsen bak samværsretten. I forlengelsen av dette vil samvær også kunne bidra til at barnet kan opprettholde sin kulturelle, religiøse og språklige identitet.

Selv om den mest sentrale begrunnelsen bak samværsretten er den egenverdien samvær har for både barnet og foreldrene, er samvær også et virkemiddel for å bidra til at barn og foreldre kan gjenforenes. Så lenge det er et mål at barnet og foreldrene skal gjenforenes, er det et mål med samværene at de skal bidra til å beskytte, styrke og utvikle båndene mellom barnet og foreldrene med sikte på en fremtidig gjenforening. *Aall* fremhever at «[s]amværsretten, som er et mål i

---

<sup>218</sup> Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 51.

<sup>219</sup> Se gjennomgang av nyere forskning i *Stang og Baugerud* (2018) s. 28–29.

<sup>220</sup> *Stang og Baugerud* (2018) s. 28–29.

<sup>221</sup> Op.cit. s. 29.

<sup>222</sup> Op.cit. s. 37.

seg selv, blir i dette perspektiv også et nødvendig virkemiddel for å kunne nå målet om en tilbakeføring».<sup>223</sup>

Selv om Høyesterett, i de tre storkammeravgjørelsene fra mars 2020 og etterfølgende praksis, har oppstilt et klarere skille mellom samvær der målet er gjenforening, og samvær der gjenforeningsmålet er oppgitt, kan ikke dette forstås slik at gjenforening er det bærende formålet med samværsretten. I de sakene hvor gjenforeningsmålet står ved lag, er imidlertid gjenforeningshensynet et ytterligere formål som må hensyntas ved samværsfastsettelsen. Dette kan videre få betydning for hvilke krav som stilles til omfang av og innhold i samværsretten. Ved fastsettelsen av samvær vil det derfor måtte tas stilling til om samvær skal fastsettes ut fra et gjenforeningsmål, eller om gjenforeningsmålet kan anses oppgitt.

---

<sup>223</sup> Aall (2018) s. 241.

## **5 Når skal samvær fastsettes i lys av gjenforeningsmålet?**

### **5.1 Innledning**

Som vi har sett skal samværene som utgangspunkt bidra til å beskytte, styrke og utvikle båndene mellom barnet og foreldrene med sikte på en fremtidig gjenforening.<sup>224</sup> Hvis, derimot, gjenforeningsmålet er oppgitt, har ikke samvær annet formål enn den egenverdien det har for barnet og foreldrene å opprettholde kontakt og kjennskap til hverandre, samt å ivareta barnets kulturelle, religiøse identitet mv., og gi barnet opplevelsen av kontinuitet i omsorgen.

Et vesentlig spørsmål ved fastsettelsen av samvær er derfor om gjenforeningsmålet står ved lag, eller om det kan anses oppgitt. I og med at utgangspunktet er gjenforening, vil samvær, i alle tilfeller der gjenforeningsmålet ikke er oppgitt, måtte fastsettes i lys av gjenforeningsmålet. Et sentralt spørsmål er derfor hva som kreves, og i hvilke situasjoner, gjenforeningsmålet kan oppgis. Et særlig interessant spørsmål er i hvilken grad gjenforeningsmålet kan oppgis samtidig med, eller kort tid etter, et vedtak om omsorgsovertakelse.

### **5.2 Gjenforeningsmålet er ikke absolutt – vilkår for oppgivelse**

Statens plikt til å legge til rette for gjenforening mellom barn og foreldre kan utledes både fra EMK, Barnekonvensjonen og barnevernloven.<sup>225</sup> I det følgende skal det undersøkes hva som kreves for at gjenforeningsmålet kan oppgis, slik at samvær ikke skal fastsettes ut fra et mål om gjenforening.

Det følger av barnevernloven § 4-16 sjette punktum at barnevernstjenesten skal «legge til rette for» at foreldrene kan få omsorgen for barnet tilbake, så lenge «hensynet til barnet ikke taler mot det». Selv om lovteksten retter seg mot barnevernsmyndighetens plikt til å «legge til rette for» gjenforening, kan ordlyden motsetningsvis forstås slik at barnevernstjenesten ikke skal legge til rette for gjenforening dersom «hensynet til barnet» taler for det. Dette støttes av at reservasjonen ble inntatt gjennom departementets behandling av lovforslaget,<sup>226</sup> og ble begrunnet med at tilbakeføring i noen saker ikke vil være realistisk, og at oppfølgingsansvaret

---

<sup>224</sup> Se punkt 4.

<sup>225</sup> Se punkt 4.2.

<sup>226</sup> Barnevernlovutvalget hadde opprinnelig ikke inntatt en slik reservasjon i bestemmelsen, se NOU 2016: 16 lovforslaget til § 42 andre ledd andre punktum.

i slike situasjoner vil ha et annet innhold enn at barnevernstjenesten skal legge til rette for at foreldrene kan få omsorgen tilbake.<sup>227</sup>

Etter en naturlig forståelse av ordlyden, sett i sammenheng med forarbeidene, kan altså gjenforeningsmålet oppgis dersom «hensynet til barnet» tilsier det. Begrepet «hensynet til barnet» må forstås som en henvisning til den generelle regelen i barnevernloven § 4-1 om at det ved anvendelse av bestemmelsene i barnevernloven kapittel 4 skal legges «avgjørende vekt» på å finne tiltak som er «til beste for barnet». Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.<sup>228</sup> I proposisjonen understreker departementet at barnevernstjenesten aktivt skal «arbeide for tilbakeføring der det er mulig og til barnets beste».<sup>229</sup>

Det avgjørende for om gjenforeningsmålet kan oppgis er altså etter barnevernloven § 4-16 siste punktum, jf. § 4-1 første punktum, om et fortsatt mål om gjenforening vil være i strid med hensynet til barnets beste. Det nærmere innholdet i *barnets beste*-vilkåret må imidlertid her, som ellers, søkes gjennom en juridisk tolkning.<sup>230</sup>

Barnevernloven § 4-16 sjette punktum gir ikke selv konkrete føringer i barnets beste-vurderingen. Imidlertid inneholder den en henvisning til barnevernloven § 4-21, som knesetter vilkårene for når et vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves. Denne henvisningen kan imidlertid ikke forstås slik at barnevernets plikt til å legge til rette for gjenforening, følger de samme vilkårene som for når et vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves. Det ville gjort den positive plikten til å legge til rette for gjenforening betydningsløs, da barnevernstjenesten uansett, som følge oppfølgingsplikten i barnevernloven § 4-16 første punktum, på eget initiativ skal fremme sak for fylkesnemnda der vilkårene for tilbakeføring er oppfylt.<sup>231</sup> Henvisningen til barnevernloven § 4-21 må derimot forstås slik at barnevernstjenesten aktivt skal legge til rette for at vilkårene for tilbakeføring kan oppfylles.

I forarbeidene er det lagt til grunn at barnets behov for ro, stabilitet og trygghet kan tilsi at et gjenforeningsmål likevel ikke vil være til barnets beste.<sup>232</sup> Departementet legger videre til

---

<sup>227</sup> Se Prop. 169 L (2016–2017) s. 65.

<sup>228</sup> Op.cit.

<sup>229</sup> Op.cit. og s. 144.

<sup>230</sup> Se om prinsippet om barnets beste i punkt 2.1.

<sup>231</sup> Se Ot.prp. nr. 64 (2004 – 2005) s. 27 og Rt. 2012 s. 967 A avsnitt 23.

<sup>232</sup> Se Prop. 169 L (2016–2017) s. 65.

grunn at fylkesnemndas vedtak vil stå sentralt i denne vurderingen, og derunder «varigheten av vedtaket, samværshyppighet og særlige forhold hos barnet og foreldrene».

Det fremgår imidlertid også av forarbeidene at presiseringen av barnevernets ansvar for å legge til rette for gjenforening skulle tydeliggjøre «våre internasjonale forpliktelser».<sup>233</sup> I utredningen uttalte Barnevernlovutvalget at «[p]resiseringen må ses i sammenheng med statens forpliktelser etter EMK artikkel 8 og praksis fra EMD».<sup>234</sup> Høyesterett har ved flere anledninger understreket viktigheten av at barnevernloven praktiseres innenfor rammene som følger av EMDs praksis.<sup>235</sup>

Som vi har sett følger statens positive plikt til å legge til rette for gjenforening mellom barn og foreldre etter en omsorgsovertakelse både av EMK artikkel 8 og av barnets rett til familieliv i Barnekonvensjonen.<sup>236</sup> En oppgivelse av gjenforeningsmålet utgjør et inngrep i disse rettighetene. Dersom inngrepet skal være rettmessig, må derfor vilkårene for å gjøre inngrep i rettighetene være oppfylt.

Det følger av Barnekonvensjonen artikkel 7 at statens positive plikt til å legge til rette for at barnet kan få omsorg fra sine foreldre gjelder så langt det er mulig («as far as possible»). Vilåret kan motsetningsvis forstås slik at myndighetene kan oppgi gjenforeningsmålet i de tilfeller det ikke lenger er *mulig* at barnet kan tilbakeføres til foreldrene og derigjennom få omsorgsbehovet dekket hos dem. Spørsmålet er da hva som nærmere ligger i dette vilåret.

Ordlyden «as far as possible» knesetter en høy terskel for at gjenforeningsmålet kan oppgis. Myndighetene skal *så langt det er mulig* legge til rette for at barnet skal kunne tilbakeføres til foreldrene, slik at det kan få omsorg i sin egen familie. *Stang* uttaler at det skal «svært mye til» for å nekte barn rettigheter etter artikkel 7.<sup>237</sup> Isolert kan ordlyden forstås slik at det kreves faktiske hindringer for at statens plikt til å legge til rette for gjenforening kan oppgis.

Det er imidlertid i teorien lagt til grunn at vilåret både inneholder faktiske og rettslige elementer.<sup>238</sup> Dersom vilåret skulle blitt tolket dit at det bare er faktiske hindringer som umuliggjør en gjenforening, ville det også innebåret at en omsorgsovertakelse, i alle tilfeller

---

<sup>233</sup> Prop. L 169 L (2016–2017) s. 65.

<sup>234</sup> NOU 2016: 16 s. 197.

<sup>235</sup> Se bl.a. HR-2020-661-S avsnitt 171 og HR-2020-1788-A avsnitt 64.

<sup>236</sup> Se punkt 4.2.2 og 4.2.3.

<sup>237</sup> *Stang* (2019) s. 182.

<sup>238</sup> Se *Søvig* (2009) s. 153 og *Hodgkin og Newell* (2007) s. 109.

utenom der foreldrene er faktisk forhindret fra å gi barnet omsorg, ville være utelukket. Dette harmonerer ikke med de øvrige bestemmelsene i konvensjonen. Derimot bygger den på et klart utgangspunkt om at myndighetene kan og skal gripe inn i barnets familieliv dersom inngrepet har hjemmel og det er nødvendig av hensyn til barnets beste, jf. artikkel 9 nr. 1 og artikkel 16 nr. 1. Vilkåret må også tolkes i lys av den generelle bestemmelsen i artikkel 3 nr. 1, om at hensynet til *barnets beste* skal være det grunnleggende i avgjørelser som berører barn.<sup>239</sup> Dette harmonerer med barnevernloven § 4-16 siste ledd, hvor det også, som nevnt, i forarbeidene er lagt til grunn at barnevernsmyndighetene skal arbeide for tilbakeføring så langt «det er mulig og til barnets beste».<sup>240</sup>

Da begrepet «as far as possible» ble vedtatt, ble det også forhandlet om andre formuleringer.<sup>241</sup> Forslag om formuleringen «the best interests of the child», som ville gitt større rom for åpne og mer individuelle vurderinger, ble forkastet.<sup>242</sup> Dette kan imidlertid ikke forstås slik at hensynet til *barnets beste* ikke skal være det grunnleggende hensynet, da det ville stått i motstrid med grunnprinsippet om *barnets beste* artikkel 3 nr. 1. Det må derimot forstås som et utslag av det generelle utgangspunktet i Barnekonvensjonen om at det generelt sett er til barnets beste å vokse opp hos sine egne foreldre og få omsorg fra dem.<sup>243</sup> Vilkåret knesetter et kvalifiserende element i den forholdsmessighetsvurderingen som må foretas mellom barnets gjenforeningsinteresse på den ene siden, mot barnets behov for ro og stabilitet på den andre.

Når det gjelder EMK, vil en oppgivelse av gjenforeningsmålet, dersom den skal være rettmessig, måtte oppfylle vilkårene for inngrep i familielivet i EMK artikkel 8 nr. 2. På samme måte som for inngrep i barnets rett til familieliv etter Barnekonvensjonen, knesetter denne krav om hjemmel («in accordance with the law»), legitimt formål og forholdsmessighet («necessary in a democratic society»).

Når det kommer til kravene til hjemmel og legitimt formål, vil dette som regel ikke by på særlige utfordringer. EMD har ikke stilt spørsmålstegn ved hjemlene i barnevernloven, og domstolen har akseptert at vern av barn er et legitimt formål etter bestemmelsen, jf. «protection

---

<sup>239</sup> Se forutsetningsvis Hodgkin og Newell (2007) s. 97.

<sup>240</sup> Prop. 169 L (2016–2017) s. 65 og 144.

<sup>241</sup> Se Detrick (1999) s. 153.

<sup>242</sup> Se Søvig (2009) s. 153.

<sup>243</sup> Se Hodgkin og Newell (2007) s. 109 og Stang (2019) s. 181.

of health or morals» and «rights and freedoms».<sup>244</sup> Det er heller ikke tvilsomt at beskyttelse av barn er et legitimt formål etter Barnekonvensjonen.<sup>245</sup>

De vanskelige avveiningene knytter seg til om forholdsmessighetskravet er oppfylt.<sup>246</sup> For det første om formålet – å sikre barnets grunnleggende rettigheter og behov – kan nås ved mindre inngripende midler. Og for det andre om inngrepet i retten til familieliv – som oppgivelsen av gjenforeningsmålsettingen representerer – er proporsjonal med dette formålet.

EMD har ved flere anledninger uttalt at det i denne forholdsmessighetsvurderingen må søkes å oppnå en rimelig balanse («fair balance») mellom de motstridene interessene.<sup>247</sup> I denne interesseavveiningen er det et vesentlig poeng at en oppgivelse av målet om at barn og foreldre skal gjenforenes, griper langt inn i deres rett til familieliv. Dersom gjenforeningsmålet oppgis, er det ikke lenger noe mål om at barn og foreldre skal bli en familie – en enhet – igjen. Når inngrepet gjør et så stort innhogg i familielivet, kreves det at formålet med inngrepet har tilsvarende sterke grunner for seg.

Hvilke krav som stilles for at gjenforeningsmålet kan oppgis må utledes fra rettspraksis. I det følgende vil jeg derfor undersøke praksis fra EMD og Høyesterett knyttet til hva som kreves for at gjenforeningsmålet kan oppgis. Siden den individuelle klageordningen til FNs barnekomité er relativt ny, finnes det enn så lenge lite praksis knyttet til når gjenforeningsmålet kan oppgis etter Barnekonvensjonen.<sup>248</sup>

### 5.3 Kravet om «spesielle og sterke grunner»

EMD har, på grunnlag av den forholdsmessighetsvurderingen EMK artikkel 8 nr. 2 forutsetter, lagt til grunn at gjenforeningsmålsettingen bare kan oppgis («family ties may only be severed») dersom det foreligger «very exceptional circumstances».<sup>249</sup> Hva som ligger i

---

<sup>244</sup> *Strand Lobben* [GC] avsnitt 214, *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 57, *A.S.* [J] avsnitt 58, *Pedersen og andre* [J] avsnitt 59 og *Hernehult* [J] avsnitt 58.

<sup>245</sup> Se bl.a. BK artikkel 3 nr. 2.

<sup>246</sup> Se om forholdsmessighetskravet i punkt 2.4.

<sup>247</sup> Se f.eks. *K. og T. mot Finland* [GC] avsnitt 154 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 203.

<sup>248</sup> I 2011 ble det vedtatt en tredje – valgfri – tilleggsprotokoll til Barnekonvensjonen, som opprettet en individuell klageordning, hvor barnekomiteen kan avgi uttalelser etter klage fra enkeltindivider. Norge har ikke ratifisert denne, men deres uttalelser vil uansett ha betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonen, se Skoghøy (2018) s. 126–127. Per 28.05.2021 har komiteen realitetsbehandlet 17 saker, men ingen omhandler barnets rett til familieliv. Lenke til databasen: <https://juris.ohchr.org/> (sist sjekket 31.05.2021).

<sup>249</sup> *Strand Lobben* [GC] avsnitt 207 og *Gnahore mot Frankrike* [J], no. 40031/98 [2000] avsnitt 59, og Bendiksen (2008) s. 159.



«very exceptional circumstances»-vilkåret sier EMD – naturlig nok – ikke noe generelt om; det må utledes fra domstolens praksis. Det er imidlertid verdt å merke seg at EMD benytter begrepene «exceptional circumstances» og «very exceptional circumstances» delvis om hverandre. Høyesterett kommenterer i HR-2020-661-S avsnitt 102 at dette «utgjør en del av den etablerte rettstilstand, som norsk rettspraksis har bygget på».<sup>250</sup>

Det følger imidlertid av formuleringene «very exceptional» og «exceptional» at det kreves noe særskilt; det er kun unntaksvis at en barnevernssak ligger slik an at gjenforeningsmålet kan oppgis. *Bendiksen* fremhever at det må «være klart at det skal mye til» før gjenforeningsmålet kan forlates, og at gjenforening normalt skal være målsettingen og lednorm ved valg av tiltak og ved gjennomføringen av dem.<sup>251</sup>

EMD har også lagt til grunn at tiltak som bryter med gjenforeningsmålsettingen må være motivert av dominerende hensyn til barnets beste («motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests»)<sup>252</sup> I norsk rettspraksis og teori her dette derfor blitt lagt til grunn som et vilkår dersom samværsfastsettelsen bryter med gjenforeningsmålet. I Rt. 2014 s. 976 A uttalte Høyesterett at «tiltak som ikke er i samsvar med et mål om gjenforening mellom foreldre og barn, noe som vil gjelde ved nektelse av samvær, bør bare anvendes i «ekstraordinære tilfeller» og *bare* «hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste» [min kursivering]».<sup>253</sup> Dette er også lagt til grunn av *Bendiksen og Haugli*.<sup>254</sup>

I *Strand Lobben* avsnitt 209 er imidlertid dette vilkåret forbeholdt tiltak som bryter de rettslige båndene («legal ties») mellom barn og foreldre, som fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. Dette i motsetning til brudd på familiebånd («family ties»), hvor det i avsnitt 207 kun oppstilles krav om «very exceptional circumstances». Dette indikerer at vilkåret om at tiltaket må være motivert av dominerende hensyn til barnets beste kun gjelder ved tiltak som bryter de rettslige båndene mellom barn og foreldre, og ikke som et generelt vilkår for at gjenforeningsmålet kan oppgis. Så kan det spørres om dette er i tråd med domstolens tidligere praksis, eller om EMD her har endret rettsoppfatning.

---

<sup>250</sup> Se også Sandberg (2020) s. 151 som kommenterer at «EMDs veksling mellom disse to uttrykkene har lenge vært en kilde til undring for oss som arbeider på dette feltet».

<sup>251</sup> *Bendiksen* (2008) s. 153.

<sup>252</sup> Se bl.a. *Johansen mot Norge I* [J] avsnitt 78.

<sup>253</sup> Se også HR-2017-2015-A («Jakob») avsnitt 48.

<sup>254</sup> *Bendiksen og Haugli* (2021) s. 280.

I saken *Johansen mot Norge I* [J], som gjaldt både fratakelse av foreldreansvar og kontaktrettigheter med sikte på adopsjon, er det er ikke klart om EMD oppstiller vilkåret generelt for oppgivelse av gjenforeningsmålet, eller om det kun gjelder ytterligere tiltak som fratakelse av foreldreansvar og adopsjon som bryter de rettslige båndene.<sup>255</sup> Også saken *Aune mot Norge* [J] gjaldt fratakelse av foreldreansvar og adopsjon.<sup>256</sup> Domstolen uttalte da eksplisitt at tiltak som bryter de rettslige båndene mellom barn og foreldre («the applicant's legal ties with [barnet]») må være motivert av dominerende hensyn til barnets beste.<sup>257</sup> I *Dolhamre mot Sverige* [J] oppstilte EMD kravet ved tiltak som bryter «all parental links with a child»,<sup>258</sup> og i *Jansen mot Norge* [J] om tiltak som «totally deprive [forelderens] of his or her family life with the child».<sup>259</sup> Dette harmonerer med EMDs uttalelse i *Strand Lobben* avsnitt 209 om at vilkåret kun gjelder tiltak som bryter de rettslige båndene mellom barn og foreldre.

*Bendiksen* fremhever at det ved «adopsjon kreves at tiltaket er i samsvar med et dominerende hensyn til barnet, er en naturlig følge av at slike tiltak representerer et alvorlig inngrep i foreldrenes og barnas rett til familieliv, samt at tiltakene er irreversible».<sup>260</sup> Også oppgivelse av gjenforeningsmålet er et *alvorlig* inngrep i retten til familieliv, men i motsetning til hva gjelder fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, gjør det ikke noe inngrep i det rettslige forholdet mellom barnet og foreldrene. Selv om gjenforeningsmålet oppgis, har fremdeles barnet og foreldrene i utgangspunktet en rett til samvær med hverandre, og det er heller ikke slik at en fremtidig gjenforening er utelukket selv om statens positive plikt til å jobbe for gjenforening oppgis. Dersom situasjonen i fremtiden skulle endre seg, slik at gjenforening likevel er til barnets beste, følger det av retten til familieliv, at barnet skal tilbakeføres til foreldrene.<sup>261</sup> Det er derfor ikke samme grunn til å stille krav om at en oppgivelse av gjenforeningsmålet må være motivert av *dominerende* hensyn til barnets beste, som ved irreversible tiltak som adopsjon og fratakelse av foreldreansvaret.<sup>262</sup>

---

<sup>255</sup> *Johansen mot Norge I* [J] avsnitt 78 avsnitt 93.

<sup>256</sup> *Aune mot Norge* [J], no. 52502/07 [2010].

<sup>257</sup> Op.cit. avsnitt 66.

<sup>258</sup> *Dolhamre mot Sverige* [J], no. 67/04 [2010] avsnitt 120.

<sup>259</sup> *Jansen mot Norge* [J], no. 2822/16 [2018] avsnitt 93.

<sup>260</sup> Bendiksen (2008) s. 161.

<sup>261</sup> At tilbakeføring skal skje i slike situasjoner følger også av barnevernloven § 2-21 første ledd.

<sup>262</sup> Om adopsjon og fratakelse av foreldreansvar se Bendiksen (2008) s. 161.

I den konkrete avveiningen mellom foreldrenes interesse i et fortsatt gjenforeningsmål og hensynet til barnets beste, kreves det derfor ikke at barnets interesser er *dominerende*. At gjenforeningsmålet kan oppgis av hensyn til *barnets beste* underbygges av EMDs uttalelse i *K.O. og V.M.* avsnitt 69:

«Moreover, it is crucial that the regime of contact effectively supports the goal of reunification until – after careful consideration and also taking account of the authorities’ positive duty to take measures to facilitate family reunification – the authorities are justified in concluding that *the ultimate aim of reunification is no longer compatible with the best interests of the child*. [min kursivering]»

Uttalelsen er gjentatt i *Abdi Ibrahim* avsnitt 61 og *M.L.* avsnitt 79 og 93. Denne formuleringen gjør *barnets beste* mer fremtredende, og er mer i tråd med barnets beste-prinsippet slik det er forstått i Barnekonvensjonen. *Sørensen* tolker uttalelsen slik at gjenforeningsmålet «kan forlates dersom det virkelig vises at målet strider mot barnets beste». <sup>263</sup> Vilkåret om «very exceptional circumstances» legger imidlertid sterke føringer i retning av gjenforeningshensynet i den konkrete barnets beste-vurderingen.

