



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Nektelse av samvær i barnevernssaker

Vegard Kirkfjell Hasfjord

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Metode	4
1.4.1	Innledning.....	4
1.4.2	Metode etter norsk rett	4
1.4.3	EMDs metode.....	5
1.5	Inndeling av oppgaven.....	6
2	Menneskerettigheter og grunnleggende prinsipper i barnevernsretten	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Retten til respekt for familielivet.....	7
2.3	Barnets rett til beskyttelse.....	9
2.4	Barnets beste.....	10
2.5	Det mildeste inngreps prinsipp	10
2.6	Det biologiske prinsipp.....	11
2.7	Barnets medvirkningsrett.....	12
2.8	Gjenforeningsmålet	12
3	Samvær.....	14
3.1	Retten til samvær	14
3.1.1	Innledning.....	14
3.1.2	Omfanget av samværsretten	15
3.2	Samværsnektelse etter barnevernloven § 4-19 og den nye barnevernsloven § 7-2...	17
3.2.1	Innledning.....	17
3.2.2	Innholdet av barnevernloven § 4-19.....	18
3.2.3	Innholdet av den nye barnevernsloven § 7-2	18

3.2.4	Sammenligning av barnevernloven § 4-19 og den nye barnevernsloven § 7-2.	20
4	Kravet om «spesielle og sterke grunner»	22
4.1	Innledning	22
4.2	EMDs krav om «exceptional circumstances»	22
4.2.1	Innledning	22
4.2.2	Strand Lobben med flere mot Norge:	23
4.2.3	Johansen mot Norge:	24
4.2.4	Jansen mot Norge:	25
4.2.5	A.S. mot Norge:	27
4.2.6	A.L. med flere mot Norge	29
4.2.7	E.M. med flere mot Norge	29
4.3	Kravet i norsk rettspraksis om «spesielle og sterke grunner»	31
4.3.1	Innledning	31
4.3.2	Rt. 2002 s. 908.	31
4.3.3	Rt. 2004 s. 1046.	32
4.3.4	Rt. 2014 s. 976.	32
4.3.5	HR-2017-2015-A	33
4.3.6	HR-2019-788-U	35
4.3.7	HR-2020-661-S	35
4.3.8	HR-2020-662-S	36
4.3.9	HR-2020-663-S	36
4.3.10	HR-2021-474-A	37
4.3.11	HR-2021-1437-A	37
4.3.12	HR-2022-2292-A	38
5	Samsvarer høyesterettspraksis med EMDs praksis?	40
5.1	Rettsavgjørelsene før 2020	40
5.2	Rettsavgjørelsene etter 2020.	42

6	Avslutning	45
7	Kildeliste	47
7.1	Norske rettskilder	47
7.1.1	Lov	47
7.1.2	Forarbeid	47
7.1.3	Rettspraksis	47
7.1.4	Juridisk litteratur	48
7.2	Internasjonale rettskilder	49
7.2.1	Traktater	49
7.2.2	Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).....	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I denne masteroppgaven skal jeg redegjøre for hva som skal til for at samvær kan nektes i barnevernssaker. I den forbindelse vil det ses på innholdet i barnevernloven (heretter bvl.)¹ § 4-19, og den nye barnevernsloven som trer i kraft i 2023 med et eget kapittel 7 om samværsrett.² Videre skal jeg se på hva som følger av høyesterettspraksis og den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) sin praksis.

Hovedproblemstillingen som reises i avhandlingen er hvor terskelen for samværsnektelse ligger, og hvorvidt høyesterettspraksis samsvarer med EMDs praksis.

Lovens utgangspunkt er at «[b]arn og foreldre» har «rett til samvær med hverandre», «hvis ikke annet er bestemt», jf. bvl. § 4-19 (1). Samværsnektelse er et stort inngrep mot retten til familieliv. Retten til respekt for familielivet er beskyttet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK)³ art. 8 og Grunnloven (heretter GrL.)⁴ §§ 102 og 104. Innholdet i retten til respekt for familielivet vil jeg komme tilbake til i punkt 2.2.

I de tilfeller det har blitt fattet vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 skal fylkesnemnda ta stilling til «omfanget av samværsretten», men kan også beslutte at det «av hensyn til barnet ikke skal være samvær», jf. bvl. § 4-19 (2) første pkt.

Ettersom samværsnektelse er svært inngripende mot retten til familieliv, har det blitt utviklet en høy terskel for å nekte samvær. Det følger ikke eksplisitt av bvl. § 4-19 hva som skal til for å nekte samvær, men det fremgår av høyesterettspraksis at det må foreligge «spesielle og sterke grunner» for at samvær kan nektes.⁵ En tilsvarende terskel er utviklet i EMDs praksis. Det må være tale om «exceptional circumstances» for å nekte samvær.⁶

¹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

² Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven)

³ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon).