Høyesterett har oppstilt et vilkår om «spesielle og sterke grunner» som en parallell til EMDs «very exceptional circumstances»-vilkår. <sup>264</sup> I HR-2020-662-S avsnitt 128 uttaler Høyesterett at en forutsetning for at gjenforeningsmålet kan oppgis er at det foreligger slike «spesielle og sterke grunner». <sup>265</sup> Høyesterett oppstiller ikke noe krav om at en oppgivelse må være motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Derimot viser Høyesterett i HR-2020-661-S avsnitt 98–99 til EMDs praksis om at dette vilkåret gjelder ved fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. Det kan derfor heller ikke etter Høyesteretts praksis oppstilles et vilkår om at en oppgivelse av gjenforeningsmålet krever dominerende hensyn til barnets beste.

Det avgjørende for om gjenforeningsmålet kan oppgis er altså om det foreligger tilstrekkelige «spesielle og sterke grunner». Dette kan imidlertid ikke, som *Stang og Baugerud* fremhever, ses som et tilleggsvilkår til vilkåret om at oppgivelsen må være til barnets beste. <sup>266</sup> Kravet om «spesielle og sterke grunner» bør derimot anses som et ledd i barnets beste-vurderingen. Dette

---

<sup>263</sup> Sørensen (2020) s. 115.

<sup>264</sup> Se HR-2017-2015-A («Jakob») avsnitt 54, jf. Rt. 2014 s. 976 A avsnitt 36 og HR-2020-662-S avsnitt 128.

<sup>265</sup> Se også HR-2020-663-S avsnitt 141 og 145.

<sup>266</sup> Stang og Baugerud (2018) s. 66.

samsvarer med barnevernloven § 4-16 siste punktum, jf. § 4-1 første punktum, om at barnevernets plikt til å legge til rette for gjenforening gjelder så langt det er til barnets beste. Det harmonerer også med Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

## 5.4 Når kan gjenforeningsmålet oppgis?

### 5.4.1 Tre typetilfeller

I dette punktet skal det undersøkes i hvilke situasjoner det kan foreligge slike «spesielle og sterke grunner» som medfører at statens positive plikt til å arbeide for at barnet og foreldrene gjenforenes kan oppgis.

Høyesterett har i HR-2020-661-S avsnitt 129 og 146–147, nokså kortfattet, oppsummert hvilke situasjoner «very exceptional circumstances»-vilkåret (spesielle og sterke grunner) etter EMDs praksis kan anses oppfylt. Gjenforeningsmålet kan etter denne oppgis dersom foreldrene er *særlig uegnet* («particularly unfit»), dersom et fortsatt gjenforeningsmål kan *skade barnets helse og utvikling* eller hvis det har gått *betydelig tid* siden omsorgsovertakelsen, slik at barnets interesse i stabilitet veier tyngre enn gjenforeningsmålet.

Det kan spørres om gjenforeningsmålet også kan oppgis i andre situasjoner, eller om denne oppregningen er uttømmende. Høyesteretts bruk av formuleringene «for det første», «[f]or det andre» og «i tillegg» indikerer at oppregningen er ment å være uttømmende.<sup>267</sup> Dette underbygges også av den etterfølgende dommen HR-2021-474-A, hvor Høyesterett i avsnitt 41 uttaler at gjenforeningsmålet *bare* kan oppgis i de tre nevnte tilfellene. Det vil her ikke bli tatt stilling til om det også kan tenkes andre situasjoner der gjenforeningsmålet kan oppgis.<sup>268</sup>

### 5.4.2 Foreldrene er *særlig uegnet*

Det legges for det første til grunn at gjenforeningsmålsettingen kan oppgis dersom foreldrene har vist seg *særlig uegnet* («particularly unfit»), jf. *Strand Lobben* avsnitt 207.<sup>269</sup> Spørsmålet er hva som ligger i at foreldrene er *særlig uegnet*. EMD og Høyesterett har ikke uttalt seg eksplisitt om dette, men det ligger begrepet «particularly», sett i sammenheng med grunnvilkåret om

---

<sup>267</sup> HR-2020-661-S avsnitt 146–147.

<sup>268</sup> Det kan f.eks. diskuteres om foreldrene skal kunne samtykke til en oppgivelse av gjenforeningsmålet.

<sup>269</sup> HR-2020-661-S avsnitt 129 og 146.

«very exceptional circumstances», at det er en høy terskel for hvor *uegnet* foreldrene kan være før målet om gjenforening kan oppgis.

*Bendiksen* uttaler at begrepet «particularly unfit» synes som «en nokså beskrivende betegnelse på de tilfellene hvor domstolen eller kommisjonen har akseptert at familiebåndene har blitt brutt gjennom adopsjon eller andre tiltak med liknende virkning».<sup>270</sup> Som eksempel viser hun blant annet kommisjonens avgjørelse i *E.D. mot Irland*, hvor en klage fra en far knyttet til blant annet adopsjonssamtykke til ett av hans barn under offentlig omsorg ble funnet «inadmissible».<sup>271</sup> Omsorgsovertakelsen og adopsjonen kom i saken som følge av langvarig og alvorlig rusmisbruk hos foreldrene, samt at de var idømt flere fengselsstraffer, og at de til tross for hjelpetiltak verken hadde blitt kvitt rusproblemene eller maktet å følge opp forsøkene som var blitt gjort på å etablere kontakt med barnet. *Bendiksen* oppsummerer EMDs praksis slik:

«Fysiske og psykiske skader hos barnet, foreldrenes voldelige eller aggressive oppførsel, graden av kontakt og derunder foreldrenes forsøk på å få kontakt og barnets reaksjon på kontakt med foreldrene, synes dermed som viktige momenter. Generelle samarbeidsproblemer, tidligere erfaringer mellom barnevernstjenesten og foreldrene samt generell usikkerhet hos barnet med hensyn til plasseringen, har derimot blitt tillagt mindre vekt.»<sup>272</sup>

Et sentralt spørsmål er imidlertid hva foreldrene må være *særlig uegnet* til. Om dette knytter seg til deres samværskompetanse, generelle omsorgskompetanse eller andre forhold.

En oppgivelse av gjenforeningsmålet vil imidlertid ikke medføre at barnets og foreldrenes rett til samvær opphører. Samværsretten består i utgangspunktet uavhengig av gjenforeningsmålet.<sup>273</sup> Det er derfor ingen grunn til at foreldrenes manglende samværskompetanse i seg selv skal medføre at gjenforeningsmålet oppgis. Foreldrene kan for en periode være *uegnet* til å ha samvær med barnet, selv om en på lengre sikt likevel kan se for seg en gjenforening. I HR-2021-476-A avsnitt 75 understreker Høyesterett at det ikke *nødvendigvis* er en motsetning mellom begrenset samvær i en periode og et langsiktig mål om gjenforening.

---

<sup>270</sup> Bendiksen (2008) s. 160.

<sup>271</sup> *E.D. mot Irland* [C], no. 25054/94 [1995].

<sup>272</sup> Bendiksen (2008) s. 160.

<sup>273</sup> Se nærmere i punkt 3.1 og 4.1.

For at gjenforeningsmålsettingen skal kunne oppgis ut fra foreldrenes manglende *egnethet*, må det derimot fastslås at de er *uegnet* til å få barnet tilbakeført, også på lang sikt. I dette ligger det at en ikke ser det som en mulighet at foreldrenes omsorgskompetanse i tilstrekkelig grad vil bedre seg i framtiden, eller at den omsorgssvikten barnet er utsatt for uansett er uforenelig med en tilbakeføring. Det er imidlertid kun unntaksvis at forholdene ligger slik an at myndighetene allerede ved, eller tidlig etter en omsorgsovertakelse, har forutsetninger for å avgjøre om tilbakeføring vil være utelukket i framtiden.<sup>274</sup> I HR-2020-661-S avsnitt 155 understreker Høyesterett at det bør «utvises forsiktighet med å trekke konklusjoner om foreldrenes omsorgsevne og samværskompetanse ut fra begrenset eller utilfredsstillende samvær alene». I avsnitt 147 heter det at gjenforeningsmålet ligger fast inntil en grundig og konkret vurdering *på et senere tidspunkt* eventuelt gir grunnlag for å oppgi dette målet.

EMD har imidlertid akseptert at adopsjon av svært små babyer, ikke, uten videre, er et brudd på EMK artikkel 8,<sup>275</sup> og det må også være klart at i noen situasjoner, unntaksvis, vil den omsorgssvikten barnet er utsatt for i alle tilfeller være uforenelig med en tilbakeføring til foreldrene. *Søvig* legger til grunn at enkelte foreldre vil ha begått så grove overgrep at en tilbakeføring i *overskuelig* fremtid er uaktuelt.<sup>276</sup> Som eksempel kan nevnes HR-2017-2015-A («Jakob»). «Jakob» hadde allerede før fylte seks uker blitt utsatt for grov omsorgssvikt fra foreldrene, noe som resulterte i minst nitten ribbeinsbrudd. En uke senere ble gutten akutt plassert, og senere ble det fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Høyesterett la i denne saken til grunn at en fremtidig tilbakeføring av gutten til foreldrene var «urealistisk», se avsnitt 65.

Det er ikke klart ut fra EMDs og Høyesteretts praksis hvor terskelen for slik uegnethet ligger, men Norges institusjon for menneskerettigheter fremholder at, på grunn av den sterke presumsjonen for at det i utgangspunktet er et gode for barnet å vokse opp hos foreldrene, er grunn til å anta at den ligger høyt, og særlig hvis gjenforeningsmålet oppgis tidlig etter omsorgsovertakelsen.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> Sørensen (2020) s. 121 som uttaler at «det er vanskelig å forutsi hvordan en persons omsorgsevne vil utvikle seg i framtiden».

<sup>275</sup> Se f.eks. *P., C. og S. mot Storbritannia* [J], no. 56547/00 [2020] avsnitt 122. Det vites ikke om situasjoner utenfor adopsjonssakene hvor EMD uttrykkelig har godtatt en tidlig oppgivelse av gjenforeningsmålsettingen, se Sørensen (2020) s. 114–115.

<sup>276</sup> *Søvig* (2020a).

<sup>277</sup> NIM (2020) s. 41. Se også Sørensen (2020) s. 121.

#### **5.4.3 Et fortsatt gjenforeningsmål kan skade barnets helse og utvikling**

For det andre legger Høyesterett til grunn at foreldrene ikke kan kreve iverksatt tiltak som kan *skade barnets helse og utvikling*, jf. *Strand Lobben* avsnitt 207.<sup>278</sup> Det medfører for det første at adopsjon kan tillates – gjenforeningsmålsettingen oppgis – dersom fortsatt fosterhjemsplassing vil kunne skade barnets helse og utvikling.<sup>279</sup> Men det må også bety at gjenforeningsmålsettingen kan oppgis – uten at det besluttes adopsjon – dersom et fortsatt gjenforeningsmål vil være skadelig for barnets helse og utvikling. Dette vil være et mindre inngripende tiltak enn adopsjon, da barnet og foreldrene fortsatt vil ha rett til samvær, selv om formålet er begrenset til at barnet skal kjenne til sine biologiske røtter.<sup>280</sup>

Det vil imidlertid være lite aktuelt å oppgi gjenforeningsmålsettingen på dette grunnlag samtidig med, eller kort tid etter omsorgsovertakelsen, da det er en presumsjon for at gjenforening er til barnets beste, og det på dette tidspunktet vanskelig kan avgjøres om et gjenforeningsmål vil skade barnets helse og utvikling. Dette må eventuelt, på grunnlag av en grundig og konkret vurdering, besluttes på et senere tidspunkt, når en har bedre forutsetninger for å avgjøre om gjenforeningsmålet, med den usikkerheten og ustabiliteten det kan skape, skader barnets helse og utvikling.<sup>281</sup> Selv om gjenforeningsmålsettingen består, kan det imidlertid ikke i noe tilfelle fastsettes samvær som vil kunne skade barnets helse og utvikling.<sup>282</sup>

#### **5.4.4 Det har gått *betydelig tid* siden omsorgsovertakelsen, slik at barnets behov for stabilitet går foran gjenforeningsmålet**

For det tredje legger Høyesterett til grunn at gjenforeningsmålet kan oppgis dersom det har gått *betydelig tid* siden omsorgsovertakelsen.<sup>283</sup> I *Strand Lobben* uttaler EMD følgende i avsnitt 208:

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

---

<sup>278</sup> HR-2020-661-S avsnitt 129 og 147.

<sup>279</sup> Høyesterett nevner dette eksplisitt i HR-2020-661-S avsnitt 147.

<sup>280</sup> Se *Abdi Ibrahim* [J] avsnitt 57.

<sup>281</sup> Se Bendiksen (2008) s. 151.

<sup>282</sup> Se HR-2021-475-A avsnitt 38. Dette behandles nærmere i punktene 6.3.3 og 6.3.4.

<sup>283</sup> HR-2020-661-S avsnitt 129 og 147.

Dette er lagt til grunn av EMD allerede i storkammersaken *K. og T. mot Finland* avsnitt 155.<sup>284</sup> Barnets interesse i stabilitet i omsorgssituasjonen (status quo), kan i slike situasjoner veie tyngre enn hensynet til gjenforening.<sup>285</sup> Selv om foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, eller det kan antas at foreldrene i fremtiden vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg, kan altså gjenforeningsmålet likevel oppgis dersom barnet, som følge av den tiden som er gått, har knyttet seg til fosterfamilien på en slik måte at barnets behov for stabilitet må gå foran gjenforeningsmålet.<sup>286</sup> I *Pedersen og andre mot Norge* [J] minner EMD om at «decisive weight cannot always be attached to the fact that a parent has recovered his or her capacity to assume care».<sup>287</sup>

Denne oppgivelsergrunnen baserer seg i stor grad på de samme hensynene som *tilknytningsunntaket* fra tilbakeføringsplikten i barnevernloven § 4-21 første ledd andre punktum. Etter denne bestemmelsen skal en tilbakeføring, selv om foreldrene med «overveiende sannsynlighet [...] kan gi barnet forsvarlig omsorg», likevel ikke skje dersom det, på grunn av at barnet har fått «slik tilknytning til mennesker og miljø der det er», vil kunne føre til «alvorlige problemer» for barnet.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved i hvilken grad bvl. § 4-21 første ledd andre punktum korresponderer med gjenforeningsmålet. Er det slik at gjenforeningsmålet må anses oppgitt dersom fylkesnemnda eller domstolen kommer til at tilbakeføring må nektes på grunnlag av tilknytningsunntaket?

Dersom fylkesnemnda eller domstolen kommer til at omsorgsovertakelsen skal opprettholdes på grunnlag av det ikke med «overveiende sannsynlig[het]» kan fastslås at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, jf. bvl. § 4-21 første ledd første punktum, er det klart at dette – i seg selv – ikke har betydning for gjenforeningsmålet. Statens myndigheter har fortsatt, som utgangspunkt, en plikt til å legge til rette for at foreldrene i fremtiden kan oppfylle vilkårene for tilbakeføring. I HR-2020-1788-A avsnitt 65 uttaler Høyesterett at en nektelse av tilbakeføring ikke medfører et brudd mellom barn og foreldre, men «det innebærer en fortsatt svekkelse av familiemessige bånd som griper inn i både barnets og foreldrenes rett til familieliv

---

<sup>284</sup> *K. og T. mot Finland*, no. 25702/94 [2001].

<sup>285</sup> Se Sandberg (2020) s. 152.

<sup>286</sup> Se Bendiksen (2008) s. 152 og Sandberg (2020) s. 152–153.

<sup>287</sup> *Pedersen og andre mot Norge* [J], no. 39710/15 [2020] avsnitt 65, heretter omtalt som *Pedersen og andre*.



etter EMK artikkel 8». Gjenforeningsmålet vil, dersom det ikke er holdepunkter for annet, fortsatt stå ved lag.

Noe annerledes er situasjonen der tilbakeføring nektes på grunnlag av bvl. § 4-21 første ledd andre punktum. Situasjonen er da at foreldrene – med overveiende grad av sannsynlighet – kan gi barnet forsvarlig omsorg, men barnet blir likevel ikke tilbakeført av hensyn til barnets behov for stabilitet i omsorgen.<sup>288</sup> Dette kan ses som en *de facto* oppgivelse av gjenforeningsmålet, fordi det i gjenforeningsmålet nettopp ligger at foreldrene skal få barnet tilbakeført dersom de kan ivareta omsorgsansvaret. Når tilbakeføringsnektelsen ikke er begrunnet i foreldrenes manglende omsorgsevne, men i at barnet har knyttet seg til mennesker og miljø, i og rundt fosterfamilien, i så stor grad at en tilbakeføring vil kunne påføre det «alvorlige problemer», kan det fremstå uhensiktsmessig og motstridende om myndighetene fortsatt – aktivt – skal legge til rette for en tilbakeføring. I de fleste tilfeller vil barnet bli tettere knyttet til fosterfamilien jo lenger tid som går.

I HR-2020-1788-A, hvor tilbakeføring ble nektet på grunnlag av bvl. § 4-21 første ledd andre punktum, legger imidlertid Høyesterett i avsnitt 74 til grunn at en avgjørelse om å nekte tilbakeføring «må vise hvordan gjenforeningsmålet er ment å ivaretas fremover eller forklare hvorfor målet eventuelt må oppgis». Uttalelsen er gitt som en del av den generelle redegjørelsen for «*[t]ilknytningskravet, forholdet til Grunnloven og Norges internasjonale forpliktelser*» i avsnitt 61–74. Høyesterett forutsetter gjennom uttalelsen at gjenforeningsmålet kan bestå selv om en tilbakeføring nektes etter bvl. § 4-21 første ledd andre punktum.

Dette bekreftes også av den konkrete rettsanvendelsen. Høyesterett konkluderer i avsnitt 106 med at en tilbakeføring, på grunn av barnets særlige sårbarhet for relasjonsbrudd og foreldrenes manglende evne til å ivareta barnets særskilte omsorgsbehov ved en tilbakeføring, «nå vil påføre [barnet] alvorlige problemer som følge av den tilknytningen hun har til fosterhjemmet», og at vilkårene for tilbakeføring etter bvl. § 4-21 første ledd andre punktum derfor ikke er til stede.<sup>289</sup> I avsnitt 107 slår imidlertid Høyesterett fast at «[s]elv om vilkårene for tilbakeføring i

---

<sup>288</sup> I noen situasjoner tar imidlertid ikke domstolen stilling til spørsmålet om omsorgsevne, fordi den uansett kommer til at en tilbakeføring uansett vil kunne føre til «alvorlige problemer» for barnet, se bl.a. HR-2016-2262-A avsnitt 77–78 og Bendiksen og Haugli (2021) s. 320.

<sup>289</sup> Høyesterett la til grunn at foreldrene oppfylte vilkåret om at de med overveiende sannsynlighet, både samlet og hver for seg, kunne gi barnet «forsvarlig omsorg», jf. bvl. § 4-21 første ledd første punktum, se HR-2020-1788-A avsnitt 79.

dag ikke er oppfylt, er det ikke grunnlag for å oppgi gjenforeningsmålet». I avsnitt 108 heter det følgende om dette standpunktet:

«Det er naturlig nok en belastning for fosterforeldrene, og kan være det for [barnet] om hun ikke skjermes, at spørsmålet om gjenforening kan vurderes på ny etter noen tid. Dette er imidlertid en konsekvens av at omsorgsovertakelse skal være et midlertidig tiltak, og et utslag av prinsippet om at barn normalt skal vokse opp hos sine biologiske foreldre.»

Høyesterett legger avsnitt 109 vekt på at spørsmålet om tilbakeføring kan stille seg annerledes etter hvert som barnet utvikler evnen til selvstendig refleksjon omkring relasjoner, tilhørighet og identitet, og at hun dermed ikke lenger er like sårbar for relasjonsbrudd. I forlengelsen av dette legges det vekt på at far, dersom han evner å endre sin atferd, kan redusere risikoen ved en flytting fra fosterhjemmet. Når situasjonen var denne, kunne man se for seg at barnet i fremtiden ville kunne tilbakeføres, uten at det ville føre til «alvorlige problemer» for barnet.

Det er altså ikke slik at en nektelse av tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 første ledd andre punktum uten videre medfører at gjenforeningsmålet må oppgis. Om gjenforeningsmålet kan oppgis må avgjøres på et selvstendig grunnlag.

En innvending mot denne forståelsen kan imidlertid være at når en tilbakeføring, på grunn av barnets tilknytning til fosterfamilien, vil kunne påføre det «alvorlige problemer», vil også et fortsatt gjenforeningsmål kunne forstyrre barnets behov for ro og stabilitet rundt omsorgssituasjonen. Høyesterett erkjenner i det ovennevnte sitatet at dette, hvis barnet ikke skjermes, *naturlig nok* kan utgjøre en belastning for barnet. Selv om en oppgivelse av gjenforeningsmålet ikke er en nødvendig følge av en nektelse av tilbakeføring etter bvl. § 4-21 første ledd andre punktum, er det imidlertid heller intet hinder for at gjenforeningsmålet faktisk oppgis i slike situasjoner. Høyesterett forutsetter imidlertid at beslutningsorganet i så fall uttrykkelig «må [...] forklare hvorfor målet om gjenforening eventuelt må oppgis».<sup>290</sup>

I slike situasjoner vil gjenforeningsmålet både kunne oppgis på grunnlag av at et fortsatt gjenforeningsmål vil kunne skade barnets helse og utvikling, eller at gjenforeningsmålet, på grunn av den til tiden som er gått og tilknytningen barnet har fått til fosterfamilien, må vike av

---

<sup>290</sup> HR-2020-1788-A avsnitt 74.

hensyn til barnets behov for ro og stabilitet i omsorgen.<sup>291</sup> Alternativet om at det har gått en *betydelig tid* siden omsorgsovertakelsen, stiller ikke krav om at gjenforeningsmålet gir noen skadevirkninger for barnet, men det tar i større grad sikte på en avveining mellom de motstridende interessene.<sup>292</sup> Det må foretas en *rimelig avveining* mellom barnets og foreldrenes gjenforeningsinteresse på den ene siden, mot barnets behov for ro og stabilitet på den andre; men gjenforeningsmålet må i alle tilfeller oppgis dersom det vil kunne skade barnets helse og utvikling.

Selv om det skal foretas en bred og balansert avveining av de motstridende interessene, skal imidlertid den endelige beslutningen være i samsvar med *barnets beste*. Dette følger av barnevernloven § 4-16 siste punktum, jf. § 4-1 første punktum, og er også lagt til grunn av EMD.<sup>293</sup> Høyesterett har imidlertid ved flere anledninger fremhevet viktigheten av at beslutningsprosessen viser at det er foretatt en bred og balansert avveining, hvor også foreldrenes interesser vektlegges, og at dette fremgår av begrunnelsen.<sup>294</sup>

Det er altså ikke tilstrekkelig for å oppgi gjenforeningsmålet, at det vises til at en tilbakeføring er nektet som følge av bvl. § 4-21 første ledd andre punktum, men det må begrunnes hvorfor en oppgivelse av gjenforeningsmålet er *nødvendig* av hensyn til barnets behov for ro og stabilitet. I denne avveiningen må det holdes fast ved at omsorgsovertakelse i utgangspunktet er et midlertidig tiltak, og at det er et gode for barnet å bli tilbakeført til foreldrene.<sup>295</sup> En oppgivelse av gjenforeningsmålet er et større inngrep i retten til familieliv, enn at en tilbakeføring på det aktuelle tidspunktet nektes, men vurderingen vil i vid utrekning måtte basere seg på de samme momentene som gjelder for tilknytningsunntaket bvl. § 4-21 første ledd andre punktum.<sup>296</sup>

Det vil imidlertid ved et spørsmål om oppgivelse av gjenforeningsmålet, til forskjell fra om tilbakeføring skal nektes etter bvl. § 4-21 første ledd andre punktum, måtte legges større vekt på muligheten for at barnet *i fremtiden* kan tilbakeføres uten at det påføres «alvorlige problemer». Selv om en tilbakeføring vil føre til «alvorlige problemer» for barnet på

---

<sup>291</sup> Alternativet om at foreldrene er *særlig uegnet* er uaktuelt, da det er en forutsetning for *tilknytningsunntaket* at foreldrene kan gi barnet «forsvarlig omsorg».

<sup>292</sup> Se HR-2020-661-S avsnitt 147.

<sup>293</sup> Se bl.a. *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 69. Se nærmere i punkt 5.3.

<sup>294</sup> Se bl.a. HR-2020-661-S avsnitt 147 og 171 og HR-2020-1788-A avsnitt 74. Se også NIM (2020) s. 50–60.

<sup>295</sup> Se HR-2020-1788-A avsnitt 109.

<sup>296</sup> Høyesterett har i HR-2020-1788-A avsnitt 60 oppsummert hvilke momenter som generelt er relevante i vurderingen etter bvl. § 4-21 første ledd andre punktum.

inneværende tidspunkt, kan en likevel i noen tilfeller, som følge av personlig utvikling hos barnet, et bedret forhold til foreldrene eller at foreldrene bedre kan ivareta barnets behov ved en tilbakeføring, se for seg en fremtidig tilbakeføring. Vurderingstemaet er ikke om en tilbakeføring nå vil gi barnet «alvorlige problemer», men derimot i hvilken grad en fremtidig gjenforening ses som en mulighet, og i hvor stor grad et fortsatt gjenforeningsmål vil virke forstyrrende på barnets behov for å ro og stabilitet i omsorgen.

Dette synliggjøres i HR-2020-1788-A. Situasjonen var her den at barnet hadde en god relasjon til foreldrene, samværene fungerte bra, og en økning av varighet og hyppighet på samværene hadde bidratt til et nærmere forhold mellom barnet og foreldrene.<sup>297</sup> Gjenforeningsmålet virket derfor i liten grad forstyrrende for barnet. Grunnen til at tilbakeføring ble nektet var imidlertid at barnet var særlig sårbart for relasjonsbrudd, og at foreldrene, på inneværende tidspunkt, ikke ville evne å ivareta denne sårbarheten ved en tilbakeføring.<sup>298</sup> Dette var imidlertid forhold som kunne endre seg i framtiden, og det var derfor, sett i sammenheng med at gjenforeningsmålet ikke virket særlig forstyrrende for barnet, ikke grunnlag for å oppgi gjenforeningsmålet.

I denne saken hadde imidlertid også barnet gitt uttrykk for at hun var redd for å vise glede over samvær med foreldrene, fordi hun fryktet at det kunne mistolkes i retning av at hun ønsket å flytte tilbake.<sup>299</sup> Dette utsagnet indikerer at gjenforeningsmålet faktisk var til hinder for at samværene mellom barnet og foreldrene kunne bidra til å opprettholde og styrke relasjonen mellom dem, og at de fullt ut kunne nyte den felles gleden i samvær med hverandre. Slike momenter vil i den konkrete avveiningen kunne tale for en oppgivelse av gjenforeningsmålet. Selv om Høyesterett uttaler at barnets utsagn var *viktige*, «spesielt fordi hun fremstår som reflektert», legges det imidlertid til grunn at «hennes alder og at hun vanskelig kan overskue konsekvensene av sitt standpunkt i en sak som dette [må] få betydning for hvilken vekt hennes oppfatning kan tillegges».<sup>300</sup>

---

<sup>297</sup> Se HR-2020-1788-A avsnitt 91.

<sup>298</sup> HR-2020-1788-A avsnitt 103 og 106.

<sup>299</sup> Op.cit. avsnitt 104.

<sup>300</sup> HR-2020-1788-A avsnitt 105. Barnet var 7 år på beslutningstidspunktet. Høyesterett viser til barnevernloven § 6-3 første ledd hvor barnets mening skal tillegges vekt «i samsvar med barnets alder og modenhet». Høyesterett vektlegger barnets mening i mindre grad fordi barnet, på grunn av sin alder, vanskelig kan overskue konsekvensene av at gjenforeningsmålet oppgis.

## 5.5 Oppsummering

Utgangspunktet etter en omsorgsovertakelse er at staten, blant annet gjennom samvær, skal legge til rette for at barn og foreldre kan gjenforenes. Gjenforeningsmålet kan imidlertid oppgis dersom et fortsatt mål om gjenforening ikke er mulig eller en oppgivelse er *nødvendig* av hensyn til *barnets beste*. Det stilles ved oppgivelse av gjenforeningsmålet, til forskjell fra fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon, ikke krav om at beslutningen må være motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Det må imidlertid foretas en bred og konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, der de motstridende hensynene synliggjøres og avveies mot hverandre. I denne avveiningen må også foreldrenes interesser vektlegges. Den endelige løsningen skal likevel være i samsvar med *barnets beste*.

I den konkrete avveiningen må det imidlertid tas utgangspunkt i presumsjonen om at det er et gode for barnet å bli tilbakeført til foreldrene, og derigjennom få omsorg fra dem. På grunn av denne presumsjonen kreves det «spesielle og sterke grunner» for at gjenforeningsmålet skal kunne oppgis.

Dette kan for det første være tilfelle dersom foreldrene er *særlig uegnet* til å få barnet tilbakeført, enten fordi det må legges til grunn at omsorgsevnen ikke vil bedres i tilstrekkelig grad, eller fordi den omsorgssvikten barnet er utsatt for, i alle tilfeller er uforenelig med en tilbakeføring. Terskelen vil imidlertid ligge høyt, særlig dersom det er gått kort tid siden omsorgsovertakelsen. Gjenforeningsmålet kan for det andre oppgis dersom et fortsatt mål om gjenforening kan *skade barnets helse og utvikling*. På grunn av presumsjonen for at en gjenforening er til barnets beste, vil gjenforeningsmålet vanskelig, på dette grunnlaget, kunne oppgis samtidig med, eller kort tid etter omsorgsovertakelsen.

Gjenforeningsmålet kan imidlertid også oppgis dersom det har gått *betydelig tid* siden omsorgsovertakelsen, slik at barnets behov for stabilitet må gå foran gjenforeningsmålet. Det må her foretas en konkret avveining mellom barnets og foreldrenes gjenforeningsinteresse på den ene siden, mot barnets behov for ro og stabilitet i fosterhjemmet på den andre. At en tilbakeføring blir nektet på grunnlag av barnevernloven § 4-21 første ledd andre punktum, medfører ikke nødvendigvis at gjenforeningsmålet må oppgis.

Som denne gjennomgangen viser, vil en oppgivelse av gjenforeningsmålet samtidig med eller kort tid etter en omsorgsovertakelse, i de fleste tilfeller være utelukket. En tidlig oppgivelse vil imidlertid kunne være aktuelt i de tilfeller der foreldrene har utsatt barnet for en så grov

omsorgssvikt, slik at de i alle tilfeller vil være *uegnet* til å få barnet tilbakeført. *Sørensen* legger til grunn at det, tatt i betraktning av presumsjonen om at det også er til barnets beste å bli gjenforent med sine foreldre, er «liten grunn til å tro at EMD vil akseptere tidlig oppgivelse av gjenforeningsmålet utover i de helt eksepsjonelle unntakstilfellene».<sup>301</sup>

Det følger av dette at samvær i de aller fleste tilfeller der det er gått kort tid siden omsorgsovertakelsen, vil måtte fastsettes i lys av målet om at barnet og foreldrene skal gjenforenes. I punkt 6 vil det bli drøftet hvordan gjenforeningsmålet skal avveies mot andre hensyn ved fastsettelsen av samvær, mens det i punkt 7 diskuteres hvilke krav gjenforeningsmålet stiller til omfanget av samværsretten.

---

<sup>301</sup> Sørensen (2020) s. 121.

## 6 Hvordan skal gjenforeningsmålet avveies mot andre hensyn ved fastsettelsen av samvær?

### 6.1 Innledning

Som vi har sett er utgangspunktet etter både barnevernloven, EMK og Barnekonvensjonen at omsorgsovertakelse er et midlertidig tiltak, og at staten har en positiv plikt til å arbeide for at barn og foreldre kan gjenforenes. Så lenge gjenforeningsmålet består, skal derfor samværene bidra til å nå det overordnede gjenforeningsmålet. Gjenforeningsmålet kan etter omstendighetene oppgis, men dette kan kun unntaksvis gjøres samtidig med eller kort tid etter omsorgsovertakelsen. I de fleste tilfeller vil derfor samvær måtte fastsettes i lys av målet om at barn og foreldre skal gjenforenes.

Et sentralt spørsmål er imidlertid hvordan gjenforeningsmålet skal *avveies* mot andre hensyn ved fastsettelsen av samvær. Dette er tema i det følgende. I punkt 7.2 vil det beskrives noen grunnleggende perspektiver og interessekonflikter ved fastsettelsen av samvær, mens det i punkt 7.2 og 7.3 diskuteres hvordan gjenforeningsmålet skal avveies mot motstridende interesser på henholdsvis barnets og foreldrenes hånd.

### 6.2 Samvær – en latent og uunngåelig rettighetskonflikt

I samværsretten ligger det en latent, innebygd og, i mange tilfeller, uunngåelig interessekonflikt. På den ene siden står barnets og foreldrenes rett til familieliv, og herunder statens positive plikt til å legge til rette for gjenforening. Dette hensynet taler isolert sett, så å si alltid, for at det skal gis så mye samvær som mulig. Dersom en kun skulle bygd på dette familie-hensynet, ville staten aldri kunne grepet inn i familielivet, og en omsorgsovertakelse ville i utgangspunktet være utelukket.

På den annen side står barnets grunnleggende rett til omsorg og beskyttelse, ivaretagelsen av barnets følelsesmessige tilknytning til fosterforeldrene, og behovet for en stabil og god omsorgssituasjon over tid. I noen tilfeller vil også barnets egen mening trekke i motsatt retning av det biologiske prinsipp. Høyesterett har i mange saker fremhevet barnets behov for ro, stabilitet og forutsigbarhet, og herunder at samværsordningen ikke må forstyrre barnets behov for å etablere en tilknytning til fosterforeldrene.<sup>302</sup> I HR-2020-662-S avsnitt 129 trekker

---

<sup>302</sup> Se Stang og Baugerud (2018) s. 97 og Riiber (2018) s. 146.

Høyesterett frem at både barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgssituasjonen og foreldrenes mangelfulle samværskompetanse kan tilsi at samvær må begrenses.

Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, har staten allerede besluttet at barnets og foreldrenes rett til familieliv, må innskrenkes til fordel for barnets grunnleggende rett til omsorg og beskyttelse. En omsorgsovertakelse representerer derfor et perspektivskifte på to måter:

- Endring av pliktsubjekt. Myndighetene overtar foreldrenes plikt til å ivareta barnets rettigheter og behov.<sup>303</sup>
- En rettighetsprioritering. Myndighetene innskrenker barnets og foreldrenes rett til familieliv, slik at barnets grunnleggende rett til omsorg og beskyttelse kan ivaretas.

Etter en omsorgsovertakelse er det myndighetene som har ansvar for å legge til rette for at barnet kan opprettholde familieliv med, og på sikt tilbakeføres til foreldrene, uten at dette går på bekostning av den grunnleggende retten til omsorg og beskyttelse. Det foreligger her en tydelig og uunngåelig rettighetskonflikt. I og med at barnets rett til omsorg og beskyttelse er absolutt, er det i retten til familieliv det må gjøres begrensninger.<sup>304</sup> Det ligger i omsorgsovertakelsens natur at barnets og foreldrenes rett til familieliv ikke kan oppfylles fullt ut.

Ved fastsettelse av samvær må derfor målet om gjenforening avveies mot barnets behov for ro, stabilitet og trygghet. Det må foretas en avveining i to henseender. For det første må det avgjøres hvordan målet om gjenforening skal avveies mot andre hensyn på *barnets* hånd for å komme frem til om, og eventuelt hvilket, samvær som er til barnets beste. Dette omtales gjerne som *optimaliseringsnormen*.<sup>305</sup> Deretter må det, dersom barnets interesser ikke sammenfaller med foreldrenes interesser, som ofte vil være situasjonen ved fastsettelsen av samvær, avgjøres hvordan *barnets beste* skal avveies mot *foreldrenes* rett til familieliv, og herunder deres gjenforeningsinteresse. Dette omtales gjerne som *avveiningsnormen*.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> Det er den kommunale barnevernstjenesten som overtar omsorgsansvaret for et barn etter en omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-18 første ledd første punktum, jf. § 2-1 sjette ledd, mens fosterforeldrene eller den institusjon der barnet bor utøver den daglige omsorgen, jf. bvl. § 4-18 første ledd andre punktum.

<sup>304</sup> Se om barnets rett til omsorg og beskyttelse i punkt 2.3.

<sup>305</sup> Se NOU 2016: 16 s. 54.

<sup>306</sup> Disse begrepene er brukt i NOU 2016: 16 s. 54, se også Sigurdsen (2015) s. 91 og Sørensen (2016) s. 315. En slik tilnærming har også Høyesterett anlagt i saker på utlendingsrettens område, se Rt. 2015 s. 93 A (Maria) avsnitt 72 til 81.



Som Norges institusjon for menneskerettigheter fremhever, er disse avveiningene aldri enkle.<sup>307</sup> For det første er det sjelden snakk om enten-eller-løsninger, men derimot et valg mellom mange ulike alternativer.<sup>308</sup> Og for det andre er dette alltid vanskelige vurderinger; hvor motstridende hensyn, interesser og rettigheter står mot hverandre og sjelden kan oppfylles fullt ut.

## 6.3 Optimaliseringsnormen

### 6.3.1 *Barnets beste* er utgangspunktet

Det følger av barnevernloven § 4-1 første punktum, jf. § 4-19 andre ledd første punktum, at det ved fastsettelse av samvær skal legges «avgjørende vekt» på å finne en samværløsning som er til «beste for barnet», eller at det «av hensyn til barnet» ikke skal være samvær.

Det følger videre av Grunnloven § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at *barnets beste* skal være «et grunnleggende hensyn» («a primary consideration») ved handlinger og avgjørelser som berører barn, og etter Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 kan det ikke fastsettes samvær som strider med *barnets beste* («is contrary to the child's best interests»). Selv om det ikke følger uttrykkelig av EMK, har også EMD lagt til grunn at i saker som berører barn skal barnets beste være av grunnleggende betydning («of paramount importance»), og i saker om kontakt- og samværsrestriksjoner skal *barnets beste* settes foran alle andre hensyn («come before all other considerations»)<sup>309</sup> Det er derfor av vesentlig betydning å avgjøre om, og eventuelt hvilket, samvær som er til *barnets beste*.

### 6.3.2 *Barnets beste* må sys sammen med skreddersøm – momenter i vurderingen

*Barnets beste* kan betraktes som en rettslig standard, og dets nærmere innhold må søkes gjennom en juridisk tolkning.<sup>310</sup> Det ligger imidlertid i begrepet *barnets beste* at det må foretas konkrete, individuelle og skjønnsmessige vurderinger i den enkelte situasjon.<sup>311</sup>

*Haugli* uttaler at barnevernloven legger opp til at avgjørelser om samvær «skal treffes ut fra en helt konkret vurdering og skreddersys den aktuelle sak».<sup>312</sup>

---

<sup>307</sup> NIM (2020) s. 1–2.

<sup>308</sup> Se Bendiksen og Haugli (2021) s. 267.

<sup>309</sup> *Strand Lobben* [GC] avsnitt 204.

<sup>310</sup> Se Bendiksen og Haugli (2021) s. 27 og Stang og Baugerud (2018) s. 60.

<sup>311</sup> Se om barnets beste i punkt 2.1.

<sup>312</sup> Haugli (2000) s. 271.

Det oppstilles verken i barnevernloven, Barnekonvensjonen eller Grunnloven nærmere retningslinjer for hvilke hensyn som er relevante og hvordan disse hensynene skal veies mot hverandre i barnets beste-vurderingen, utover at det i barnevernloven § 4-1 andre punktum presiseres at det skal legges vekt på å «gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». Det ligger imidlertid i ordlyden «[h]erunder» at også andre momenter må vektlegges. Dette er forutsatt i Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) side 28, hvor eksempelvis barnets egen mening fremheves som er et viktig moment i vurderingen.

Utover disse uttalelsene gir forarbeidene få retningslinjer for den konkrete barnets beste-vurderingen. Det er særlig gjennom rettspraksis det nærmere innholdet i vurderingen har blitt utpenslet. I tillegg har FNs barnekomité utgitt en generell kommentar, Generell kommentar nr. 14, om hvordan *barnets beste* generelt skal forstås i Barnekonvensjonen.

Det skal her ikke foretas noen dyptpløyende gjennomgang av hvilke momenter som generelt er relevante i en barnets beste-vurdering. Det faller utenfor denne avhandlingen. FNs barnekomité har imidlertid i Generell kommentar nr. 14 avsnitt 52–84, på bakgrunn av Barnekonvensjonen som helhet, de enkelt bestemmelser og fortalen, utarbeidet en liste over momenter som generelt er relevante i vurderingen. Det presiseres samtidig i avsnitt 50 at listen verken er uttømmende eller hierarkisk, og at det derfor også kan trekkes inn andre momenter. Momentene som listes opp er:

- Barnets synspunkter<sup>313</sup>
- Barnets identitet, herunder dets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn<sup>314</sup>
- Bevaring av familiemiljø og opprettholdelse av relasjoner
- Barnets behov for omsorg, beskyttelse og sikkerhet<sup>315</sup>
- Barnets sårbarhet
- Barnets rett til helse, utdanning og utvikling

---

<sup>313</sup> Barnets rett til å bli hørt og at dets meninger skal vektlegges er et av grunnprinsippene i Barnekonvensjonen og kommer til uttrykk i art. 12, se også Generell kommentar nr. 14 avsnitt 43–45 og Generell kommentar nr. 12 avsnitt 70–74. Se nærmere om barnets rett til medvirkning i punkt 2.6.

<sup>314</sup> Se nærmere i punkt 4.4.

<sup>315</sup> Se nærmere om i punkt 2.3.

Dette er momenter som, i større eller mindre grad, også er relevante i barnets beste-vurderingen ved fastsettelsen av samvær.<sup>316</sup> Samtidig understreker barnekomiteen at det ikke er en sjekkliste. Hva som er til *barnets beste* må avgjøres etter en individuell og konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Det må tas utgangspunkt i at hvert enkelt barn, og hver enkelt situasjon er unik. Det innebærer at momentene, ut fra de konkrete omstendighetene, må bli brukt og vektlagt forskjellig i fra sak til sak.<sup>317</sup> For å finne den løsningen som er til det enkelte barns beste, må det foretas en individuell og skjønnsmessig helhetsvurdering i hver enkelt sak. Dersom de ulike interessene kommer i konflikt med hverandre, må de vektles mot hverandre med sikte på å finne den løsningen som er best for barnet.<sup>318</sup>

I sin doktoravhandling fra 1998 presenterte *Haugli*, etter en gjennomgang av fylkesnemnds-, lagmannsretts- og høyesterettspraksis, sentrale momenter i den konkrete barnets beste-vurderingen ved fastsettelse av samvær.<sup>319</sup> Disse momentene legger Barnevernlovutvalget til grunn i NOU 2016: 16 s. 179–180. Etter en gjennomgang av høyesterettspraksis frem til 2018, har også *Riiber* oppsummert hvilke hensyn Høyesterett vektlegger ved den konkrete samværsfastsettelsen.<sup>320</sup> I utredningen «Samvær etter omsorgsovertakelse: En barnefaglig og juridisk utredning», som ble utarbeidet som en del av oppfølgingen av NOU 2016: 16, har *Stang og Baugerud* gått gjennom de mest sentrale hensynene som kan trekkes ut fra utviklingspsykologisk og barnefaglig forskning og rettspraksis.<sup>321</sup>

Jeg finner ikke grunn til å gjengi deres oppregninger i denne avhandlingen. Grunnen er at Høyesterett i HR-2021-474-A, på bakgrunn av tidligere rettspraksis, især storkammeravgjørelsene fra mars 2020, nokså detaljert og systematisk, har oppsummert hvilke forhold og momenter som har betydning ved den konkrete samværsfastsettelsen. Denne oppregningen bygger i stor grad på de samme momentene som hos *Haugli*, *Riiber* og *Stang og Baugerud*.

---

<sup>316</sup> Barnevernslovutvalget har i NOU 2016: 16 foreslått å innlemme disse momentene i barnets beste-bestemmelsen i ny barnevernlov § 2 tredje ledd. Dette forslaget er imidlertid ikke fulgt opp av departementet i proposisjonen til ny barnevernlov, se Prop. L (2020–2021) s. 84, samtidig som det understrekes at momentene generelt også står sentralt i barnets beste-vurderinger etter barnevernloven.

<sup>317</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 48–49 og 80.

<sup>318</sup> Op.cit. avsnitt 81.

<sup>319</sup> *Haugli* (2000) punkt 8.2.

<sup>320</sup> *Riiber* (2018) kapittel 3.

<sup>321</sup> *Stang og Baugerud* (2018) kapittel 4.

Høyesterett trekker imidlertid i avsnitt 46 til 49 frem to forhold som har «særlig betydning» for fastsettelsen av samvær.

Det første forholdet er om målet om gjenforening står ved lag, eller om en ikke lenger ser gjenforening som mulig.<sup>322</sup> Dette er et utsalg av at samvær, så lenge gjenforeningsmålet står ved lag, skal bidra til at barnet og foreldrene kan gjenforenes. Gjenforeningshensynet er kun et relevant moment i barnets beste-vurderingen der hvor gjenforeningsmålet står ved lag. Det andre forholdet Høyesterett trekker frem som *særlig* betydningsfullt er at det kan være forskjell på barnets beste på *kort og lang sikt*. Selv om det langsiktige målet er gjenforening, kan hensynet til barnets beste *her og nå* likevel tilsi at samværene må begrenses. Det kan med andre ord være at gjenforeningshensynet må vike i møte med andre hensyn på barnets hånd. Det er i denne relasjonen at det må foretas en avveining mellom barnets interesse i å gjenforenes med sine foreldre, og barnets behov for ro, stabilitet og forutsigbarhet i sin nye omsorgsbasis.

I avsnitt 52–58 trekker Høyesterett frem «de mer konkrete momentene som kommer inn når samvær skal fastsettes».<sup>323</sup> Det presiseres imidlertid i avsnitt 52 at samværsomfanget må fastsettes etter en bred vurdering og at oppregningen ikke er ment som en fullstendig oversikt. De momentene Høyesterett her lister opp er:

- Barnets sårbarhet og hvordan det påvirkes av kontakt med foreldrene er *sentralt*, herunder er barnets behov etter omsorgsovertakelsen og styrken i tilknytningen til foreldrene *av betydning*.
- Barnets eget syn vil, alt etter alder og modenhet og alder, ha *stor vekt*.
- Foreldrenes funksjon er *viktig*.
- Om det er tale om kortvarig eller langvarig plassering er *viktig*.
- Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen og foreldrenes utvikling i ettertid er *relevant*.
- Kvaliteten på samværene og muligheten til å veilede foreldrene, herunder foreldrenes evne til å endre seg der det er nødvendig er *relevant*.
- Om det er sterk konflikt mellom foreldre og barnevernet/fosterforeldre, og om barnet utsettes for lojalitetspress *kan ha betydning*.
- Ivaretagelse av barnets språk og kultur, dersom fosterforeldrene har et annet språk eller kulturell bakgrunn enn foreldrene *kan ha betydning*.

---

<sup>322</sup> HR-2021-474-A avsnitt 47.

<sup>323</sup> HR-2021-474-A avsnitt 51.

- Hensynet til at barnet får en trygg og god relasjon til fosterhjemmet.

Selv om Høyesterett her lister opp relevante momenter i den konkrete barnets beste-vurderingen, og til dels også legger føringer for vekten til de enkelte momentene, er ikke dette noen trylleformel. Høyesterett har gjentatte ganger understreket at samværet må fastsettes ut fra en konkret vurdering av de spesielle omstendighetene i den enkelte sak.<sup>324</sup> Avgjørelsen om hvilket samvær som er best for barnet må, for å bruke *Hauglis* metafor, sys med skreddersøm.