⁴ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

⁵ Rt. 2002 s. 908 s. 913.

⁶ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Barnevernloven fra 1953 inneholdt ingen egen bestemmelse om samvær, og ble først lovfestet i den gjeldende barnevernloven fra 1992.⁷ Helt siden dagens barnevernlov trådte i kraft i 1993, har det vært et rettsområde som stadig har vært i utvikling.

De siste årene har flere titalls norske barnevernsaker blitt klaget inn til EMD. Parallelt med dette har flere av Europarådets medlemsstater fremmet sterk kritikk mot norsk barnevern. Kritikken har vært sterkest fra land fra Øst-Europa. Tsjekkia og Slovakia har blant annet intervenert i flere klagesaker mot Norge – *A.L. med flere mot Norge* og *E.M. med flere mot Norge* er eksempler på dette.⁸ I *Strand Lobben med flere mot Norge* intervenerte langt flere – Belgia, Bulgaria, Tsjekkia, Danmark, Italia, Slovakia og Storbritannia.⁹

Det har skjedd mye og skjer fortsatt mye innenfor barnevernsretten. Deriblant har barnevernloven fått en ny bestemmelse i bvl. § 1-6 om barns medvirkningsrett. Videre vil blant annet det ulovfestede kravet om «sterke og spesielle grunner» for å begrense eller nekte samvær bli lovfestet i den nye barnevernsloven § 7-2. For at oppgaven skal være aktuell vil jeg både se på innholdet av gjeldende rett – bvl. § 4-19 om samværsnektelse, og den nye barnevernsloven § 7-2 om at samvær kan nektes eller sterkt begrenses. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.

Fra 2016 til januar 2022 har EMD avsagt 27 avgjørelser i barnevernssaker mot Norge, der EMD har konstatert krenkelse i 14 av klagene.¹⁰ I en sak fra 2018 ble Norge dømt for å ha brutt EMK art. 8¹¹, som følge av at samvær ble nektet grunnet kidnappingsfare fra faren til klageren. I en avgjørelse fra 2022 konkluderte EMD med at Norge ikke hadde brutt EMK art. 8¹² i en sak der samvær hadde blitt nektet. Derav er det høyst aktuelt å se på om det er skjedd endringer i nyere norsk rettspraksis, for å forhindre ytterligere brudd på EMK art. 8.

⁷ Haugli og Havik (2010) s. 27.

⁸ *A.L. med flere mot Norge* avsnitt 40 og 41 og *E.M. med flere mot Norge* avsnitt 48 og 49.

⁹ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 8.

¹⁰ Søvig og Valvatne (2022) s. 106.

¹¹ *Jansen mot Norge* avsnitt 105.

¹² *E.M med flere mot Norge* avsnitt 63.

Det kom en ny høyesterettsdom 30. november 2022 – HR-2022-2292-A – som omhandler bvl. § 4-19, noe som understreker aktualiteten av avhandlingen ytterligere.

Det følger av tvisteloven (heretter tvl.)¹³ § 36-10 (3) at anke på dommen til tingretten i saker om vedtak fra fylkesnemnda «kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke». Det fremgår av ordlyden at barnevernssaker ikke kan behandles i høyere instanser uten samtykke fra lagmannsretten. Videre fremkommer det av tvl. § 36-10 (3) at samtykke bare kan gis når:

- a. anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak,*
- b. det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er framkommet nye opplysninger,*
- c. det er vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling, eller*
- d. dommen går ut på tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda»*

En streng praktisering av samtykkereglene førte til at flere av sakene i EMD mot Norge kun var til realitetsbehandling i tingrettene før sakene ble tatt opp til EMD. Det har imidlertid skjedd en utvikling på dette området de siste årene, der flere barnevernssaker blir behandlet i høyere rettsinstanser. Denne utviklingen har trolig sammenheng med alle barnevernssakene i EMD mot Norge, og storkammeravgjørelsene i Høyesterett i 2020 – HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S. Når jeg foretar et søk på rettsavgjørelser på Lovdata som knytter seg til bvl. § 4-19 fra 2020 og tiden etter, er det tydelig at flere barnevernssaker som omhandler bvl. § 4-19 har vært til behandling i lagmannsretten og Høyesterett de siste årene, enn det som har vært tilfellet i tiden før 2020.

1.3 Avgrensninger

I denne oppgaven vil det avgrenses mot å foreta en avansert drøftelse om omfanget av samværet, men jeg vil kort redegjøre for innholdet av dette i punkt. 3.1.2. Jeg har valgt å avgrense på denne måten ettersom hovedfokuset i oppgaven vil være i hvilke tilfeller samvær kan nektes etter bvl. § 4-19 (2) eller nektes eller sterkt begrenses etter den nye barnevernsloven § 7-2, i tilfeller der omsorgsovertakelse allerede har skjedd.