### **6.3.3 Den konkrete avveiningen mellom gjenforeningsmålet og motstridende interesser på barnets hånd**

Som vi har sett ovenfor forutsetter *barnets beste*-prinsippet at det foretas konkrete og individuelle helhetsvurderinger i den enkelte sak. Beslutningstakeren står imidlertid ikke fritt i vurderingen. Når det skal fastlegges hvilket samvær som er til barnets beste, må det, så lenge gjenforeningsmålet står ved lag, tas utgangspunkt i det overordnede målet om at barn og foreldre skal gjenforenes.<sup>325</sup> I HR-2020-662-S avsnitt 116 legger Høyesterett til grunn at det «[s]om utgangspunkt er det best[e] for barn å ha et samvær med foreldrene som styrker og utvikler båndene mellom dem», og i avsnitt 125 heter det at:

«Den konkrete vurderingen må ta utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse – enten den ventes å bli relativt kortvarig eller mer langvarig – skal være av midlertidig karakter. Målsettingen må være at omsorgen skal føres tilbake til foreldrene så snart omstendighetene gir grunnlag for det, og samværet må fastsettes slik at dette formålet ivaretas best mulig.»

Gjenforeningsmålsettingen taler i de aller fleste tilfeller for at det skal gis så mye samvær som mulig. Både EMD og Høyesterett har lagt til grunn at samvær mellom barn og foreldre er et helt sentralt tiltak for at barn og foreldre skal kunne gjenforenes.<sup>326</sup> Det er i barnefaglig forskning lagt til grunn at kontakt mellom barn og foreldre er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, betingelse for gjenforening.<sup>327</sup> Samtidig kan andre hensyn, særlig barnets sårbarhet og behov etter en omsorgsovertakelse, herunder å kunne etablere seg i sin nye omsorgsbasis, medføre at samværene bør begrenses av hensyn til *barnets beste* i den aktuelle

---

<sup>324</sup> HR-2020-662-S avsnitt 124, HR-2020-661-S avsnitt 125, HR-2020-663-S avsnitt 139.

<sup>325</sup> Se om gjenforeningsmålet i punkt 4.2.

<sup>326</sup> Se *Strand Lobben* [GC] avsnitt 208, *K.O. og V.M.* [J] avsnitt 15, HR-2021-475-A avsnitt 37 og HR-2020-662-S avsnitt 128.

<sup>327</sup> Stang og Baugerud (2018) s. 19.

situasjonen.<sup>328</sup> Spørsmålet her er hvordan denne avveiningen, mellom gjenforeningshensynet på den ene siden, skal foretas mot motstridende interesser på barnets hånd på den andre.

FNs barnekomité understreker i Generell kommentar nr. 14 avsnitt 81, at der elementene i barnets beste-vurderingen kommer i konflikt, må interessene avveies mot hverandre for å finne den løsningen som er best for barnet. Videre, i avsnitt 82, heter det at avveiningen må gjøres med sikte på å sikre full og effektiv utnyttelse av de rettigheter som er anerkjent i konvensjonen og dens protokoller, og en helhetlig utvikling av barnet. Barnets rett til omsorg og beskyttelse er etter konvensjonen absolutt.<sup>329</sup> Dersom familiehensynet kommer i konflikt med disse rettighetene, er det i retten til familieliv, og herunder statens plikt til å legge til rette for gjenforening, det må gjøres inngrep. Komiteen overlater imidlertid til de nasjonale myndigheter å foreta de konkrete avveiningene.

Når EMD anvender prinsippet om barnets beste, må det ses i lys av subsidiaritetsprinsippet og prinsippet om statens skjønnsmargin.

Subsidiaritetsprinsippet innebærer at det er hver enkelt stat som har det primære ansvaret for å sikre at konvensjonsrettighetene oppfylles nasjonalt, mens EMDs prøving i klagesaker er subsidiær.<sup>330</sup> EMD er ingen fjerdeinstans, men den prøver derimot om statene har holdt seg innenfor konvensjonenes bestemmelser, slik de er utpenslet gjennom EMDs praksis, og det handlingsrom (statens skjønnsmargin) som er overlatt til statene på det aktuelle området.<sup>331</sup>

EMD har lagt til grunn at oppgaven med å beslutte hva som er til barnets beste primært tilhører de nasjonale myndighetene.<sup>332</sup> Det er de som kjenner saken og partene best, og dermed er best skikket til å vurdere *barnets beste*. Domstolen vil derfor, som utgangspunkt, avstå fra å foreta egne barnets beste-vurderinger.<sup>333</sup> EMDs oppgave er derimot å undersøke om den nasjonale beslutningsprosessen har holdt seg innenfor rammene av EMK.<sup>334</sup>

---

<sup>328</sup> Se HR-2020-663-S avsnitt 146.

<sup>329</sup> Se punkt 2.3.

<sup>330</sup> NIM (2020) s. 17.

<sup>331</sup> Subsidiaritetsprinsippet og prinsippet om statens skjønnsmargin, er utpenslet i EMD-praksis, men ble slått fast i Copenhagen Declaration, 12./13. april 2018 (København-erklæringen) avsnitt 28. Det fremkommer også av tilleggsprotokoll nr. 15 til EMK artikkel 1, som innlemmer subsidiaritetsprinsippet i EMKs fortale, men denne er ikke trådt i kraft.

<sup>332</sup> *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 138.

<sup>333</sup> Se NIM (2020) s. 28.

<sup>334</sup> Se f.eks. *Kosmopoulou mot Hellas* [J], no. 60457/00 [2004] avsnitt 48, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 138 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 210. Se også Aall (2018) s. 240.

Dette innebærer at EMD, ofte, ikke resonerer nærmere omkring barnets beste, utover en vurdering av om nasjonale myndigheter har foretatt tilfredsstillende undersøkelser og avveininger, og bygd avgjørelsen på et tilfredsstillende grunnlag.<sup>335</sup> Dette medfører at barnets beste-vurderinger ofte blir mindre synlig i EMDs avgjørelser, enn de er i nasjonale avgjørelser.<sup>336</sup> EMD legger stort sett til grunn den vurdering staten har gjort om barnets beste – uten at den går inn og prøver denne.

Selv om EMD i begrenset grad prøver den konkrete barnets beste-vurderingen, prøver den i vid utstrekning om nasjonale myndigheter har bygd vurderingen på et tilfredsstillende grunnlag, at det er foretatt tilstrekkelige *avveininger* og gitt konkrete begrunnelser. EMD har ved flere anledninger lagt til grunn at statene har en vid skjønnsmargin når det gjelder nødvendigheten av å ta et barn under offentlig omsorg, mens domstolen vil foreta en strengere kontroll («a stricter scrutiny») for ytterligere begrensninger i familielivet, som samværsrestriksjoner, fordi slike begrensninger vil kunne medføre at familiebandene mellom foreldre og barn brytes permanent.<sup>337</sup>

Spørsmålet her er hvilke føringer EMD legger for den konkrete avveiningen mellom, på den ene siden, gjenforeningshensynet og, på den andre siden, barnets behov for ro og stabilitet i sin nye omsorgsbasis, ved vurderingen av hvilket samvær som er til barnets beste.

Den europeiske menneskerettsdomstolen har flere ganger uttalt at prinsippet om barnets beste er tosidig.<sup>338</sup> Domstolen omtaler det gjerne som at barnets beste «comprises two limbs».<sup>339</sup> I *Strand Lobben* avsnitt 207 uttrykkes det slik:

«Generally, the best interests of the child dictate, on the one hand, that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to “rebuild” the family (see Gnahoré, cited above, § 59). On the other hand, it is clearly

---

<sup>335</sup> Se Dane (2015) s. 204.

<sup>336</sup> Se NIM (2020) s. 28.

<sup>337</sup> Se *Strand Lobben* [GC] avsnitt 211 med henvisninger.

<sup>338</sup> Se f.eks. *Gnahore mot Frankrike* [J] avsnitt 59, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 136 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 207.

<sup>339</sup> *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 136.

also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development [...].»

Det følger av denne uttalelsen at hvilket samvær som er til *barnets beste* beror på en avveining av, på den ene siden barnets interesse i å gjenforenes med foreldrene, og på den annen side, barnets interesse i å sikre sin utvikling i et forsvarlig miljø. Samtidig viser uttalelsen at ivaretagelse av familieband er utgangspunktet etter EMK artikkel 8. Det er unntak fra dette utgangspunktet som må begrunnes og nødvendiggjøres. Det er imidlertid nærliggende å tolke uttalelsen slik at, dersom gjenforeningsmålet kommer i strid med barnets behov for å kunne utvikle seg i et trygt miljø, er det i gjenforeningshensynet det må gjøres inngrep.<sup>340</sup> Dette er i tråd med at barnets rett til omsorg og beskyttelse er absolutt.<sup>341</sup>

Det kan ut fra disse uttalelsene virke som at EMD legger til grunn at *barnets beste*-vurderingen kun består av to momenter – opprettholdelse av familierelasjoner og barnets interesse i å sikre sin utvikling i et trygt miljø. Uttalelsen kan imidlertid ikke forstås slik. Disse pilarene representerer den grunnleggende interessekonflikten i barnevernsspørsmål: Familiehensynet mot barnets rett til omsorg og beskyttelse. At dette er to grunnpilarer i barnets beste-vurderingen følger også av uttalelsene til FNs barnekomité.<sup>342</sup> Det følger imidlertid også av EMDs egen praksis at den konkrete barnets beste-vurderingen består av en konkret og mer sammensatt vurdering i hver enkelt sak. I *Neulinger og Shuruk mot Sveits* uttalte domstolen at:

«The child's best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences [...]. For that reason, those best interests must be assessed in each individual case.»<sup>343</sup>

I *Pedersen og andre* avsnitt 64 legger EMD, med grunnlag i egen praksis, til grunn at barnets alder og modenhet, dets sårbarhet og behov for en trygg og stabil omsorgsbasis, tilknytning til fosterforeldrene og manglende tilknytning til de biologiske foreldrene, og skadepotensialet ved

---

<sup>340</sup> Se Sørensen (2020) s. 113.

<sup>341</sup> Se punkt 2.3.

<sup>342</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 81.

<sup>343</sup> *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 138.



en tilbakeføring er relevante momenter («relevant factors») i barnets beste-vurderingen. Også barnets egne synspunkter er etter EMDs praksis et moment med betydelig vekt.<sup>344</sup>

Når det gjelder den konkrete barnets beste-vurderingen i samværsspørsmål, har EMD, som følge av subsidiaritetsprinsippet, vært forsiktig med å uttale seg direkte om hvordan avveiningen mellom gjenforeningshensynet, og motstridende interesser på barnets hånd skal foretas. EMD har som regel nøydt seg med å undersøke om relevante interesser, herunder gjenforeningshensynet, i tilstrekkelig grad er vektlagt.<sup>345</sup>

I *K.O. og V.M* kan det imidlertid synes som at EMD legger mer direkte føringer for den konkrete interesseavveiningen. Domstolen uttaler i avsnitt 69 at statens myndigheter, som følge av den positive plikten til arbeide for at båndene mellom barn og foreldre beskyttes, strykes og utvikles med sikte på en fremtidig gjenforening, var forpliktet («obliged») til å legge til rette *for så mye samvær som mulig* («to facilitate contact to the extent possible»), uten å utsette barnet for en *urimelig belastning* («undue hardship»).

Denne formuleringen er ny og interessant.<sup>346</sup> EMD uttaler seg øyensynlig konkret om hvordan gjenforeningsmålet skal avveies mot motstridende interesser ved fastsettelsen av samvær: Det skal fastsettes så mye samvær som mulig uten at barnet utsettes for «undue hardship».

Det er imidlertid uklart om uttalelsen gjelder avveiningen ved optimaliseringen av *barnets beste*, eller ved avveiningen av *barnets beste* mot andre interesser.

Dersom en leser uttalelsen isolert kan det synes som at EMD slår sammen barnets og foreldrenes felles interesse i å gjenforenes med hverandre, og veier denne mot barnets behov for blant annet omsorg, trygghet og stabilitet i sin nye omsorgsbasis. Dette vil kunne gi gjenforeningshensynet større vekt i den konkrete avveiningen. Samtidig står en slik avveiningsnorm i et tvilsomt lys i forhold til prinsippet om barnets beste. I ordlyden *barnets beste* («the best interest of the child») ligger det at det utelukkende er *barnets* interesser som skal vektlegges. Dette er lagt til grunn at FNs barnekomité i Generell kommentar nr. 14, se særlig avsnitt 32–40 og 48–51. Foreldrenes interesser er ikke trukket frem som et relevant

---

<sup>344</sup> Se f.eks. saken *S.J.P. og E.S. mot Sverige* [2018] avsnitt 119.

<sup>345</sup> Se f.eks. *Levin mot Sverige* [J], no. 35141/06 [2012] avsnitt 62 og *Dolhamre mot Sverige* [J] avsnitt 123.

<sup>346</sup> Se NIM (2020) s. 46.

moment ved fastleggelsen av hva som er *barnets beste*. Derimot vil foreldrenes interesser være relevante i avveiningen mellom barnets beste og andre interesser.<sup>347</sup>

Også sammenhengen uttalelsen er gitt i peker i retning av at den er knyttet til den konkrete fastleggelsen av hvilket samvær som vil være til *barnets beste*. I det samme avsnittet slår EMD først fast at samvær skal støtte opp om («supports») gjenforeningsmålet, inntil myndighetene, etter en grundig vurdering, hvor det også tas hensyn til statens positive plikt til å legge til rette for gjenforening, konkluderer med at gjenforeningsmålet ikke lenger er kompatibelt med barnets beste («the ultimate aim of reunification is no longer compatible with the best interest of the child»)<sup>348</sup> Dette sikter tilsynelatende mot *barnets beste*-vurderingen. Dette underbygges av at EMD gjentatte ganger har uttalt at *barnets beste* skal settes foran alle andre hensyn («come before all other considerations») i spørsmål om samværsrestriksjoner.<sup>349</sup> Hvis beslutningstakeren, etter også å ha vektlagt barnets gjenforeningsinteresse, har kommet frem til den samværløsningen som er til *barnets beste*, er det ikke i tråd med denne forutsetningen dersom samværene likevel utvides av hensyn til foreldrene.

Denne uttalelsen fra EMD, om at det skal fastsettes så mye samvær som mulig uten at barnet utsettes for en *urimelig belastning*, kan videre synes å oppstille en slag tålegrense for barnet: Barnet kan, av hensyn til gjenforeningsmålet, utsettes for en viss belastning, så lenge belastningen ikke er urimelig. *Sandberg* er kritisk til en slik tålegrense.<sup>350</sup> Samtidig påpeker hun at forskjellen fra en åpnere barnets beste-vurdering i realiteten kanskje ikke er så stor, idet betydningen av å bevare en tilknytning veier opp for at barnet må tåle en viss belastning.<sup>351</sup> I dette ligger det at bevaring av familieband og gjenforeningsmålsettingen uansett er integrert i *barnets beste*-vurderingen.

*Sørensen* har på den annen side fremhevet at det ikke nødvendigvis er slik at barn med EMDs formulering i *K.O. og V.M.* må tåle en større belastning ved samvær enn tidligere.<sup>352</sup> Han begrunner dette med at EMD tidligere har knyttet samværsfastsettelsen nærmere en

---

<sup>347</sup> Se Generell kommentar nr. 14 avsnitt 39.

<sup>348</sup> Se også *M.L.* [J] avsnitt 79.

<sup>349</sup> Se bl.a. *M.L.* [J] avsnitt 78 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 204.

<sup>350</sup> Sandberg (2020) s. 157.

<sup>351</sup> Op.cit.

<sup>352</sup> Sørensen (2020) s. 114.

skadeklausul,<sup>353</sup> og at det derfor kan spørres om EMD gjennom en rimelighetsklausul i større grad åpner for å prioritere barnets behov for ro og stabilitet.<sup>354</sup>

I den etterfølgende saken *M.L.*, som også gjaldt samvær, trekker EMD *undue hardship*-begrepet inn i redegjørelsen for de generelle rettslige prinsippene i avsnitt 79. EMD understreker her viktigheten av at samværsregimet effektivt støtter opp om gjenforeningsmålet, uten at det utsetter barnet for en *urimelig belastning* («undue hardship»). Selv om EMD gjentar at samvær ikke skal utsette barnet for en urimelig belastning, stilles det ikke, på samme måte som i *K.O. og V.M.*, her krav om at samværsomfanget skal settes så nært opp mot en *undue hardship*-terskel som mulig. Det gir uttalelsen mindre karakter av en tålegrense, og større karakter av en rimelighetsklausul ved samværsfastsettelsen. Dette er mer i tråd med tidligere praksis fra EMD, hvor domstolen ikke direkte har uttalt seg om de konkrete interesseavveiningene ved fastsettelsen samvær.

Høyesterett har, på bakgrunn av føringene fra EMD, lagt til grunn at gjenforeningsmålet krever at det blir gitt «så mye samvær som mulig uten å tilsidesette hensynet til barnets beste».<sup>355</sup> Høyesterett har her valgt en annen formulering enn den EMD benyttet i *K.O. og V.M.*, og divergeringen synes å være bevisst idet førstvoterende i HR-2020-2081-A skriver at «[j]eg tolker uttalelsen om «undue hardship» [i *K.O. og V.M.* avsnitt 69] slik at samvær ikke i noe tilfelle kan fastsettes slik at barnet utsettes for en urimelig belastning». Slik Høyesterett benytter *undue hardship*-begrepet, er det mer i tråd med formuleringen i den etterfølgende dommen *M.L.-saken* avsnitt 79. Høyesterett knesetter en absolutt skranke ved fastsettelsen av samvær, og ikke en avveiningsnorm hvor samværet skal settes så nært opp mot en *undue hardship*-terskel som mulig. Dette understrekes av Høyesteretts uttalelse i HR-2021-474-A avsnitt 45:

«I to etterfølgende dommer [etter HR-2020-662-S] fra Høyesterett er det understreket at uttrykket «urimelig belastning» – «undue hardship» – ikke betyr at samværsomfanget skal legges nært opp til denne grensen, jf. HR-2020-1967-A avsnitt 61 og HR-2020-2081-A avsnitt 74.»

---

<sup>353</sup> Han viser særlig til *Levin mot Sverige* [J] avsnitt 65 og *S.S. mot Slovenia*, no. 40938/16 [2019] avsnitt 95.

<sup>354</sup> Denne betraktningen ble gjort utelukkende på bakgrunn av formuleringen i *K.O. og V.M.* [J].

<sup>355</sup> HR-2020-663-S avsnitt 140, HR-2020-662-S avsnitt 134, HR-2020-2081-A avsnitt 74, HR-2021-474-A avsnitt 43, HR-2021-475-A avsnitt 38 og HR-2021-476-A avsnitt 42.

At Høyesterett i praksis heller ikke opererer med noen tålegrense tydeliggjøres i den konkrete vurderingen i HR-2021-476-A. Den sakkyndige hadde her vurdert om samværene kunne økes fra fire til seks ganger i året, men konkluderte med at det ville være *riktigere* å prioritere prosessen med traumebehandling og oppfølgingssamtaler, fremfor «et øket samvær med far», se avsnitt 82. Samtidig la han til grunn at økt samvær *neppe* ville utgjøre en *urimelig belastning* for barna, men at en økning utover seks samvær per år ville nærme seg deres *tålegrense*. Høyesterett konkluderte på denne bakgrunn, med særlig med vekt på barnas sårbarhet og behov for ro og trygghet i fosterhjemmet, med at det ikke var forsvarlig å øke samværene fra fire til seks ganger i året, se avsnitt 83. Samværsomfanget ble dermed ikke lagt opptil barnas *tålegrense*.

Det sentrale er, slik Høyesterett formulerer det i HR-2020-1967-A avsnitt 61, at samvær ikke i noe tilfelle, heller ikke der målet om gjenforening må tillegges stor vekt, «kan fastsettes slik at barnet utsettes for en urimelig belastning». I HR-2021-475-A avsnitt 38 presiserer Høyesterett at samværsomfanget ikke kan fastsettes slik at det utsetter barnet for *urimelige belastninger* verken på kort eller lang sikt.

Det fremgår av denne gjennomgangen at Høyesterett ikke anser *undue hardship*-terskelen som en avveiningsnorm, der samværsomfanget skal fastsettes så nært opp mot terskelen som mulig. Derimot anser Høyesterett det som en absolutt skranke ved fastsettelsen av samvær. Dette synes å være i samsvar med hvordan EMD uttaler seg i *M.L.-saken*.

Vurderingstemaet ved den konkrete samværsfastsettelsen er at det skal gis så mye samvær som mulig uten at hensynet til *barnets beste* blir tilsidesatt. Utgangspunktet er altså at det skal gis så mye samvær som mulig, men konkrete forhold ved det aktuelle barnet og den aktuelle situasjonen kan gjøre at samværene, av hensyn til barnets beste, likevel må begrenses. Det lar seg ikke oppstille noen bestemt avveiningsnorm mellom de ulike momentene i barnets beste-vurderingen, til det er hvert barn og hver situasjon for unik. Som *Sandberg* fremhever, bør samværets omfang fastsettes ut fra en helhetlig vurdering av ulike faktorer basert på et faglig grunnlag.<sup>356</sup> En begrensning ligger imidlertid i at samværene, selv der gjenforeningsmålet må tillegges stor vekt, ikke kan utsette barnet for *urimelige belastninger*.

---

<sup>356</sup> Se Sandberg (2020) s. 157.

#### 6.3.4 Særlig om begrepet «undue hardship»

Høyesterett oversetter begrepet «undue hardship» til *urimelig belastning*.<sup>357</sup> Sørensen oversetter begrepet til *uforsvarlig belastning*,<sup>358</sup> mens Søvig og Vindenes oversetter det til *en uforholdsmessig byrde*.<sup>359</sup> Begrepet *uforsvarlig* kan nok indikere en høyere terskel for å begrense samvær ut fra barnets interesser, enn begrepet *urimelig*, mens *uforholdsmessig* kan implisere en lavere terskel. Noen stor realitetsforskjell er det uansett ikke, og jeg har valgt, i tråd med Høyesterett, å benytte *urimelig belastning*.

Begrepet «undue hardship» er i denne sammenhengen et nytt rettslig begrep. Første gang EMD benytter uttrykket «undue hardship» i forbindelse med samvær- og kontaktrestriksjoner er i saken *K.O. og V.M.* avsnitt 69.<sup>360</sup> Siden har EMD benyttet det i *M.L.-dommen* avsnitt 79. Høyesterett har gjennom mange avgjørelser adoptert *undue hardship*-begrepet.<sup>361</sup>

Norges Institusjon for menneskerettigheter (NIM) har uttrykt seg kritisk til at Høyesterett adopterer *undue hardship*-begrepet på denne måten. De mener det er tvilsomt om EMD i *K.O. og V.M.* egentlig mente å oppstille en absolutt rettsnorm.<sup>362</sup>

Dette begrunnes for det første med at begrepet kun er brukt i den konkrete vurderingen av saken, og ikke som en del av den rettslige redegjørelsen. For det annet bemerkes det at saken gjaldt et velfungerende barn, hvor samværene fungerte fint og barnet ble tilbakeført til foreldrene etter to år, og det presiseres at dette ikke er tilfelle i enhver barnevernssak. Og for det tredje var dette den første, og da NIM utga rapporten, den eneste dommen hvor EMD benytter begrepet «undue hardship»; og det vises til at domstolen ved andre anledninger har benyttet andre begrep.<sup>363</sup>

---

<sup>357</sup> F.eks. HR-2020-662-S avsnitt 129 og 137.

<sup>358</sup> Sørensen (2020) s. 114.

<sup>359</sup> Søvig og Vindenes (2020) s. 181.

<sup>360</sup> Se NIM (2020) s. 46.

<sup>361</sup> HR-2020-663-S avsnitt 140, HR-2020-662-S avsnitt 134, HR-2020-1968-A avsnitt 43, HR-2020-2081-A avsnitt 74, HR-2021-474-A avsnitt 43, HR-2021-475-A avsnitt 38 og HR-2021-476-A avsnitt 42.

<sup>362</sup> NIM (2020) s. 45 og 46.

<sup>363</sup> Det vises til at EMD i *Abdi Ibrahim* [J] avsnitt 57 uttalte at staten har en positiv forpliktelse til å legge til rette for regelmessig kontakt «in so far as reasonably feasible and compatible the [barnets] best interests». Det må bemerkes at denne uttalelsen henspilte til samvær der gjenforeningsmålsettingen var oppgitt. Det vises også til *E.S.P. og E.S. mot Sverige* [J] avsnitt 119, hvor EMD var tilfreds med at nasjonale myndigheter hadde hensyntatt foreldrenes interesse i samvær med barna, samtidig som barnas «well-being was not put at risk»; og *Gnahore mot Frankrike* [J] avsnitt 62 hvor EMD fant myndighetenes tilbakeholdenhet med å utsette barnet for samvær «which he would find disturbing» helt forståelig.

Etter at NIM avga sin rapport den 21. desember 2020, avsa EMD en ny dom om samværsrestriksjoner den 22. desember 2020 i *M.L. mot Norge*. Her gjentas uttalelsen i *K.O. og V.M.* avsnitt 69, om at samvær ikke kan utsette barnet for «undue hardship».<sup>364</sup>

Uttalelsen er denne gangen inntatt som en del av redegjørelsen for de generelle rettslige prinsippene. Saken gjaldt, i motsetning til i *K.O. og V.M.*, et særlig sårbart barn («a very vulnerable child»), hvor samværene med mor fungerte dårlig og hvor barnet fikk angst-/frysreaksjoner i etterkant.<sup>365</sup> Det ble lagt til grunn at plasseringen skulle være langvarig, og etter noen år ble det også fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. At EMD har inntatt «undue hardship»-normen i gjengivelsen av de generelle rettslige prinsippene, i en sak som gjaldt et annet typetilfelle enn *K.O. og V.M.*, indikerer at domstolen faktisk har ment å oppstille en rettsnorm.

Selv om EMD både i *K.O. og V.M.* avsnitt 69 og *M.L.* avsnitt 79 uttaler at samvær ikke kan utsette barnet for en «urimelig belastning», skiller imidlertid også bruken seg fra hverandre, ved at *K.O. og V.M.* tilsynelatende oppstiller en tålegrense, mens det i *M.L.* er mer nærliggende å tolke utsagnet som at det oppstilles en absolutt skranke ved den konkrete samværsfastsettelsen. Når NIM og *Sandberg* er kritisk til «undue hardship»-begrepet knytter, dette seg til formuleringen av den som en tålegrense.<sup>366</sup> *Sandberg* fremhever at Høyesteretts formulering i HR-2020-662-S avsnitt 134, om at det skal gis «så mye samvær som det er mulig å gi uten å tilsidesette hensynet til barnets beste», bedre ivaretar barnet, men konkluderer med at det «neppe [er] den som blir stående» etter Høyesteretts storkammeravgjørelser. Denne spådommen bommet hun på. Derimot er det Høyesteretts formulering i HR-2020-662-S avsnitt 134 som har blitt kanonisert gjennom den senere høyesterettspraksisen.<sup>367</sup>

Samtidig har Høyesterett videreført *urimelig belastning*-begrepet som en absolutt skranke ved fastsettelsen av samvær. Dette har gode grunner for seg. I og med det økte fokuset på gjenforening, og at samværene skal bidra til å nå gjenforeningsmålsettingen, kunne barnets behov for ro, stabilitet og trygghet i sin nye omsorgsbasis komme i skyggen på en måte som

---

<sup>364</sup> *M.L.* [J] avsnitt 79.

<sup>365</sup> Op.cit. avsnitt 36.

<sup>366</sup> NIM (2020) s. 47 og *Sandberg* (2020) s. 157.

<sup>367</sup> Se HR-2020-663-S avsnitt 140, HR-2020-2081-A avsnitt 74, HR-2021-474-A avsnitt 43, HR-2021-475-A avsnitt 38 og HR-2021-476-A avsnitt 42.

ikke er i barnets interesse. Når EMD og Høyesterett har oppstilt en slik absolutt skranke blir disse motstridende hensynene bedre synliggjort.

At det er oppstilt en rimelighetsbegrensning vil også kunne ivareta barnets interesser i større grad enn en ren skadeklausul. I HR-2021-475-A avsnitt 38 oppstiller Høyesterett urimelig belastning-begrensningen parallelt med en skadeklausul. Dette kan forstås slik at samvær, dersom det kan skade barnets helse og utvikling, i alle tilfeller vil utgjøre en *urimelig belastning* for barnet. Så kan det spørres om hvorfor skranken skal settes der at barnet ikke kan utsettes for en *urimelig* belastning, og om det ikke hadde vært mer i tråd med *barnets beste* dersom samvær ikke kunne påført barnet noen form for belastning.

En slik belastnings-skranke ville imidlertid satt klare begrensninger i den konkrete barnets beste-vurderingen. Det ville gitt en smalere vurdering, som ikke er i tråd med utgangspunktet om at *barnets beste* skal skreddersys den enkelte saken. Samvær, med det skifte av omsorgspersoner, lojalitetskonflikter, og kontakt med dem som ikke maktet å ivareta barnets grunnleggende omsorgsbehov det innebærer, vil i mange tilfeller kunne påføre barnet en viss belastning. Dersom samvær ikke kunne påført barnet noen form for belastning, ville samvær i mange flere tilfeller vært utelukket. Selv om samværene påfører barnet en viss belastning, kan fordelene ved å holde kontakt med foreldrene, både med tanke på gjenforening og at barnet beholder relasjonen til foreldrene, likevel tilsi at samvær er i barnets interesse. En slik belastnings-skranke ville ikke kunne ivareta den forholdsmessighetsvurderingen som må gjøres mellom, på den ene siden barnets rett til familieliv, og på den annen side, barnets behov for ro og stabilitet i sin nye omsorgsbasis.

Særlig ved antatt kortvarige plasseringer, hvor barnet ikke har den samme interessen av å etablere seg i sin nye omsorgsbasis, kan det, av hensyn til gjenforeningsmålet, være i barnets interesse å tåle en noe større belastning ved samværene. Det er belegg for å si at kontakt og samvær øker sjansen for tilbakeføring, og reduserer lengden av omsorgsovertakelsen.<sup>368</sup> Uansett står familiehensynet så sterkt, både med tanke på gjenforening og for at barnet kan opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, at samvær vil måtte kunne påføre barnet noe belastning.<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> Haugli (2000) s. 243 og Stang og Baugerud (2018) s. 19.

<sup>369</sup> Et ytterkanttilfelle er HR-2017-2015-A («Jakob»), hvor barnet var utsatt for grov omsorgssvikt og hvor det var fare for at samvær kunne retraumatisere, og i det minste skape «generell utrygghet» for

Ved at skranken settes der at samvær ikke kan utsette barnet for en *urimelig belastning*, ivaretas den konkrete helhetsvurderingen som barnets beste-prinsippet forutsetter. Barnets rett til familieliv, både i form av gjenforeningsinteressen, og interessen av å kjenne til sine biologiske foreldre, kan legitimere at barnet gjennom samvær utsettes for en viss belastning, men denne belastningen kan ikke under noen omstendighet være *urimelig* for barnet, verken på kort eller lang sikt.

Et spørsmål er imidlertid hva som ligger i at samvær ikke kan være en *urimelig* belastning for barnet, og hvordan man eventuelt avgjør hvor denne skranken går.

Begrepet *urimelig belastning* knesetter en tradisjonell, juridisk rimelighetsklausul. Den gir anvisning på konkrete, individuelle og skjønnsmessige helhetsvurderinger. Denne vurderingen kan imidlertid ikke gjøres løsrevet fra barnets beste-vurderingen. Om samværene vil utsette barnet for en *urimelig belastning*, er en integrert del av barnets beste-vurderingen, hvor det er de samme momentene som gjør seg gjeldende. Dette synliggjøres i de tre avdelingsdommene om samvær som Høyesterett avsa 2. mars 2021.<sup>370</sup> Særlig trekker Høyesterett frem barnets sårbarhet som viktig i vurderingen av om samværene vil kunne utsette barnet for *urimelige belastninger*.<sup>371</sup> I HR-2021-475-A avsnitt 59 uttaler Høyesterett at:

«Basert på utredningene som er foretatt av [barnet] over tid, er det etter mitt syn grundig dokumentert at gutten har en særlig sårbarhet som må hensyntas ved samværsfastsettelsen for å sikre at barnet ikke utsettes for urimelige belastninger, herunder risiko for retraumatisering, som den sakkyndige særlig har trukket frem.»

Videre har Høyesterett trukket frem barnets behov for å finne ro og stabilitet i fosterhjemmet, og foreldrenes samværsegenskaper som sentralt i vurderingen av om samværene vil kunne utsette barnet for *urimelige belastninger*.<sup>372</sup> I HR-2020-663-S avsnitt 146 uttaler Høyesterett følgende i den konkrete vurderingen:

---

barnet, se avsnitt 42. Det var her ikke mål om gjenforening, jf. avsnitt 65, og spørsmålet var om samvær skulle nektes fullstendig. Høyesterett uttalte imidlertid i avsnitt 73 at det, av hensyn til barnets interesse i å ha en viss kjennskap til sitt biologiske opphav, også i slike situasjoner skal fastsettes samvær – dog kun ett årlig samvær.

<sup>370</sup> Se særlig HR-2021-474-A avsnitt 85, HR-2021-475-A avsnitt 52, 59 og 79–81 og HR-2021-476-A avsnitt 48, 61 og 82–83.

<sup>371</sup> HR-2021-475-A avsnitt 52 og HR-2021-476-A avsnitt 48.

<sup>372</sup> HR-2021-476-A avsnitt 76 og 83 og HR-2021-474-A avsnitt 82–85.



«Men dette formålet [om gjenforening] kan likevel ikke medføre at det fastsettes et samvær som er urimelig belastende for barnet. Hensynet til barnets behov for ro til å etablere seg i sin nye omsorgsbasis kan da – dersom hyppig samvær blir urimelig belastende – tilsi at samværet begrenses, i alle fall, når vi som her, er i en helt innledende fase.»

Om samværene utsetter barnet for en *urimelig belastning* er ikke en vurdering separert fra barnets beste-vurderingen, men den setter en absolutt skranke for hvor stor belastning et barn kan tåle ved samvær. Dette bygger på et synspunkt om at samvær, selv i saker der gjenforeningsmålet må tillegges stor vekt, ikke vil være til *barnets beste* dersom det utsetter barnet for urimelige belastninger.

### 6.3.5 Oppsummering

Ved fastsettelsen av samvær vil barnets interesse i å gjenforenes med sine foreldre, ofte komme i konflikt med barnets behov for ro, stabilitet og trygghet, og interesse av å etablere seg i fosterhjemmet. Gjenforeningshensynet tilsier at det i utgangspunktet bør gis så mye samvær som mulig, mens barnets behov for ro, stabilitet og trygghet kan tilsi at samværene likevel bør begrenses.

Prinsippet om *barnets beste* forutsetter at det foretas en konkret, individuell og bred helhetsvurdering mellom de ulike rettighetene og interessene på barnets hånd. I denne avveiningen skal det – som følge av målet om gjenforening – gis så mye samvær som mulig, uten at hensynet til barnets beste blir tilsidesatt. Samvær kan imidlertid ikke i noe tilfelle, heller ikke der gjenforeningsmålet må tillegges stor vekt, utsette barnet for en urimelig belastning eller skade barnets helse og utvikling.

Omfanget av samværsretten skal ikke settes så nært opp mot barnets tålegrense som mulig, men barnet kan, etter de nærmere omstendighetene i saken, tåle en viss belastning ved samværene, men denne kan aldri være *urimelig* eller medføre at barnets helse og utvikling blir skadelidende. I vurderingen om belastningen vil være urimelig, må det særlig legges vekt på barnets sårbarhet og behov for ro og stabilitet.

## 6.4 Avveiningsnormen

I dette punktet er problemstillingen hvordan *barnets beste* skal avveies mot foreldrenes gjenforeningsinteresse ved fastsettelsen av samvær. Det er her viktig å understreke at gjenforeningshensynet, som vi har sett, også er et sentralt moment i den konkrete barnets beste-

vurderingen, men forutsetningen her er at det samværet som blir ansett som *barnets beste*, ikke samsvarer med foreldrenes interesser. Spørsmålet er da hvordan barnets og foreldrenes motstridende interesser skal vektet mot hverandre.

Det følger av barnevernloven § 4-1 første punktum, jf. § 4-19 andre ledd at det ved fastsettelse av samvær skal legges «avgjørende vekt» på å finne samværløsninger som er til barnets beste. Det kan da spørres om bestemmelsen i det hele tatt åpner for at det kan foretas en avveining mellom barnets og foreldrenes interesser. Ordlyden «avgjørende» taler isolert sett for at det *bare* er barnets interesser som er relevante ved fastsettelsen av samvær. På den annen side viser ordlyden «vekt» at barnets interesser ikke er det *eneste* hensynet i vurderingen, det hadde da ikke vært nødvendig å foreta noen vekting.<sup>373</sup> Det vil imidlertid være i strid med ordlyden å la andre interesser, for eksempel foreldrenes gjenforeningsinteresse, gå foran hensynet til barnets beste ved den konkrete samværfastsettelsen. Samtidig vil det ikke alltid klart kunne fastslås hvilket samvær som er til *barnets beste*, og det vil da i større grad kunne åpnes for også å tillegge andre interesser større vekt. *Stang og Baugerud* omtaler *barnets beste* som et prinsipp med relativ vekt:

«Jo mer sikkert det er hvilken løsning som er best for barnet, jo mer grunnleggende behov som står på spill for barnet, jo større vekt vil hensynet til barnets beste få. Og omvendt: jo mer usikkert det er hvilken løsning som konkret vil være til barnets beste, jo større vekt vil andre hensyn, for eksempel hensynet til foreldrene, kunne få.»<sup>374</sup>

Etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal barnets beste være *et grunnleggende hensyn* («a primary consideration») ved alle handlinger som berører barn. Det følger av ordlyden «a primary consideration» at *barnets beste* ikke er det eneste hensynet, men det skal ha en spesiell tyngde i møte med andre hensyn.<sup>375</sup> Forut for vedtakelsen, gikk diskusjonene i stor grad på om en skulle benytte ordlyden «the paramount consideration», «the primary consideration» eller «a primary consideration». I det opprinnelige polske forslaget var det foreslått at *barnets beste* skulle være «the paramount consideration».<sup>376</sup> Dette ble, etter forslag fra USA, endret til at *barnets beste* skulle være «a primary consideration». Hensikten var å bedre få frem at *barnets*

---

<sup>373</sup> Se Sandberg (2020) s. 149.

<sup>374</sup> Stang og Baugerud (2018) s. 61.

<sup>375</sup> Op.cit. s. 86.

<sup>376</sup> Se FNs høykommissær for menneskerettigheter (2007) s. 335. Opprinnelig foreslått i artikkel 2.

*beste* ikke var det overordnede og viktigste hensynet i enhver sak, siden andre hensyn i noen situasjoner kan ha likeverdige, eller til og med viktigere interesser.<sup>377</sup>

I Grunnloven § 104 andre ledd er det benyttet den samme ordlyden som i Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1; ved handlinger og avgjørelser som berører barn skal barnets beste være «et grunnleggende hensyn». Det er i forarbeidene, med henvisning til praksis rundt Barnekonvensjonen, understreket at ordlyden skal få frem at *barnets beste* er av stor betydning, men likevel ikke alltid det avgjørende hensynet.<sup>378</sup>

Også FNs barnekomité erkjenner at, siden artikkel 3 nr. 1 dekker et vidt spekter av situasjoner, vil *barnets beste* måtte undergis en viss grad av fleksibilitet i møte med andre hensyn.<sup>379</sup> Som eksempel nevnes interessene til andre barn, allmennheten og foreldre. Barnekomiteen legger til grunn at interessekonflikter må løses konkret fra sak til sak; og interessene til alle parter må balanseres nøye med sikte på å komme frem til et passende kompromiss. Dersom harmonisering ikke er mulig, må myndighetene analysere og veie interessene til alle involverte, med visshet om at barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn, og ikke bare et hensyn på linje med de andre.<sup>380</sup> Ifølge *Haugli* må imidlertid den som vil la andre hensyn gå foran barnets beste, tillegges en viss bevisbyrde for at det ikke finnes andre gjennomførbare eller akseptable løsninger.<sup>381</sup>

Etter både Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd kan altså, etter omstendighetene, andre interesser i enkelte situasjoner gå foran hensynet til *barnets beste*. Dette er naturlig idet bestemmelsene har et svært vidt anvendelsesområde. De gjelder alle avgjørelser, handlinger, unnlatelser, forslag, prosedyrer mv. som direkte eller indirekte *berører* et enkelt eller en gruppe barn.<sup>382</sup> Det vide anvendelsesområde til Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, var grunnen til at uttrykket «a primary consideration» ble valgt fremfor «the primary

---

<sup>377</sup> FNs høykommissær for menneskerettigheter (2007) s. 338–339. I den eneste regionale barnekonvensjon, The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Addis Ababa, 11. juli 1990 (i kraft 29. nov. 1999) artikkel 4, har barnets interesser et sterkere vern, da «the best interests of the child shall be the primary consideration».

<sup>378</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 192 og Innst. 186 S (2013–2014) s. 30. Høyesterett har lagt til grunn at hensynet til barnets beste etter Grunnloven § 104 andre ledd ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet; men at «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen», jf. Rt. 2015 s. 93 A (Maria).

<sup>379</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 39.

<sup>380</sup> Op.cit.

<sup>381</sup> *Haugli* (2019) s. 61, se også Generell kommentar nr. 14 avsnitt 39.

<sup>382</sup> Se *Sørensen* (2016) s. 314.

consideration». Det ble fremhevet at rettslige instrumenter hvor barnets beste var «the primary consideration», hadde et mer avgrenset anvendelsesområde enn Barnekonvensjonen var tiltenkt.<sup>383</sup> Forslag om å avgrense prinsippet til spørsmål om barnets velferd, eller å stryke ordet «all», ble imidlertid også nedstemt, da det ville begrense rekkevidden av prinsippet.<sup>384</sup> Som et kompromiss fikk man en enighet om at *barnets beste* skulle være «a primary consideration» ved alle handlinger («in all actions») som berører barn.<sup>385</sup>

Det ligger imidlertid i dette en forståelse av at selv om *barnets beste* er et grunnleggende hensyn i alle spørsmål som berører barn, vil vekten kunne variere ut fra hvilket spørsmål det gjelder. FNs barnekomité har lagt til grunn at jo større innvirkning en avgjørelse har på et barns liv, jo større krav til stilles til materiell og prosessuell beskyttelse av *barnets beste*.<sup>386</sup> Når det gjelder samvær med foreldre etter en omsorgsovertakelse, som har stor betydning i et barns liv, følger det av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3, at barnet har rett til kontakt og samvær, *med mindre dette er i strid med barnets beste* («except if it is contrary to the child's best interests»). Hensynet til *barnets beste* skal etter denne bestemmelsen være avgjørende; det kan ikke fastsettes samvær som strider med hensynet til *barnets beste*.<sup>387</sup> Bestemmelsen kan ifølge *Stang og Baugerud* ses som en presisering av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.<sup>388</sup>

Også i forarbeidene til Grunnloven § 104, er det lagt til grunn at vekten av *barnets beste* er relativ. I Innst. 186 S (2013–2014) heter det på side 30 at, «[v]ekten barns beste skal gis, må sees ut fra hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet». Menneskerettighetsutvalget presiserte at i spørsmål om foreldreansvar, bosted og samvær bør barnets interesser veie tungt.<sup>389</sup> Selv om dette ut fra sammenhengen nok henspiller til samvær etter barneloven, må det samme også gjelde samvær etter barnevernloven.<sup>390</sup> Barnevernloven § 4-1 kan i dette perspektivet ses som en presisering av det overordnede barnets beste-prinsippet i Grunnloven § 104 andre ledd på barnevernsrettens område.<sup>391</sup>

---

<sup>383</sup> FNs høykommissær for menneskerettigheter (2007) s. 345.

<sup>384</sup> Op.cit.

<sup>385</sup> Op.cit. s. 345–346.

<sup>386</sup> Generell kommentar nr. 14 avsnitt 20 og 40.

<sup>387</sup> Se Sørensen (2016) s. 317 og Stang og Baugerud (2018) s. 86.

<sup>388</sup> Stang og Baugerud (2018) s. 86.

<sup>389</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

<sup>390</sup> Det synes også forutsatt av Bendiksen og Haugli (2021) s. 57.

<sup>391</sup> Se Sørensen (2016) s. 320 i samme retning.

EMK har som nevnt ingen egen bestemmelse om *barnets beste*. *Barnets beste* kommer derimot ofte, som et uttrykk for internasjonal sedvanerett, inn som legitimt hensyn som kan begrunne inngrep i foreldrenes rett til familieliv etter EMK artikkel 8.<sup>392</sup> Med bakgrunn i den forholdsmessighetsvurderingen som må foretas etter EMK artikkel 8 nr. 2, har EMD lagt til grunn at der hvor barnets og foreldrenes interesser kommer i konflikt, må det foretas en rimelig avveining («strike a fair balance») mellom de motstridende interessene.<sup>393</sup> I *Strand Lobben* heter det i avsnitt 206 følgende:

«In instances where the respective interests of a child and those of the parents come into conflict, Article 8 requires that the domestic authorities should *strike a fair balance* between those interests and that, in the balancing process, *particular importance should be attached to the best interests of the child* which, depending on their nature and seriousness, *may override those of the parents* [...]. [min kursivering]»

EMD stadfester med denne uttalelsen at *barnets beste* har særlig vekt («particular importance») i avveiningen mot foreldrenes interesser. Dette er et utslag av at også EMD legger til grunn at i saker som berører barn («in all decisions concerning children») så skal, som det fremgår av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, *barnets beste* være av grunnleggende betydning («are of paramount importance»).<sup>394</sup> Videre legger domstolen til grunn at i saker som gjelder omsorg av barn og kontaktrestriksjoner, skal *barnets beste* settes foran alle andre hensyn («the child's interests must come before all other considerations»).<sup>395</sup> Denne uttalelsen må forstås slik at utgangspunktet også etter EMDs praksis er at barnets beste skal være det avgjørende hensynet ved fastsettelse av samvær.

I den konkrete vurderingen i avsnitt 220 i *Strand Lobben*, gjentar domstolen at den er fullt ut klar over den fundamentale betydningen («the primordial interest») hensynet til barnet har i beslutningsprosessen, men det rettes samtidig kritikk mot at prosessen frem til vedtaket om fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon, blant annet gjennom den restriktive samværsfastsettelsen, viste at nasjonale myndigheter ikke hadde «attempted to perform a genuine balancing exercise between the interests of the child and his biological family [...], but focused on the child's interests instead of trying to combine both sets of interests, and moreover did not

---

<sup>392</sup> Se punkt 2.1.

<sup>393</sup> Se bl.a. *K. og T mot Finland* [GC] avsnitt 194 og *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 134.

<sup>394</sup> Se *Strand Lobben* avsnitt 204 og *Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC] avsnitt 135.

<sup>395</sup> Op.cit.

*seriously* contemplate any possibility of the child's reunification with his biological family [min kursivering]».

Denne uttalelsen er bemerkelsesverdig. EMD kritiserer tilsynelatende norske myndigheter for å prioritere barnets interesser foran foreldrenes interesser. Mindretallet i dommen retter skarp kritikk mot denne passusen. I avsnitt 23 i dissensen («joint dissenting opinion») uttaler de at «the domestic authorities should not, in our view, be criticised for having “focused on the best interests of the child”». Det har på bakgrunn av uttalelsen fra flertallet blitt stilt spørsmål ved om norsk barnevern ikke lenger kan sette hensynet til barnet først.<sup>396</sup>

Det er imidlertid ikke gitt at uttalelsen må forstås slik. Uttalelsen synes hovedsakelig å rette seg mot mangler av prosessuell karakter. Dette underbygges av siste del i avsnittet. Domstolen retter her kritikk mot at beslutningsgrunnlaget – da mor søkte om oppheving av vedtaket om omsorgsovertakelse og subsidiært økt samvær – ikke var oppdatert med hensyn til de positive endringene som hadde skjedd i livet hennes. I oppsummeringen i avsnitt 225, uttaler flertallet at det finner krenkelse fordi prosessen frem mot vedtakene («the decision-making process leading to the impugned decision») ikke ble gjennomført på en måte som tok tilstrekkelig hensyn til både barnets og forelderens synspunkter og interesser.