¹³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

Ved drøftelsen av EMDs krav om «exceptional circumstances» (punkt. 4.2), har jeg valgt å fokusere kun på de EMD-dommene som har blitt avsagt mot Norge. Ved behandlingen av kravet i norsk rettspraksis om «spesielle og sterke grunner» (punkt 4.3), ser jeg kun på høyesterettspraksis.

Videre vil det avgrenses mot inngående drøftelser om samvær mellom andre enn foreldrene og barnet. Hovedfokuset vil være i hvilke tilfeller foreldre kan nektes samvær med barnet.

1.4 Metode

1.4.1 Innledning

Bestemmelsene i barnevernloven er utgangspunktet ved spørsmålet om samvær kan nektes. Samværnektelse er et inngripende tiltak, og man må derav også forholde seg til Grunnloven, EMK og FNs barnekonvensjon (heretter BK)¹⁴. Følgelig er det relevant å redegjøre for hvordan norsk rett stiller seg til EMDs praksis, samt å få frem metoden til EMD og hvordan EMD forholder seg til EMK og barnekonvensjonen.

Utgangspunktet for avhandlingen er alminnelig juridisk metode, slik som det er gjort rede for i «Rett og rettsanvendelse», skrevet av Jens Edvin A. Skoghøy.¹⁵

1.4.2 Metode etter norsk rett

I norsk rett kommer menneskerettighetene til uttrykk i Grunnlovens kapittel E og menneskerettsloven (heretter mrl.)¹⁶. Det fremgår av mrl. § 3 at bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er oppstilt i mrl. § 2 «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». EMK og barnekonvensjonen går følgelig foran norsk rett, jf. mrl. §§ 3 og 2 første ledd og fjerde ledd. Det følger også av presumsjonsprinsippet at norske rettsregler, så langt det er mulig, skal tolkes slik at de er i samsvar med folkerettslige regler som Norge er bundet av.¹⁷

¹⁴ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen).

¹⁵ Skoghøy (2018).

¹⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁷ Skoghøy (2018) s. 39.

Ved samværsnektelse er særlig to bestemmelser i Grunnloven av betydning. Grl. § 102 sikrer retten til respekt for familielivet og Grl. § 104 ivaretar barns menneskeverd. I Rt. 2015 s. 93 (Maria) slår Høyesterett fast hvilke utgangspunkter som gjelder ved tolkning av Grunnloven sett opp mot menneskerettighetskonvensjonene. I dommens avsnitt 57 uttaler Høyesterett at Grl. § 102 «skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene», men på en slik måte at fremtidig praksis fra de internasjonale organene «ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene» – følgelig er det Høyesterett sin oppgave å «tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».

1.4.3 EMDs metode

I folkeretten er det vanlig å ta utgangspunkt i Wien-konvensjonen¹⁸ sine tolkningsmetoder. Det innebærer at ordlyden i en traktat er utgangspunktet, og at traktaten skal tolkes «in good faith», jf. Wien-konvensjonen art. 31. EMD har imidlertid slått fast at «the Convention is a living instrument»¹⁹, noe som medfører at EMD må tolke EMK dynamisk. Hensikten med en dynamisk tolkning av konvensjonen er at EMD skal få sikret menneskerettighetene, slik at rettighetene i konvensjonen kan være effektive og praktiske.²⁰

I norsk rett har man tradisjon for å legge stor vekt på lovforarbeider, i motsetning til EMD, som ikke har forarbeider å forholde seg til. EMD legger heller stor vekt på egen praksis – der de utvikler retten videre gjennom praksis.

Det fremgår av EMK art. 19 at EMD skal sikre at partene som har tilsluttet seg konvensjonen, overholder forpliktelsene. Partene er forpliktet til å følge EMDs avgjørelser i de sakene de er part i, jf. EMK art. 46. EMD har jurisdiksjon i «alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller», jf. EMK art. 32.

¹⁸ Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT) av 23. mai 1969.

¹⁹ *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

²⁰ *Christine Goodwin mot Storbritannia* avsnitt 74.

Hvor stor prøvingsintensitet domstolen har, beror på hvilket inngrep det er tale om. EMD har en «stricter scrutiny» i saker hvor det er strengere tiltak, slik som ved nekting av samvær.²¹ Følgelig har EMD en større prøvingsintensitet i saker om samværsnektelse.