Samtidig blir denne prosessuelle angrepsvinkelen kritisert av både mindretallet (4 dommere) og mindretallet i flertallet («concurring opinion», 7 dommere). Mindretallet mener flertallets identifisering av prosessuelle mangler («procedural shortcomings»), i realiteten skyldes at de er uenig med de materielle avveiningene som er gjort,<sup>397</sup> mens mindretallet i flertallet er kritisk til at flertallet ikke tar tak i de materielle problemene, eller «the “real” issues» som de kaller det.<sup>398</sup> *Søvig og Tjelmeland* stiller spørsmål ved om tingretten, selv med en mer utførlig begrunnelse, ville klart å overbevise EMDs flertall om at tiltaket var forholdsmessig.<sup>399</sup>

Dette spørsmålet har imidlertid ikke betydning for dommens prejudikatsverdi. Når flertallet sier at det har funnet krenkelse av EMK artikkel 8 på grunn av prosessuelle mangler, må man ta dem på ordet. Et samlet storkammer stiller seg dessuten bak uttalelsen om at *barnets beste* ved

---

<sup>396</sup> Sandberg, Kjørholt og Høstmælingen (2020).

<sup>397</sup> *Strand Lobben* [GC], dissensen («joint dissenting opinion») avsnitt 16.

<sup>398</sup> *Strand Lobben* [GC], mindretall i flertallet («concurring opinion») avsnitt 3.

<sup>399</sup> *Søvig og Tjelmeland* (2019) s. 350.

avgjørelser om samvær- og kontaktrestriksjoner må settes foran alle andre hensyn. Dette har senere blitt gjentatt i *M.L.-saken* avsnitt 78.

Uttalelsen til flertallet i *Strand Lobben* avsnitt 220 tydeliggjør imidlertid betydningen av at også foreldrenes interesser synliggjøres og vektlegges ved avgjørelser om samvær. Det er en forutsetning for at det skal kunne foretas en rimelig avveining mellom de motstridende interessene. Ofte vil det heller ikke være opplagt hvilken samværløsning som er til barnets beste, og det vil da være rom for også å vektlegge foreldrenes interesser i større grad.<sup>400</sup>

I HR-2021-475-A avsnitt 38 understreker Høyesterett at dersom hensynet til barnets beste og foreldrenes interesser ved samværsfastsettelsen er motstridene, «må det skje en balansert avveining». Det må her komme tydelig frem at hensynet til foreldrene er vurdert, og hvilken vekt det er tillagt ved avveiningen mot forhold på barnets hånd.<sup>401</sup> Samtidig presiserer Høyesterett i det samme avsnittet at «[d]en endelige samværløsningen **skal**, etter at de ulike hensynene er vurdert og avveid, være i samsvar med barnets beste [min utheving]».

Så kan det innvendes at en slik avveining blir illusorisk, all den tid det uansett skal legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste. Til dette kan det for det første anføres at det ikke vil gi et dårligere resultat for barnet at også foreldrenes interesser synliggjøres, derimot vil brede og grundige vurderinger ofte kunne gi et bedre resultat, og ofte vil det heller ikke være klart hvilken løsning som er til *barnets beste*. For det andre kan det anføres at hensynet til familiebånd – det biologiske prinsipp – uansett ligger som en underforstått forutsetning i norsk rett, og at dette bør synliggjøres.<sup>402</sup> Og for det tredje kan det pareres med at innvendingen uansett er de lege ferenda.

## 6.5 Oppsummering

Ved fastsettelse av samvær vil det ofte være ulike interesser som trekker i ulike retninger. På den ene siden vil barnets og foreldrenes interesse å gjenforenes, ofte, tale for at det blir gitt så mye samvær som mulig, mens barnets interesse i ro, stabilitet og trygghet kan tale for at samværene begrenses. Det må derfor, i den enkelte sak, foretas en bred og konkret avveining, hvor de motstridende interessene synliggjøres og vektlegges.

---

<sup>400</sup> Se Stang og Baugerud (2018) s. 61.

<sup>401</sup> Høyesterett viser til HR-2020-661-S avsnitt 86.

<sup>402</sup> Høyesterett uttaler i HR-2020-661-S avsnitt 85 at hensynet til familiebånd ofte har ligget som en «underforstått og delvis ikke uttalt» forutsetning i norsk rett.

Det må først tas stilling til hvilket samvær som er til *barnets beste*. Gjenforeningshensynet taler isolert sett for at det blir gitt så mye samvær som mulig, men samværene kan ikke, selv der gjenforeningsmålet må tillegges stor vekt, tilsidesette hensynet til barnets beste. Det kan i alle tilfeller ikke fastsettes samvær som utgjør en urimelig belastning for barnet, eller som kan skade barnets helse og utvikling.

I den konkrete avveiningen skal også foreldrenes interesser vurderes og vektlegges. Dersom det er uklart hvilket samvær som er til *barnets beste*, vil foreldrenes interesser kunne få større vekt, men det vil være i strid med gjeldende rett å la foreldrenes interesser gå foran hensynet til *barnets beste*.



## 7 Hvilke krav stiller gjenforeningsmålet til omfanget av samværsretten?

### 7.1 Problemstillinger

Som vi har sett ovenfor forutsetter gjenforeningsmålsettingen at det gis *så mye samvær som mulig*, uten at hensynet til barnets beste blir tilsidesatt.<sup>403</sup> Høyesterett har i storkammeravgjørelsene fra mars 2020, og i etterfølgende avgjørelser, uttalt at gjenforeningsmålet stiller krav til samværenes *hyppighet*.<sup>404</sup> Det kan på den bakgrunn stilles spørsmål ved om det kan oppstilles en slags standardnorm for hvor mye samvær som må fastsettes for at gjenforeningsmålet skal bli ivaretatt, eller om det finnes en absolutt minstenorm for hvor mye samvær som må gis der målet med samværene er gjenforening. Det kan i forlengelsen av dette spørres om gjenforening kan begrenses sterkt eller nektes helt, uten at gjenforeningsmålet er oppgitt.

### 7.2 Kan det fastsettes en standardnorm for samvær?

Det følger av barnevernloven § 4-19 første ledd at barn og foreldre har *rett* til samvær med hverandre, og etter andre ledd er det fylkesnemnda som avgjør *omfanget* av samværsretten, eller om det ikke skal være samvær. Bestemmelsen oppstiller imidlertid ingen krav eller direkte føringer om hvor mye samvær som må fastsettes i det enkelte tilfelle. Det følger imidlertid av barnevernloven § 4-1 første punktum at samværet som fastsettes skal være det «beste for barnet». Det samme følger av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3.

I *barnets beste*-prinsippet ligger det en forutsetning om at det i den enkelte sak må foretas konkrete og individuelle helhetsvurderinger, med søkelys på det aktuelle barnet og den aktuelle situasjonen.<sup>405</sup> En standardnorm for hvor mye samvær som må fastsettes vil vanskelig kunne forenes med de skreddersømavurderingene *barnets beste*-vurderingen forutsetter. Det ville kunne gi standardiserte og sjablongmessige vurderinger, i strid med forutsetningene i *barnets beste*-prinsippet. At det må foretas konkrete, individuelle og veloverveide vurderinger i den enkelte sak følger også av EMDs praksis. I *K.O. og V.M.* avsnitt 69 heter det følgende:

---

<sup>403</sup> Se nærmere i punkt 6.

<sup>404</sup> Se bl.a. HR-2020-661-S avsnitt 133 og 144, HR-2020-663-S avsnitt 137 og 145 og HR-2021-474-A avsnitt 39.

<sup>405</sup> Se nærmere i punkt 6.3.2.

«Moreover, and bearing in mind the overarching purpose of contact visits in facilitating the strengthening of family ties, the decision to permit such visits to be invariably supervised by the child care authorities must be justified on special grounds in every case.»

I HR-2020-662-S understreker Høyesterett i avsnitt 124, at omfanget av samværsretten «må fastsettes konkret ut fra omstendighetene i den enkelte sak». I HR-2020-661-S konstaterer imidlertid Høyesterett i avsnitt 125 at dette ikke alltid har vært tilfelle i norsk rett:

«For så vidt gjelder samvær, er det også grunn til å merke seg Barne- og likestillingsdepartementets høringsnotat om ny barnevernslov fra 2019, hvor det på side 166 vises til at det har utviklet seg en uheldig praksis: Ved langtidsplasseringer av barn under skolealder har det ofte vært praksis å anbefale samvær fire til seks ganger i året, uten at det finnes grunnlag i forskning for å anbefale denne «normen». Jeg har også merket meg at departementet under sine vurderinger og forslag på side 171-172 understreker at det ved beslutninger om samvær ikke skal legges opp til ensartede eller generelle vurderingsnormer, som for eksempel et bestemt omfang eller en standard når det gjelder årlige samvær. I stedet *skal det foretas en konkret vurdering ut fra barnets beste*. Det er jeg enig i, og det følger også av EMDs praksis, som jeg nå kommer til. [min kursivering]»

At det skal foretas en konkret helhetsvurdering ved fastsettelse av samvær, er, slik *Bendiksen og Haugli* påpeker, ikke noe nytt.<sup>406</sup> Denne praksisen med standardpregede samværsfastsettelse kan imidlertid i stor grad tilskrives Høyesteretts uttalelser i Rt. 2012 s. 1832 A. Høyesterett uttalte her, i avsnitt 37, at «[s]elv om det ikke kan trekkes opp klare grenser for hvor mye samvær barn generelt bør ha med sine foreldre, har det interesse å se på nivået i rettspraksis», og videre påpekte førstevoterende at Høyesterett hadde behandlet flere saker om samværsrett, og at «antallet samvær ved langvarige fosterhjems plasseringer har i de fleste variert mellom tre og seks per år».

Selv om Høyesterett understreket at det ikke kan trekkes opp klare grenser for hvor mye samvær som skal gis, og det i avsnitt 36 ble presisert at samværsfastsettelsen må foretas konkret «i det enkelte tilfelle», er det ikke tvilsomt at utsagnet av øvrige rettsanvendere har blitt oppfattet som

---

<sup>406</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 273 og 207.

en slags standardnormering av samværsomfanget ved antatt langvarige plasseringer.<sup>407</sup> Dette erkjenner også Høyesterett i HR-2020-662-S avsnitt 124, samtidig som førstevoterende understreker at uttalelsen «ikke kan forstås slik».

Det følger altså av kravet til konkrete og individuelle helhetsvurderinger, at det ikke kan, heller ikke der målet er gjenforening, fastsettes noen standardnorm ved fastsettelsen av samvær. Omfanget av samværsretten må baseres på de spesielle omstendighetene i hver enkelt sak. I proposisjonen til ny barnevernslov er det foreslått å kodifisere kravet til konkrete vurderinger i ny § 7-2 andre ledd første punktum.<sup>408</sup>

### **7.3 Kan det fastsettes en minimumsnorm for omfanget av samværsretten?**

Som vi har sett ovenfor kan det ikke oppstilles noen standardnorm for hvor mye samvær som skal fastsettes. Spørsmålet her er derimot om det kan fastsettes en minimumsnorm for hvor mye samvær som må gis for at samværsfastsettelsen skal være i overensstemmelse med gjenforeningsmålet.

Det følger som nevnt av barnevernloven § 4-19 andre ledd, jf. § 4-1, at omfanget av samværsretten skal fastsettes ut fra det som er best for barnet. Dersom det oppstilles en minimumsnorm ved fastsettelsen av samvær, vil dette sette skranker for den skreddersømvurderingen barnets beste-prinsippet forutsetter. Det følger også direkte av barnevernloven § 4-19 andre ledd første punktum, at samvær kan nektes dersom det ikke er til det beste for barnet. Dette taler, fra en mer til en mindre-betraktning, mot at det kan oppstilles en absolutt minstenorm for omfanget av samværsretten, selv der gjenforeningsmålet ligger fast.

På den annen side kan det anføres at målet om gjenforening er så sentralt, både for barnet og foreldrene, at det i alle tilfeller vil være til *barnets beste* å ha et visst samvær. Særlig denne uttalelsen fra EMD i *K.O. og V.M.* avsnitt 69 kan peke i retning av en slik absolutt minstenorm:

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

---

<sup>407</sup> Se NIM (2020) s. 35.

<sup>408</sup> Se Prop. 133 L (2020–2021) s. 615 og 267.

Uttalelsen ble gitt som en del av den konkrete vurderingen i saken.<sup>409</sup> I *M.L.-dommen* avsnitt 79 er uttalelsen gjentatt i redegjørelsen av de generelle rettslige prinsippene («General principles»). At uttalelsen er inntatt i gjengivelsen av de generelle rettslige prinsippene indikerer at den er et uttrykk for EMDs forståelse av rettstilstanden.

Hvis man leser uttalelsen isolert, kan den forstås slik at samværsordninger med en lavere hyppighet enn – i hvert fall – tolv ganger i året i alle tilfeller ikke er i samsvar med gjenforeningsmålet, og at dersom samværshyppigheten skal begrenses utover dette, må gjenforeningsmålet oppgis. På den annen side peker ordet «normally» mot en reservasjon. Dersom EMD mente å gi uttrykk for en absolutt minstenorm, hadde det vært naturlig å utelate denne.

Også konteksten rundt uttalelsen taler mot at EMD har ment å oppstille en absolutt minstenorm for samværsfastsettelsen. I både *K.O. og V.M.* avsnitt 69 og *M.L.* avsnitt 79 gis uttalelsen i sammenheng med «undue hardship»-begrensningen. Det kan etter denne – selv der gjenforeningsmålet står ved lag – ikke fastsettes samvær som vil påføre barnet *urimelige belastninger*.<sup>410</sup> Dette indikerer at det kan være omstendigheter rundt det aktuelle barnet og den aktuelle situasjonen som gjør at samværene må begrenses. Det ville vært en uheldig løsning dersom gjenforeningsmålet i slike situasjoner måtte oppgis: Det er et mindre inngrep i familielivet å begrense samværet i en periode, fordi mer samvær vil utgjøre en urimelig belastning for barnet, enn å oppgi gjenforeningsmålsettingen fullstendig, og på dette grunnlag innskrenke samværene. Det kan være situasjoner der samvær, for en kortere eller lengre periode, vil kunne påføre barnet skade eller andre urimelige belastninger, men hvor en likevel kan ha et gjenforeningsmål på lengre sikt. Det ville ikke vært i samsvar med forholdsmessighetskravet i EMK artikkel 8 nr. 2 om gjenforeningsmålet måtte oppgis i slike situasjoner.

At det ikke kan oppstilles en minimumsnorm for samværsfastsettelsen underbygges også av at EMD i flere saker har godtatt at det, etter konkrete vurderinger, fastsettes langt mindre samvær enn uttalelsene i *K.O. og V.M.* og *M.L.* skulle tilsi.<sup>411</sup> I saken *S.J.P. og E.S. mot Sverige* [J] godtok EMD at det, på ulike tidspunkt, ble nektet samvær, fastsett samvær hver tredje måned à

---

<sup>409</sup> Dette er vektlagt av Høyesterett i HR-2020-662-S avsnitt 132 som et argument for at det ikke kan oppstilles en absolutt minimumsnorm.

<sup>410</sup> Se nærmere i punkt 6.3.3.

<sup>411</sup> Høyesterett viser til flere dommer i HR-2020-662-S avsnitt 133.

to timer og samvær annenhver måned.<sup>412</sup> I *Levin mot Sverige* [J] godtok EMD to årlige samvær, og etter hvert fire årlige samvær à fire timer, med hver av foreldrene.<sup>413</sup> Og i *Dolhamre mot Sverige* godtok domstolen samværsnekt og kontaktforbud.

I alle sakene sto gjenforeningsmålet ved lag.<sup>414</sup> Det avgjørende for at samværsregimet likevel ikke krenket retten til familieliv, var at myndighetene hadde foretatt konkrete, individuelle og veloverveide avgjørelser. I motsetning til de sakene hvor Norge har blitt dømt for krenkelse av EMK artikkel 8, hadde nasjonale myndigheter lagt til grunn at omsorgsovertakelsen var midlertidig, og at samværene skulle bidra til å nå målet om gjenforening. Samværsbegrensningene måtte dermed begrunnes i konkrete forhold rundt det aktuelle barnet og den aktuelle situasjonen, og ikke baseres på en standarsnorm. I denne vurderingen løftes også foreldrenes interesser frem. I *S.J.P. og E.S. mot Sverige* var domstolen tilfreds med at nasjonale domstoler hadde «carried out a detailed and carefully balanced assessment of [foreldrenes] situation and the needs of their children and it finds that their grounds [for samværsbegrensningene] were both sufficient and relevant in the circumstances».<sup>415</sup>

Høyesterett la i HR-2020-662-S avsnitt 134 til grunn at uttalelsene i *K.O. og V.M.* avsnitt 69 «neppe kan tas til inntekt for at det gjelder et absolutt minstenivå for samvær». Dette ble blant annet begrunnet med at uttalelsen kom som en del av rettens konkrete vurdering, og ikke var inntatt i gjengivelsen av de generelle rettslige prinsippene; at saken gjaldt et velfungerende barn der samværene hadde vært gode; og at på tidspunktet for EMDs avgjørelse var omsorgen for barnet – på initiativ fra barnevernet – tilbakeført til foreldrene, se avsnitt 132. Disse argumentene har mistet sin relevans som følge av den senere dommen i *M.L. mot Norge*. I denne dommen er, som nevnt, uttalelsen inntatt i gjengivelsen av de generelle rettslige prinsippene i avsnitt 79, og dommen gjaldt et helt annet typetilfelle, der barnet var særlig sårbart, samværene fungerte dårlig, og det ble etter hvert fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon.<sup>416</sup> Det kan på den bakgrunn spørres om Høyesterett ville kommet til et annet resultat i dag.

---

<sup>412</sup> *S.J.P. og E.S. mot Sverige* [J] no. 8610/11 [2018].

<sup>413</sup> *Levin mot Sverige* [J], no. 35141/06 [2012].

<sup>414</sup> Se *S.J.P. og E.S. mot Sverige* [J] avsnitt 117, *Levin mot Sverige* [J] avsnitt 64 og *Dolhamre mot Sverige* [J] avsnitt 123.

<sup>415</sup> *S.J.P. og E.S. mot Sverige* [J] avsnitt 115.

<sup>416</sup> Se *M.L.* [J] avsnitt 36.

Spørsmålet kan imidlertid besvares benektende. I den senere dommen HR-2021-474-A avsnitt 40, opprettholder Høyesterett standpunktet om at uttalelsene ikke innebærer at det gjelder noen minimumsnorm for samværsomfanget, men at uttalelsene i *K.O. og V.M.* og *M.L.* derimot er et uttrykk for det «generelle utgangspunktet om at løpende og hyppig samvær er sentralt for å sikre gjenforening».

Som nevnt ovenfor, er dette i tråd med praksis fra EMD. Domstolen har godtatt at det, selv om gjenforeningsmålet står ved lag, kan fastsettes langt sjeldnere samvær enn det uttalelsene i *K.O. og V.M.* avsnitt 69 og *M.L.* avsnitt 79 isolert sett kunne tilsi. Det må imidlertid foretas konkrete og individuelle vurderinger, hvor det begrunnes hvorfor det er *nødvendig* å begrense samværene av hensyn barnets interesser, og hvor de hensynene som taler for et begrenset samvær, må veies mot de negative følgene det begrensede samværet vil få for gjenforeningsmålet.

#### **7.4 Særlig om nektelse av samvær og sterkt begrenset samvær**

Etter barnevernloven § 4-19 andre ledd første punktum kan det også bestemmes at det «av hensyn til barnet» ikke skal være samvær. Etter ordlyden kreves det ikke annet for å nekte samvær, enn at samvær ikke er til *barnets beste*, jf. også bvl. § 4-1 første punktum om at det skal legges «avgjørende» vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.<sup>417</sup> Hva som er til barnets beste må også i dette tilfellet avgjøres etter en konkret og individuell helthetsvurdering.

Barnevernloven § 4-19 bygger imidlertid på det biologiske prinsipp og presumsjonen om at det er et gode for både barnet og foreldrene å ha samvær med hverandre. Det samme følger av EMK artikkel 8 og Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3.<sup>418</sup> Dette utgangspunktet gjelder i enda større grad når samværenes formål er å legge til rette for gjenforening. Dette knesetter en høy terskel for å nekte samvær.<sup>419</sup>

Det kan i forlengelsen av dette spørres om det i det hele tatt er mulig å nekte samvær så lenge gjenforeningsmålet ikke er oppgitt.

---

<sup>417</sup> Se Rt. 2014 s. 976 avsnitt 36.

<sup>418</sup> Se punkt 4.3.

<sup>419</sup> Se Bendiksen og Haugli (2021) s. 280.

Barnevernloven § 4-19 andre ledd første punktum setter etter sin ordlyd ingen begrensninger for i hvilke situasjoner samvær kan nektes; det avgjørende etter bestemmelsen er om samværsnekten er til *barnets beste*. Videre følger det av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 at samvær ikke skal fastsettes dersom det strider med barnets beste («is contrary to the child's best interests»). Som vi har sett ovenfor kan det heller ikke etter EMDs praksis oppstilles noen absolutt minstenorm ved fastsettelse av samvær der gjenforeningsmålet står ved lag, og domstolen har også godtatt at samvær, av hensyn til *barnets beste*, for en periode kan nektes helt.<sup>420</sup> At samvær i noen tilfeller kan nektes, også der gjenforeningsmålet må tillegges stor vekt, samsvarer med at *barnets beste* må avgjøres konkret og individuelt, og skreddersys det enkelte barn og den enkelte situasjon.<sup>421</sup>

Spørsmålet i det følgende er derfor hva som kreves for at samvær kan nektes.

Sosiallovutvalget la i utredningen til barnevernloven til grunn at nektelse av samvær blant annet kunne være aktuelt dersom foreldrene har vanskelig for å akseptere omsorgsovertakelsen, og det kan oppstå dragkamp om barnet og mistenkeliggjøring av fosterforeldrene.<sup>422</sup>

Høyesterett har, på grunn av den sterke presumsjonen for at samvær er et gode for barnet, lagt til grunn at det kreves «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær.<sup>423</sup> I rettspraksis har to eller færre årlige samvær blitt likestilt med ikke-samvær, slik at det har blitt stilt krav om «spesielle og sterke grunner».<sup>424</sup> Denne praksisen har vært begrunnet i at slike samværsordninger «ikke er i samsvar med et mål om gjenforening mellom foreldre og barn», slik at det EMK-rettslige «very exceptional circumstances»-vilkåret har kommet i betraktning.<sup>425</sup> Som nevnt i punkt 5.3 er dette en parallell til vilkåret om «spesielle og sterke grunner».

Høyesterett har tidligere også stilt krav om at samværsnekt og tilsvarende samværsordninger må være motivert av dominerende hensyn til barnets beste,<sup>426</sup> men dette vilkåret er som følge

---

<sup>420</sup> Se *S.J.P. og E.S. mot Sverige* [J] og *Dolhamre mot Sverige* [J].

<sup>421</sup> Se nærmere i punkt 6.3.2.

<sup>422</sup> NOU 1985: 18 s. 168.

<sup>423</sup> Se HR-2017-2015-A («Jakob») avsnitt 56, jf. Rt. 2014 s. 976 A avsnitt 36, se også Riiber (2018) s. 151.

<sup>424</sup> Se HR-2019-788-U avsnitt 27 og Riiber (2018) s. 151.

<sup>425</sup> Se Rt. 2014 s. 976 A avsnitt 36.

<sup>426</sup> HR-2017-2015-A («Jakob») avsnitt 48 og Rt. 2014 s. 976 A avsnitt 36.

av den nyere rettspraksisen fra EMD og Høyesterett forbeholdt tiltak som bryter de rettslige båndene mellom barn og foreldre,<sup>427</sup> som ikke er tilfelle ved samværsnekt eller sterkt begrenset samvær for en periode. Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom det blir besluttet samværsnekt for en lengre periode, kombinert med at foreldrene ikke får vite hvor barnet er. Dette vil i realiteten kunne kutte alle bånd mellom barnet og foreldrene, og det vil da kreves at tiltaket er motivert av dominerende hensyn til barnets beste.<sup>428</sup> Siden dette også vil måtte betinge at gjenforeningsmålet er oppgitt, gås det ikke nærmere inn på disse spørsmålene her.

Så lenge gjenforeningsmålet står ved lag, og myndighetene i samværsvurderingen tar utgangspunkt i dette målet, kan imidlertid samvær, også etter EMDs praksis, begrenses sterkt eller nektes helt dersom det er til *barnets beste*. Dette er i tråd med ordlyden i barnevernloven § 4-19 andre ledd, jf. § 4-1 første ledd og Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3.<sup>429</sup>

En nærliggende observasjon er imidlertid at «spesielle og sterke grunner»-vilkåret, øyensynlig er det relevante vurderingstemaet både ved oppgivelse av gjenforeningsmålet og i beslutningen om samværsnekt eller tilsvarende samværsløsninger.<sup>430</sup> Med det økede gjenforeningsfokuset, og de krav det stiller samværsomfanget, kan det derfor spørres om virkeområdet for «spesielle og sterke grunner»-vilkåret er utvidet; eller om «spesielle og sterke grunner» som følge av den nyere rettspraksisen er oppgitt som det relevante vurderingstemaet ved beslutninger om samværsnekt og tilsvarende samværsløsninger.

Høyesterett har tidligere lagt til grunn at det ikke kreves «spesielle og sterke grunner» ved fastsettelse av tre til seks årlige samvær, som har vært praksisen ved antatte langvarige omsorgsovertakelser.<sup>431</sup> Dette må forstås slik at Høyesterett har ment at et slikt samværsomfang ivaretar gjenforeningsmålet, uten at problemstillingen har vært drøftet nærmere.<sup>432</sup> I nyere høyesterettspraksis har det imidlertid blitt lagt til grunn at et «så begrenset samvær som tre til seks ganger i året» i utgangspunktet *ikke er egnet* til å legge til rette for

---

<sup>427</sup> Se *Strand Lobben* [GC] avsnitt 209 og HR-2020-661-S avsnitt 98–99. Se nærmere i punkt 5.3.

<sup>428</sup> Se *Dolhamre mot Sverige* [J] avsnitt 120 og *Jansen mot Norge* [J] avsnitt 93 hvor EMD henholdsvis uttaler at tiltak som bryter «all parental links with a child» eller «totally deprive [forelderens] of his or her family life with the child» må være motivert av dominerende hensyn til barnets beste.

<sup>429</sup> Se Stang og Baugerud (2018) s. 65-66.

<sup>430</sup> Se nærmere om oppgivelse av gjenforeningsmålet i punkt 5.3.

<sup>431</sup> Se bl.a. Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 37.

<sup>432</sup> Se Riiber (2018) s. 151–152.



gjenforening mellom barn og foreldre.<sup>433</sup> Dette baseres på uttalelsene fra EMD i *K.O. og V.M.* avsnitt 69 og *M.L.* avsnitt 79 om at samværsintervaller på uker, og enda mindre så mye som måneder, *normalt* ikke ivaretar gjenforeningsmålet. Dersom en holder fast ved uttalelsen i Rt. 2014 s. 976 A avsnitt 36, om at samværløsninger som *ikke er i samsvar* med målet om gjenforening, krever at det foreligger «spesielle og sterke grunner», vil dette kunne innebære at virkeområdet for «spesielle og sterke grunner»-vilkåret er blitt betydelig utvidet.

I HR-2020-662-S uttrykker Høyesterett seg slik i avsnitt 128:

«Samværet skal fastsettes slik at båndene mellom foreldre og barn kan styrkes og utvikles, jf. K.O. og V.M.-dommen avsnitt 69. Når det i Rt-2012-1832 avsnitt 34 heter at samværet må «ivareta hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav», må det presiseres at en slik begrensning av formålet med samværet bare kan skje i de tilfellene der gjenforeningsformålet oppgis. *En slik oppgivelse – med den virkning at samværet begrenses sterkt eller faller helt bort – forutsetter at det foreligger spesielle og sterke grunner*, jf. Rt-2014-976 avsnitt 36 og HR-2017-2015-A avsnitt 56. Siden dette ikke er en problemstilling i vår sak, går jeg ikke nærmere inn på hvordan dette kriteriet skal forstås. [min kursivering]»<sup>434</sup>

I avsnitt 138 understrekes det at «[b]are der det foreligger spesielle og sterke grunner, kan formålet om gjenforening oppgis og samværet **på det grunnlag** begrenses sterkt eller falle helt bort [min utheving]». <sup>435</sup>

*Bendiksen og Haugli* har tolket disse uttalelsene slik at Høyesterett her understreker uttalelsen i HR-2017-2015-A («Jakob») avsnitt 56, om at det kreves «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær.<sup>436</sup> Det er imidlertid ikke opplagt at uttalelsene kan forstås slik.

Det som er klart ut fra uttalelsene er imidlertid at det kreves «spesielle og sterke grunner» for å oppgi gjenforeningsmålet, men det oppstilles tilsynelatende *ikke* et særskilt krav om «spesielle og sterke grunner» for å nekte eller sterkt begrense samværene. Vilkåret om «spesielle og sterke grunner» gjelder dersom samvær begrenses sterkt eller nektes helt *på det grunnlag* at gjenforeningsmålet er oppgitt. Det er altså oppgivelsen av gjenforeningsmålet

---

<sup>433</sup> Se HR-2021-474-A avsnitt 43, HR-2021-475-A avsnitt 38 og HR-2021-476-A avsnitt 42 og 73.

<sup>434</sup> Se også HR-2020-663-S avsnitt 138.

<sup>435</sup> Se også HR-2020-663-S avsnitt 141 og HR-2020-1788-A avsnitt 111.

<sup>436</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 280–281.

som krever «spesielle og sterke grunner», mens *virkingen* av dette kan være at samvær begrenses sterkt eller nektes helt. Samtidig impliserer uttalelsene at samvær også kan nektes eller begrenses sterkt *på andre grunnlag* enn at gjenforeningsmålet er oppgitt.

Uttalelsene fra Høyesterett må leses i sammenheng med presiseringen om at en begrensning av formålet med samværene, til at de skal «ivareta hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav», *bare kan skje* i de tilfellene gjenforeningsmålet oppgis.<sup>437</sup> Dette har ikke vært praksis i norsk rett. Derimot har det ved antatt langvarige omsorgsovertakelser blitt lagt til grunn at formålet med samværene har vært begrenset til at barnet skal kunne skape og vedlikeholde kjennskapet til foreldrene.<sup>438</sup>

Selv om formålet med samværene har blitt begrenset på denne måten, har det ikke blitt antatt at det griper inn i gjenforeningsmålet, og det har følgelig ikke blitt stilt krav om «spesielle og sterke grunner».<sup>439</sup> Denne praksisen har fått motbør hos EMD. I mange av dommene mot Norge hvor EMD har funnet krenkelse av EMK artikkel 8, er domstolen kritisk til at gjenforeningsmålet, i avgjørelser om samvær, *de facto*, er forlatt samtidig med eller kort tid etter omsorgsovertakelsen, uten at gjenforeningshensynet i tilstrekkelig grad er trukket frem og vektlagt i vurderingene.<sup>440</sup> Et eksempel er saken *K.O. og V.M.*, hvor EMD i avsnitt 68 uttaler:

«At the same time, in determining the extent of the applicants' contact rights, both the [fylkesnemnda] and [tingretten] largely based their decisions on the consideration that the placement in care would be long-term and that [barnet] would therefore require stability in her foster home. It would appear to the Court that, instead of carrying out serious contemplation of the possibility of reunification of the family (see, in particular, Strand Lobben and Others, cited above, § 220), [fylkesnemnda] and [tingretten] implicitly gave up reunification as the ultimate goal at a very early stage, without demonstrating why the ultimate aim of reunification was no longer compatible with [barnets] best interests.»

---

<sup>437</sup> HR-2020-662-S avsnitt 128.

<sup>438</sup> Se bl.a. Sandberg, Kjørholt og Høstmælingen (2020).

<sup>439</sup> Se bl.a. Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 37 og Riiber (2018) s. 151–152.

<sup>440</sup> Se A.S. [J] avsnitt 62, *Abdi Ibrahim* [J] avsnitt 61, *Pedersen og andre* [J] avsnitt 67–68, *Hernehult* [J] avsnitt 74 og *M.L.* [J] avsnitt 93–94 og 97. Se også HR-2020-661-S avsnitt 132.

Det følger av Høyesteretts uttalelser i HR-2020-662-S avsnitt 128 og 138 at dersom samvær skal nektes eller begrenses sterkt, *på det grunnlag* at samværene ikke har som formål å legge til rette for gjenforening, men kun å opprettholde barnets kjennskap til foreldrene, må det foreligge «spesielle og sterke grunner». Det er her grunnlag for å fastslå at Høyesterett har endret rettstilstanden. Det har ikke tidligere vært stilt krav om «spesielle og sterke grunner» for å begrense formålet med samværene på denne måten, det har derimot vært praksis ved antatt langvarige omsorgsovertakelser.<sup>441</sup>

Dersom en fortsatt skal legge til grunn at vilkåret om «spesielle og sterke grunner» også må være oppfylt for at samvær skal kunne nektes eller begrenses sterkt, vil det måtte bety at samværsnekt eller sterkt begrensede samværløsninger er utelukket utenfor de tilfellene der gjenforeningsmålet kan oppgis. Sett i sammenheng med den høye terskelen for å oppgi gjenforeningsmålet, spesielt samtidig med eller kort tid etter omsorgsovertakelsen,<sup>442</sup> og de krav gjenforeningsmålet i utgangspunktet stiller til omfanget av samværene, ville dette kunne ført til samværløsninger som påførte barn uforholdsmessig store belastninger. Spørsmålet blir dermed om samvær kan begrenses sterkt eller nektes helt *på et annet grunnlag* enn at gjenforeningsmålet oppgis.

Det er her mest naturlig å ta utgangspunkt i Høyesterett uttalelser om at samvær, heller ikke der gjenforeningsmålet må tillegges stor vekt, *i noe tilfelle* kan påføre barnet *urimelige belastninger* eller være til *skade for barnets helse og utvikling*.<sup>443</sup> Disse uttalelsene peker i retning av at samvær både kan og *skal* nektes dersom det vil utsette barnet for *urimelig belastninger* eller kunne skade dets helse og utvikling. I HR-2021-474-A presiserer Høyesterett i avsnitt 45 at, det «ikke er en nødvendig motsetning mellom begrenset samvær i en periode og gjenforening, når gjenforening ikke er realistisk på kort sikt», og videre at samværene «kan trappes opp når det er forsvarlig av hensyn til barnet».

I HR-2020-663-S fremholder imidlertid Høyesterett i avsnitt 160 at det i norsk rettspraksis har blitt lagt til grunn et krav om «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær, og i den konkrete vurderingen i avsnitt 168 uttaler Høyesterett at tingretten, under henvisning til kravet om spesielle og sterke grunner for å nekte samvær, hadde «tatt riktig rettslig utgangspunkt». I

---

<sup>441</sup> Se Sørensen (2020) s. 110–111 og Søvig (2020a). Se nærmere i punkt 4.2.1.

<sup>442</sup> Se punkt 5.4 og 5.5.

<sup>443</sup> Se HR-2020-1967-A avsnitt 61–62, HR-2021-475-A avsnitt 38, se også HR-2020-2081-A avsnitt 74 og HR-2020-662-S avsnitt 129. Se nærmere i punkt 6.3.3.

denne saken var det imidlertid ikke noe mål om at barnet skulle tilbakeføres til far; dersom barnet skulle tilbakeføres, var det til mor alene, se avsnitt 159. Samvær kunne derfor nektes på det grunnlag at gjenforeningsmålet var oppgitt, jf. HR-2020-662-S avsnitt 138. At det ikke var et mål om gjenforening, var også situasjonen i Rt. 2014 s. 976 A og HR-2015-2017-A («Jakob»),<sup>444</sup> som Høyesterett viser til HR-2020-662-A avsnitt 28.

Som nevnt ovenfor har også EMD godtatt at samvær, selv om gjenforeningsmålet ikke er oppgitt, for en periode nektes eller begrenses sterkt, uten at det har blitt oppstilt krav om «exceptional circumstances». I *Dolhamre mot Sverige* avsnitt 121 gjentar EMD utgangspunktet om tiltak som bryter familiebandene mellom barn og foreldre bare kan gjøres under «exceptional circumstances», men selv om myndighetene hadde besluttet samværsnekt og kontaktforbud mellom barn og foreldre, uttaler domstolen i avsnitt 123 at «it cannot be said that all links were severed between the parents and the children or that the authorities had any such intentions». Myndighetene hadde derimot, gjennom ulike tiltak, jobbet for en gjenforening, men foreldrenes manglende samarbeidsevne, barnas behov for ro og stabilitet og foreldrenes samværsegenskaper tilsa etter en konkret vurdering at det likevel ikke skulle være samvær, se avsnitt 124. EMD benytter således ikke «exceptional circumstances»-vilkåret, fordi det ikke var tale om tiltak som oppga gjenforeningsmålsettingen. Tiltakene ble derimot gjort «in pursuance of the ultimate aim of reuniting the family», se avsnitt 123. Et annet eksempel er saken og *Gnahore mot Frankrike* [J].<sup>445</sup> Selv om det de siste sju årene bare hadde vært tre samvær mellom far og barn, hadde myndighetene gjort alle tiltak som med rimelighet kunne forventes («all the measures that could reasonably be demanded») for å legge til rette for gjenforening, se avsnitt 63.

Dette viser at også EMD aksepterer at samvær for en periode kan nektes helt eller begrenses sterkt, selv der gjenforeningsmålet står ved lag. Samværene kan heller ikke etter EMDs praksis utsette barnet for en urimelig belastning («undue hardship»)<sup>446</sup> De nevnte sakene illustrerer imidlertid også viktigheten av at gjenforeningsmålet beholdes som det rettslige

---

<sup>444</sup> I «Jakob»-saken uttalte Høyesterett eksplisitt i avsnitt 65 at en «fremtidig tilbakeføring av gutten til foreldrene [var] urealistisk», og i Rt. 2014 s. 976 A bodde barnet i fosterhjem på sperret adresse, se avsnitt 1. I begge sakene synes det også som at Høyesterett tar utgangspunkt i at en eventuell samværsnektelse skal være varig.

<sup>445</sup> *Gnahore mot Frankrike* [J], no. 40031/98 [2000].

<sup>446</sup> *M.L.* [J] avsnitt 79.

utgangspunktet, og at det foretas konkrete og begrunnede avveininger mellom de motstridende hensynene.<sup>447</sup>

Norges institusjon for menneskerettigheter legger i sin omtale av «undue hardship»-uttrykket til grunn at «hovedpoenget [synes] å være at hensynet til barnets beste etter en konkret vurdering kan tilsi at samvær begrenses eller i ytterste konsekvens nektes helt».<sup>448</sup>

Også systemorienterte hensyn taler for at samvær må kunne begrenses sterkt eller nektes dersom det utsetter barnet for *urimelige belastninger*. Dersom en holder fast ved at samværsnekt, og tilsvarende samværløsninger, forutsetter at det foreligger «spesielle og sterke grunner», ville nektelse av, eller sterkt begrenset, samvær forutsatt at gjenforeningsmålet måtte oppgis. Med den høye terskelen EMD og Høyesterett har knesatt for oppgivelse av gjenforeningsmålet, ville dette kunne ført til samværløsninger som påførte barn uforholdsmessig tunge belastninger. Dette forsterkes av Høyesteretts uttalelser om at et så begrenset samvær som tre til seks ganger i året i utgangspunktet ikke er egnet til å ivareta gjenforeningsmålet.<sup>449</sup> Dersom hensynet til barnets behov for ro, stabilitet og trygghet etter en omsorgsovertakelse da skulle blitt ivaretatt, måtte enten «spesielle og sterke grunner»-vilkåret hatt to ulike vurderingstema, som ville gitt en retts teknisk dårlig regel; eller så måtte terskelen for å oppgi gjenforeningsmålet blitt senket, som ville medført et unødvendig stort inngrep i barnets og foreldrenes familieliv.

Det kan også argumenteres for at *urimelig belastning*-skranken uansett ivaretar *barnets beste* bedre enn «spesielle og sterke grunner»-vilkåret. «Spesielle og sterke grunner»-vilkåret har knesatt en svært høy terskel for å nekte samvær av hensyn barnets behov for omsorg og beskyttelse. Et eksempel er HR-2017-2015-A («Jakob»). Denne dommen har høstet sterk kritikk for at det har blitt anlagt en for høy terskel for å nekte samvær ut fra barnets behov for omsorg og interesse i å sikre sin egen utvikling.<sup>450</sup>

Begrepet *urimelig belastning* får også tydelig frem den interesseavveiningen som må gjøres ved fastsettelsen av samvær. På den ene siden tilsier familiehensynet, herunder

---

<sup>447</sup> Se NIM (2020) s. 49.

<sup>448</sup> Op.cit. s. 47.

<sup>449</sup> HR-2021-474-A avsnitt 43.

<sup>450</sup> Se Jerkø (2018) og Riiber og Syse (2018). I denne saken var det dog ikke noe mål om gjenforening, men Høyesterett har i HR-2020-662-S også anlagt *urimelig belastning*-skranken der gjenforeningsmålet er oppgitt.

gjenforeningsmålet, at det gis så mye samvær som mulig, men samværene skal av hensyn til barnets behov for ro og stabilitet, og foreldrenes manglende samværskompetanse, likevel begrenses sterkt eller nektes helt dersom det vil utsette barnet for *urimelig belastninger*. Det ligger i denne *rimelighetsvurderingen*, at jo større inngrep som gjøres i samværsretten, jo sterkere må hensynene som begrunner inngrepet være.

Det må etter dette legges til grunn at samvær, selv der gjenforeningsmålet ligger fast, kan og skal nektes eller begrenses sterkt dersom det vil utsette barnet for *urimelige belastninger* eller kunne skade dets helse og utvikling.<sup>451</sup> Gjenforeningshensynet, og den generelle presumsjonen om at samvær er et gode for barnet, vil imidlertid sette en høy terskel for at samvær kan nektes. Det kan imidlertid ikke i noe tilfelle fastsettes samvær som vil skade barnets helse og utvikling.<sup>452</sup> I vurderingen av om samvær skal nektes må imidlertid gjenforeningsmålet holdes som det rettslige utgangspunktet og overordnet mål, og begrensninger i samværsretten må veies mot de negative følgende det får for gjenforeningshensynet. Dersom gjenforeningsmålet ikke synliggjøres og vektlegges i vurderingen, eller samvær nektes eller begrenses sterkt for en lengre periode, uten at det vises til noe mål om en fremtidig gjenforening, vil dette i realiteten være en oppgivelse av gjenforeningsmålet, slik at kravet om «spesielle og sterke grunner» vil måtte være oppfylt.

## 7.5 Oppsummering

Det følger av barnevernloven § 4-1 første punktum, jf. § 4-19 andre ledd, Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 og EMDs praksis at samværsomfanget skal fastsettes i samsvar med barnets beste. Hvilket samvær som er til barnets beste må avgjøres etter konkrete og individuelle helhetsvurderinger. Det kan på den bakgrunn ikke oppstilles noen standardnorm for omfanget av samværsretten. Det kan heller ikke, selv om gjenforeningsmålet står ved lag, oppstilles en absolutt minstenorm for samværsomfanget.

At gjenforeningsmålet står ved lag, stenger heller ikke for at samvær, for en periode, kan begrenses sterkt eller nektes helt. Dette følger av at samværene ikke i noe tilfelle kan utsette barnet for *urimelige belastninger* eller *skade barnets helse og utvikling*. I vurderingen av om samvær skal begrenses eller nektes, må imidlertid både barnets og foreldrenes gjenforeningsinteresse vektlegges, og det må vises hvorfor et begrenses samvær eller ikke-

---

<sup>451</sup> Det synes også lagt til grunn av Sørensen (2020) s. 122.

<sup>452</sup> Se HR-2021-475-A avsnitt 38, HR-2020-661-S avsnitt 95 og *Strand Lobben* [GC] avsnitt 207.

samvær er *nødvendig* av hensyn til barnets interesser. Som følge av den sterke presumsjonen for at samvær er et gode for barnet, vil imidlertid terskelen for å nekte samvær ligge høyt. Dersom samværsnekten eller det sterkt begrensede samværet medfører at gjenforeningsmålet i realiteten oppgis, kreves det at vilkåret om «spesielle og sterke grunner» er oppfylt.

## 8 Enkelte betraktninger og vurderinger

### 8.1 Generelt

Barnevernsretten har vært og er fortsatt på vei gjennom en rivende rettsutvikling. Høyesterett har, på bakgrunn av EMDs senere avgjørelser mot Norge, staket ut kursen for norsk barnevern og barnevernsrett. Dette gjelder især betydningen gjenforeningsmålet har på generell basis, og spesielt hvilken betydning det har for fastsettelsen av samvær. Samtidig pågår det en prosess mot å vedta en ny barnevernslov.

Denne utviklingen gir grobunn for mange spørsmål og betraktninger, og noen av dem er adressert i denne masteravhandlingen. Det skal her ikke gis noen oppsummering eller gjengivelse, men jeg vil peke på noen observasjoner og betraktninger knyttet til problemstillingene i avhandlingen, i et noe større perspektiv. I punkt 8.2. vil jeg se nærmere på forlaget i lovproposisjonen til ny barnevernlov om at det kreves «sterke og spesielle grunner» for å nekte eller sterkt begrense samværene,<sup>453</sup> og holde dette opp mot gjeldende rett, mens det i punkt 8.3 diskuteres om det økede gjenforeningsfokuset i barnevernssaker kan være et demokratisk problem.

### 8.2 «Sterke og spesielle grunner» for å sterkt begrense eller nekte samvær

Barne- og familiedepartementet har i proposisjonen til ny barnevernlov foreslått at det i ny § 7-2 tredje ledd første punktum skal vedtas at «[b]are når det foreligger sterke og spesielle grunner, kan nemnda bestemme at samværet skal begrenses sterkt eller falle helt bort».<sup>454</sup> Dette er ment som en kodifisering av gjeldende rett.<sup>455</sup> Departementet viser til at «Høyesterett, på bakgrunn av EMDs praksis, [har] uttalt at bare der det foreligger spesielle og sterke grunner, kan formålet om gjenforening oppgis og samværet på det grunnlag begrenses sterkt eller falle helt bort».<sup>456</sup>

Som det er konkludert med i punkt 7.2 kan det imidlertid ikke fra Høyesteretts praksis utledes at det *bare* er det det foreligger «spesielle og sterke grunner» at samvær kan begrenses sterkt eller nektes helt. «Spesielle og sterke grunner» er derimot det relevante vilkåret i spørsmålet

---

<sup>453</sup> Se Prop. 133 L (2020 – 2021) lovforslaget til ny § 7-2 tredje ledd første punktum, på s. 615.

<sup>454</sup> Op.cit.

<sup>455</sup> Prop. 133 L (2020–2021) s. 562.

<sup>456</sup> Op.cit. s. 270.



om gjenforeningsmålet kan oppgis, og at samvær på *det grunnlag* begrenses sterkt eller faller bort. Så lenge gjenforeningsmålet består, vil imidlertid samvær likevel kunne begrenses sterkt eller nektes i den grad det påfører barnet *urimelige belastninger* eller *kan skade dets helse og utvikling*.<sup>457</sup>

I proposisjonen legger også departementet til grunn at «det kan tenkes tilfeller hvor samværet i en periode må begrenses sterkt eller falle bort, selv om den overordnede målsettingen om gjenforening ikke er oppgitt», og nevner som eksempel at barnet har «behov for en periode med ro og stabilitet som følge av omsorgssvikt i hjemmet, eller foreldrene kan være akutt syke på en slik måte at samvær ikke kan gjennomføres», eller «[d]et kan også være tilfeller hvor barnet er traumatisert som følge av omsorgssvikten, eller foreldrenes kapasitet til å gjennomføre samvær må styrkes for at samværene ikke skal medføre urimelig belastning for barnet».

Denne intensjonen kommer imidlertid ikke så godt frem i ordlyden, når bestemmelsen, for å nekte eller sterkt begrense samværene, benytter det samme vilkåret som for når gjenforeningsmålet kan oppgis. Dersom vilkårene forstås på samme måte, i den forstand at det er samme vurderingstema og terskel i begge tilfeller, vil det måtte bety at samvær bare kan begrenses sterkt eller nektes helt i de tilfellene gjenforeningsmålet uansett kan oppgis.

I og med at Høyesterett, på grunnlag av EMDs praksis, har knesatt en høy terskel for å oppgi gjenforeningsmålet, spesielt samtidig med eller kort tid etter en omsorgsovertakelse, ville det for det første medføre at samvær, bare i ekstraordinære tilfeller, kan begrenses sterkt eller nektes samtidig med, eller kort tid etter, en omsorgsovertakelse. Dessuten vil det på lengre sikt innebære at gjenforeningsmålet må oppgis om samvær skal begrenses sterkt eller nektes, noe som vil kunne utgjøre et *unødvendig* stort inngrep i familielivet. Dette er ikke i tråd med departementets intensjoner om at samvær kan begrenses sterkt eller nektes helt, uten at gjenforeningsmålet samtidig må oppgis.

Dersom departementet skal kunne oppfylle sine intensjoner med lovforslaget, slik de fremgår av proposisjonen, vil det måtte bety at «sterke og spesielle grunner»-vilkåret har ulike vurderingstema, eller at det er en slags glideskala, avhengig av om spørsmålet gjelder oppgivelse av gjenforeningsmålet, eller nektelse eller sterkt begrenset samvær. Dette vil

---

<sup>457</sup> Se nærmere i punkt 7.4.

imidlertid gi en retts teknisk dårlig og vanskelig anvendbar regel. Da vil man kunne få situasjoner der grunnene ikke er så «spesielle og sterke» at gjenforeningsmålet kan forlates, men de er likevel så «sterke og spesielle» at samvær, for en periode, må nektes.

En bedre løsning, som er mer i tråd med gjeldende rett, ville være at det ble vedtatt en egen bestemmelse om *når* gjenforeningsmålet kan oppgis. At gjenforeningsmålet, de facto, har blitt oppgitt samtidig med eller kort tid etter omsorgsovertakelsen, har i mange av sakene for EMD vært ankepunktet mot norske myndigheter. Ved å synliggjøre i loven hva som kreves for at gjenforeningsmålet kan oppgis, ville vi også kunne fått en bedre faglig og demokratisk diskurs omkring disse spørsmålene. Samtidig kunne det, i en egen bestemmelse, blitt fastsatt hvilke vilkår som må være oppfylt for at samvær skal kunne begrenses sterkt eller nektes helt. Jeg har tillatt meg å komme med et eksempelforslag, uten at det på noen måte er fullstendig:

### **§ 1-1 Myndighetenes plikt til å legge til rette for tilbakeføring**

En omsorgsovertakelse er i utgangspunktet et midlertidig tiltak. Dersom hensynet til barnet ikke taler mot det, skal myndighetene, blant annet gjennom samvær, legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet. Plikten til å legge til rette for tilbakeføring skal av hensyn til barnet oppgis når

- a) foreldrene er særlig uegnet,
- b) et fortsatt mål om tilbakeføring vil kunne skade barnets helse og utvikling, eller
- c) det har gått betydelig tid siden omsorgsovertakelse, slik at barnets behov for stabilitet og forutsigbarhet må gå foran tilbakeføringshensynet.

### **§ 1-2 Rett til samvær**

Barn og foreldre har rett til samvær med hverandre, dersom annet ikke er bestemt.

Når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse, skal nemnda fastsette samvær mellom barnet og foreldrene. Det kan likevel besluttes at samvær skal begrenses sterkt eller nektes helt dersom plikten til å legge til rette for tilbakeføring er oppgitt, jf. § 1-1 tredje punktum. Det kan uansett ikke i noe tilfelle fastsettes samvær som utsetter barnet for urimelige belastninger eller som vil kunne skade barnets helse og utvikling.

## **8.3 Er et økt mål om gjenforening ved antatt langvarige omsorgsovertakelser et demokratisk problem?**

Det har i norsk rett, inntil Høyesteretts storkammeravgjørelser avsagt den 27. mars 2020, i liten grad blitt praktisert et prinsipp om midlertidighet og bygget på et mål om at barn og foreldre skal gjenforenes ved fastsettelse av samvær. Ved antatt langvarige plasseringer, som har gjeldt de fleste omsorgsovertakelser, har derimot formålet med samværene vært begrenset

til at barnet skal kunne opprettholde kontakt og kjennskap med sine biologiske foreldre.<sup>458</sup> *Søvig* har kommentert at «det er ingen tvil om at man i Norge, nær konsekvent har tatt som utgangspunkt, at et vedtak om omsorgsovertakelse; det vil bli langvarig».<sup>459</sup>

Da barnevernloven § 4-16 sjette punktum ble vedtatt i 2018, ble det i forarbeidene lagt til grunn at det ikke var behov for å endre rettstilstanden knyttet til når barnevernstjenesten skal arbeide for gjenforening, og Familie- og kulturkomiteen understreket at lovendringen ikke måtte bety en dreining mot et økt mål om gjenforening.<sup>460</sup> Det kan derfor stilles spørsmål ved om praksisendringen fra Høyesterett, der gjenforening som utgangspunkt også skal være et mål ved antatt langvarige omsorgsovertakelser, utgjør et demokratisk problem.

At EMD bygger på et syn om at omsorgsovertakelser som utgangspunkt skal være midlertidige, og bygge på et mål gjenforening er ikke noe nytt. Dette har EMD lagt til grunn i over 30 år.<sup>461</sup> Det har heller ikke manglet på advarsler om at den norske samværspaksisen ved antatt langvarige omsorgsovertakelser har vært tvilsom i forhold til gjenforeningsmålet slik det er utviklet gjennom EMDs praksis. Både *Haugli* og *Sandberg* fremholdt i sine doktorgradsavhandlinger, fra henholdsvis 1998 og 2003, at norsk samværspaksis kunne stå i et spenningsforhold til det EMK-rettslige gjenforeningsmålet.<sup>462</sup> Dette kan indikere at det har vært et bevisst og villet valg å legge mindre vekt på gjenforeningsmålet, enn det EMD har gjort.

På den annen side er det, verken av lovgivningsmyndigheter, forvaltning eller domstoler, blitt uttalt, eller lagt til grunn, at den norske samværspaksisen har vært i strid med EMK-forpliktelsene. Derimot synes det å ha vært lagt til grunn at den har vært i overenstemmelse med EMK-retten slik den er utviklet av EMD. Høyesterett uttalte i Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 32 at norsk rett var i samsvar med «våre internasjonale forpliktelser på dette området», og når Barne- og likestillingsdepartementet, i Prop. 169 L (2016–2017) på side 65, uttaler at det ikke er behov for å endre rettstilstanden når det gjelder hvilke saker barnevernstjenesten skal jobbe for gjenforening, synes dette å bygge på en forutsetning om at gjeldende praksis var i samsvar med de menneskerettslige forpliktelsene. Det er, etter det jeg har kunnet se, ikke noe sted

---

<sup>458</sup> Jf. Rt. 2012 s. 1832 A avsnitt 31. Se nærmere i punkt 4.1–4.2.1.

<sup>459</sup> *Søvig* (2020b) fra 37.47.

<sup>460</sup> Se Prop. 169 L (2016–2017) s. 65 og Innst. 151 L (2017–2018) s. 11.

<sup>461</sup> Se bl.a. *Olsson mot Sverige I* [P] avsnitt avsnitt 81.

<sup>462</sup> Se *Haugli* (2000) s. 268–269 og *Sandberg* (2003) s. 298.

uttalt at Norge, på dette område, ikke skal rette seg etter menneskerettighetene. Det ville for så vidt vært oppsiktsvekkende. Men når det ikke er gjort, må det legges til grunn som en presumsjon, at lovgiver også har ment og villet at norsk barnevernspraksis skal holde seg innenfor de menneskerettslige skrankene. Det kan derfor vanskelig påstås at denne rettsutviklingen mot et økt mål om gjenforening ved antatt langvarige omsorgsovertakelser, utgjør et demokratisk problem.

I den forbindelse er det verdt å merke seg at Barne- og familiedepartementet i proposisjonen til ny barnevernlov fremhever at norsk barnevernsrett skal praktiseres innenfor grensene av de menneskerettslige forpliktelsene, og det er lagt til grunn at avgjørelser om samvær, og annen oppfølging av barnet etter en omsorgsovertakelse, skal ivareta gjenforeningsmålet.<sup>463</sup>

Selv om EMD har gitt Norge en korreksjon på hvordan gjenforeningsmålet skal ivaretas, må imidlertid de nærmere utpenslinger av norsk barnevernspraksis gjøres i hjemlige fora.

Høyesterett har påbegynt dette ved å, gjennom sine storkammeravgjørelser, og den etterfølgende praksisen, stake ut den videre kursen for norsk barnevernspraksis. Samtidig er det mange, både i forvaltningen og academia, som nå jobber med disse spørsmålene. Dette gir gode forutsetninger for å utvikle et godt barnevern, som både tar hensyn til de menneskerettslige forpliktelsene, er bygget på solide faglige vurderinger, og tar hensyn til norske tradisjoner og verdisyn.

---

<sup>463</sup> Se Prop. 133 L (2020–2021) s. 33, s. 266–267 og s. 290–291.

# Referanseliste

## Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018
- Bastholm (1978) Bastholm, Anders, «Barnevern eller foreldreven?»», *Lov og Rett* 1978 nr. 1, s. 1–2
- Bendiksen (2008) Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer: foreldreansvar og adopsjon*, Fagbokforlaget 2008
- Bendiksen og Haugli (2021) Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021
- Brynildsrud (2016) Brynildsrud, Karsten, «Trenger vi et biologisk prinsipp i barnevernloven? Noen betraktninger i kjølvannet av NOU 2012: 5 og Prop. 106 L (2012–2013).», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2016 nr. 3, s. 264–298.
- Dane (2015) Dane, Louise, «Europadomstolen och barnets bästa», *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2015 nr. 2 s. 193–224
- Detrick (1999) Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers 1999
- Emberland (2016) Emberland, Marius, «Det norske barnevernet under lupen», *Lov og Rett* 2016 nr. 6, s. 329–330
- Gerds-Andresen (2020) Gerds-Andresen, Tina, «Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse: En analyse av hvordan fylkesnemnda begrunner sin utmåling.», *Kritisk juss* 2020 nr. 2, s. 125–153
- Haugli (2000) Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utg., Universitetsforlaget 2000
- Haugli (2019) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2019, s. 55–78
- Haugli og Havik (2010) Haugli, Trude og Toril Havik, *Samvær i barnevernsaker: Psykologiske og juridiske vurderinger*, Universitetsforlaget 2010
- Hodgkin og Newell (2007) Hodgkin, Rachel og Peter Newell, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. utg., UNICEF 2007

- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter, «Introduksjon til folkerett» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 355–359.
- Jerkø (2018) Jerkø, Markus, «Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig? – En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»», *Lov og Rett* 2018, nr. 2, s. 112–127.
- Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6. utg., Gyldendal 2017
- Köhler-Olsen (2019) Köhler-Olsen, Julia, «EMD: Strand Lobben med flere mot Norge – betydningen for norsk barnevern», *Tidsskrift for velferdsforskning* 2019, nr. 4, s. 341–346
- Mestad (2019) Mestad, Ola, «Rettens kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 69–113
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utg., Gyldendal 2015
- Riiber (2018) Riiber, Trine, «Samvær etter barnevernloven § 4-19», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2018 nr. 2–3, s. 141–155.
- Riiber og Syse (2018) Riiber, Trine og Audgunn Syse, «Høyesteretts sirkelgang i Jakob (HR-2017-2015)», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2018 nr. 1, s. 96–99.
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal 2003
- Sandberg (2020) Sandberg, Kirsten, «Storkammeravgjørelsene om barnevern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2020 nr. 02, s. 148–159
- Sandberg, Kjørholt og Høstmælingen (2020) Sandberg, Kirsten, Elin Saga Kjørholt og Njål Høstmælingen, ««Kan ikke norsk barnevern lenger sette barnet først?»», *Rett24*, 1. februar 2020, <https://rett24.no/articles/kan-ikke-norsk-barnevern-lenger-sette-barnet-forst-> (sist lest 17.05.2021)
- Sigurdson (2015) Sigurdson, Randi, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd: En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven*, Fagbokforlaget 2015

- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Stang (2007) Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak: Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Universitetsforlaget 2007
- Stang (2019) Stang, Elisabeth Gording, «Barnets rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2019, s. 178–207
- Stang og Baugerud (2018) Stang, Elisabeth Gording og Gunn-Astrid Baugerud, «Samvær etter omsorgsovertakelse: En barnefaglig og juridisk utredning», OsloMet, Rapport 2018 nr. 10. Tilgjengelig fra <https://skriftserien.oslomet.no/index.php/skriftserien/article/view/612/133>
- Sørensen (2016) Sørensen, Christian Børge, «Barnevern og menneskerettigheter», utredning til Barnevernslovutvalget, 23. desember 2015, revidert 20. juni 2016, inntatt som vedlegg 4 til NOU 2016: 16 Ny barnevernslov, s. 306–360
- Sørensen (2020) Sørensen, Christian Børge, «Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8», *Lov og Rett* 2020 nr. 2, s. 103–122
- Søvig (2009) Søvig, Karl Harald, «Barnekonvensjonen art. 7. Barns rett til å kjenne sitt opphav og knytte rettslige bånd til primære omsorgspersoner», 16. mars 2009, inntatt som vedlegg 1 til NOU 2009: 5 Farskap og annen morskap, s. 150–161
- Søvig (2020a) Søvig, Karl Harald, «Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge», *Juridika Innsikt*, 9. januar 2020, tilgjengelig fra <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-h%C3%B8stens-barnevernssaker-mot-norge> (sist lest 17.05.2021)
- Søvig (2020b) Søvig, Karl Harald, *Saker mot Norge for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen*, foredrag på Barnevern20, 26. november 2020, Bergen, tilgjengelig fra <https://www.youtube.com/watch?v=WJWE0N46Chs>, fra 11.00.–41.20.
- Søvig og Tjelmeland (2019) Søvig, Karl Harald og Marit Ellingsen Tjelmeland, «Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2019 nr. 4, s. 345–352.
- Søvig og Vindenes (2020) Søvig, Karl Harald og Per Harald Vindenes, «Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2019-2020», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2020 nr. 3-4, s. 173-209.

## Nettsider/nettavisar

- BBC (2016) Ukjent forfatter, «Norway: Parents Against the State», *BBC*, 2016, <https://www.bbc.co.uk/programmes/n3ct0bx3> (sist besøkt 23.05.2021)
- BBC (2018) Ukjent forfatter, «Norway's Silent Scandal», *BBC*, 2018, <https://www.bbc.co.uk/programmes/n3ct4f1y> (sist besøkt 23.05.2021)
- Dagbladet (2016) Johansen, Anders Holth og Asle Hansen, «Norsk-rumensk familie ble fratatt alle sine fem barn: I dag demonstreres det mot norsk barnevern i 63 byer i 20 land», *Dagbladet*, 16. april 2016, <https://www.dagbladet.no/nyheter/norsk-rumensk-familie-ble-fratatt-alle-sine-fem-barn-i-dag-demonstreres-det-mot-norsk-barnevern-i-63-byer-i-20-land/60452851> (sist lest 30.01.2021)
- Norges Høyesterett (2020) Ukjent forfatter, «Høyesterett i storkammer behandler 4. – 10. februar 2020 tre barnevernssaker», *Norges Høyesterett*, 21. januar 2020, <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/presse/storkammersakene/fire-barnevernssaker-skal-behandles-i-storkammer/> (sist lest 30.01.2021)
- Rett24 (2020) Kolsrud, Kjetil, «EMD sa nei til norske storkammer-anker», *Rett24*, 8. september 2020, <https://rett24.no/articles/EMD-sa-nei-til-norske-storkammer-anker> (sist lest 30.01.2021)
- Verdens Gang (2015) Lohne, Jenny-Linn mfl., «Tsjekkias president sammenligner norsk barnevern med nazi-program», *Verdens Gang*, 9. februar 2015, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/o0zkK/tsjekkias-president-sammenligner-norsk-barnevern-med-nazi-program> (sist lest 30.01.2021)



## Resolusjoner, uttalelser, rapporter og prosedyreregler fra nasjonale og internasjonale organisasjoner og institusjoner

FN-resolusjon om barnets rettigheter (2019)	FNs generalforsamling, «Rights of the child» (A/RES/74/133), 18. desember 2019
FNs barnekomité (2018)	FNs barnekomité, «Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway» (CRC/C/NOR/CO/5-6), 4. juli 2018
FNs høykommissær for menneskerettigheter (2007)	FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR), «Legislative History of the Convention on the rights of the child: Volum 1», New York og Genève, 2007
Generell kommentar nr. 11	FNs barnekomité, «GENERAL COMMENT No. 11 (2009): Indigenous children and their rights under the Convention» (CRC/C/GC/11), 12. februar 2009
Generell kommentar nr. 12	FNs barnekomité, «General comment no. 12 (2009): The right of the child to be heard» (CRC/C/GC/12), 20 juli 2009
Generell kommentar nr. 14	FNs barnekomité, «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)» (CRC/C/GC/14), 29 mai 2013
Generell kommentar nr. 23	FNs menneskerettskomité, «General Comment No. 23: The rights of minorities» (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5), 8. april 1994
NIM (2020)	Norges institusjon for menneskerettigheter, «Hvorfor dømmes Norge i EMD? En statusrapport fra barnevernsfeltet», 21. des. 2020
Regjeringsadvokaten (2020)	Regjeringsadvokaten, «Årsrapport 2019», Oslo 6. mars 2020
Retningslinjer for alternativ omsorg for barn (2009)	FNs generalforsamling, «Guidelines for the Alternative Care of Children» (A/RES/64/142), resolusjon, 18. desember 2009

## **Norske lover**

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 8. april 1981 om barn og foreldre (barnelova)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester (barnevernloven)

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

Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 65 om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.

Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 63 om endringer i barnevernloven

Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven)

Lov 20. april 2018 nr. 5 om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

## **Forarbeider og andre offentlige dokumenter**

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 2000:12 Barnevernet i Norge: Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling: Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

Dokument nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov, Barne- og familiedepartementet, 4. april 2019

Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp. nr. 45 (2002 – 2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot.prp. nr. 64 (2004–2005) Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.

Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven

Prop. 169 L (2016–2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

Prop. 133 L (2020–2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven

Innst. O. nr. 80 (1991–1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

Innst. 151 L (2017 – 2018) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

## **Internasjonale erklæringer og konvensjoner**

Charter of the Fundamental Rights of the European Union, 7. desember 2000 (i kraft 1. desember 2009) – Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 november 1950 (i kraft 3. september 1953) – Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)

Convention on the Rights of the Child, New York, 20. november 1989 (i kraft 2. september 1990) – FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen – BK)

Copenhagen Declaration, København, 12./13. april 2018 – København-erklæringen

International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 desember 1966 (i kraft 23 mars 1976) – Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16. desember 1966 (i kraft 3. januar 1976) – Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Addis Ababa, 11. juli 1990 (i kraft 29. nov. 1999)

# Rettspraksis

## Høyesterett

Rt. 1996 s. 1684 A

Rt. 1997 s. 534 A

Rt. 1998 s. 787 A

Rt. 2001 s. 14 A

Rt. 2002 s. 875 A

Rt. 2002 s. 908 A

Rt. 2003 s. 425 A

Rt. 2004 s. 1046 A

Rt. 2004 s. 1683 A

Rt. 2005 s. 624 A

Rt. 2005 s. 833 P

Rt. 2006 s. 247 A

Rt. 2006 s. 1382 A (Utsi)

Rt. 2006 s. 1672 A

Rt. 2008 s. 560 A

Rt. 2012 s. 967 A

Rt. 2012 s. 1832 A

Rt. 2014 s. 976 A

Rt. 2014 s. 1105 A

Rt. 2015 s. 93 A (Maria)

HR-2016-2262-A

HR-2017-2015-A («Jakob»)

HR-2017-2428-A (Ante Sara)

HR-2019-788-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S  
HR-2020-663-S  
HR-2019-788-U  
HR-2020-940-U  
HR-2020-950-U  
HR-2020-952-U  
HR-2020-964-U  
HR-2020-969-U  
HR-2020-998-U  
HR-2020-1203-U  
HR-2020-1229-U  
HR-2020-1788-A  
HR-2020-1967-A  
HR-2020-1968-A  
HR-2020-2081-A  
HR-2021-474-A  
HR-2021-475-A  
HR-2021-476-A

### **Den Europeiske menneskerettsdomstolen**

*A.S. mot Norge* [J], no. 60371/15, 17. desember 2019

*Abdi Ibrahim mot Norge* [J], no. 15379/16, 17. desember 2019

*Aune mot Norge* [J], no. 52502/07, 20. oktober 2010

*Bodnariu og andre mot Norge* [A], no. 73890/16, 26. november 2020

*Dolhamre mot Sverige* [J], no. 67/04, 8. juni 2010

*E.D. mot Irland* [C], no. 25054/94, 18. oktober 1995

*Gnahore mot Frankrike* [J], no. 40031/98, 19. september 2000

*Hernehult mot Norge* [J], no. 14652, 10. mars 2020

*I.D. mot Norge* [A], no. 51374/16, 4. april 2017

*J.M.N. og C.H. mot Norge* [A], no. 3145/16, 11. oktober 2016

*Jansen mot Norge* [J], no. 2822/16, 6. april 2018

*Johansen mot Norge I* [J], no. 17383/90, 7. august 1996

*K. og T. mot Finland* [GC], no. 25702/94, 12. juli 2001

*K.O. og V.M. mot Norge* [J], no. 64808/16, 19. november 2019

*Kosmopoulou mot Hellas* [J], no. 60457/00, 5. februar 2004

*Kruškić med flere mot Kroatia* [J], no. 10140/13, 25. november 2014

*Levin mot Sverige* [J], no. 35141/06, 15. mars 2012

*M.L. mot Norge* [J], no. 64639/16, 22. desember 2020

*Neulinger og Shuruk mot Sveits* [GC], no. 41615/07, 6. juli 2010

*Nuutinen mot Finland* [J], no. 32842/96, 27. juni 2000

*Olsson mot Sverige I* [P], no. 10465/83, 24. mars 1988

*P., C. og S. mot Storbritannia* [J], no. 56547/00, 16. juli 2002

*Pedersen og andre mot Norge* [J], no. 39710/15, 10 mars 2020

*R. og H. mot Storbritannia* [J], no. 35348/06, 31. mai 2011

*S.J.P. og E.S. mot Sverige* [J], no. 8610/11, 28. august 2018

*S.S. mot Slovenia*, no. 40938/16, 30. oktober 2018

*Strand Lobbén og andre mot Norge* [J], no. 37283/13, 30. november 2017

*Strand Lobbén og andre mot Norge* [GC], no. 37283/13, 10. september 2019

*T.S. og J.J. mot Norge* [A], no. 15633/15, 11. oktober 2016

*V.D. og andre mot Russland* [J], no. 72931/10, 9. april 2019

*W mot Storbritannia* [GC], no. 9749/82, 8 juli 1987