Det kan se ut til at EMD legger større vekt på barnets interesser enn tidligere, ettersom EMD viser til barnekonvensjonen i saker som omhandler barn. I storkammerdommen *Abdi Ibrahim mot Norge*, viste EMD til barnekonvensjonens artikler 3, 5, 8, 9, 14, 20, 21 og 30, når EMD redegjorde for hvilke bestemmelser som gjorde seg gjeldende i den aktuelle saken.²² EMD legger også vekt på hensynet til barnets beste, både etter BK art. 3 og EMK art. 8. Domstolen har slått fast at det er bred enighet i internasjonal rett om at barnets interesser «must be taken into account» og er av «paramount importance» i saker som omhandler barn.²³

Avslutningsvis understrekes det at EMD og norske domstoler har ulike roller. Norske domstoler skal ta stilling til realiteten i en barnevernssak, og avsi en bindende dom for partene. Videre har de norske domstolene en nærhet til tid og rom, noe EMD ikke har. EMD fungerer ikke som en fjerde rettsinstans, men er heller en instans som skal foreta en vurdering om det foreligger brudd på EMK.

1.5 Inndeling av oppgaven

Innledningsvis vil jeg redegjøre for menneskerettighetene og de grunnleggende prinsippene som er aktuelle i barnevernssaker om samværsnektelse i punkt 2. Videre vil jeg se på innholdet i de aktuelle bestemmelsene i barnevernloven og den nye barnevernsloven i punkt 3. Deretter skal jeg få frem hva som følger av høyesterettspraksis og EMDs praksis i punkt 4. I punkt 5 vil jeg ta stilling til om høyesterettspraksis samsvarer med EMDs praksis. Punkt 6 er en avslutning på avhandlingen.

²¹ *Johansen mot Norge* avsnitt 64.

²² *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 73.

²³ *Jansen mot Norge* avsnitt 91.

2 Menneskerettigheter og grunnleggende prinsipper i barnevernsretten

2.1 Innledning

Ved nekting av samvær gjør ulike menneskerettigheter og prinsipper seg gjeldende. Menneskerettighetene og de grunnleggende prinsippene som er aktuelle kan utledes av barnevernloven, Grunnloven, EMK og BK. Både barn og foreldre er beskyttet av menneskerettigheter som det må tas hensyn til i saker om samværsnektelse. Videre er det grunnleggende prinsipper som kan utledes av barnevernloven og de internasjonale konvensjonene som vil være med i vurderingen av om samvær kan nektes.

Det kan være motstrid mellom interessene til barnet og interessene til foreldrene. I noen saker kan barnets og foreldrenes rett til respekt for familielivet tale for en løsning, mens barnets rett til beskyttelse kan tale for en annen løsning. Derfor er det av stor betydning å avveie rettighetene mot hverandre.

I det videre vil jeg redegjøre for det menneskerettslige vernet om retten til respekt for familielivet (punkt 2.2) og barnets rett til beskyttelse (punkt 2.3). Deretter ser jeg på hensynet til barnets beste (punkt 2.4), det mildeste inngreps prinsipp (punkt 2.5), det biologiske prinsipp (punkt 2.6), barnets medvirkningsrett (punkt 2.7) og gjenforeningsmålet (punkt 2.8).

2.2 Retten til respekt for familielivet

Ethvert tiltak etter barnevernloven vil være et inngrep i retten til respekt for familielivet. Retten til respekt for familielivet er beskyttet i Grl. §§ 102 og 104 og EMK art. 8, og videre har barn et ytterligere vern i BK art. 9 og art. 16. Retten til respekt for familielivet er ikke absolutt.²⁴

For at inngrep i retten til respekt for familielivet skal være lovlig, oppstilles det krav til når inngrep kan forekomme. Det følger av Grl. § 102 (1) at enhver har «rett til respekt» for sitt «familieliv». Det fremgår ikke direkte av Grl. § 102 i hvilke tilfeller det er lovlig med inngrep i retten til respekt for familielivet. Grl. § 102 har imidlertid «sammenfallende innhold» som EMK art. 8.²⁵ Derav tas det utgangspunkt i EMK art. 8 som lyder som følgende:

²⁴ Prop. 133 L (2020-2021) s. 38.

²⁵ HR-2017-2015-A avsnitt 46.

«1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

«Enhver» har rett til respekt for familielivet, noe som innebærer at alle har en slik rettighet. Med retten til respekt for sitt «familieliv» menes at barn og foreldre har rett til å leve sammen og ha kontakt med hverandre. Staten har en plikt til å ha «respekt» for familielivet, dette medfører at staten som utgangspunkt skal legge til rette for at familien får være sammen og skal avstå fra å gjøre inngrep.

Kriteriene for å gjøre «inngrep» i retten til familieliv er at inngrepet må være «i samsvar med loven», ha et legitimt formål og «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK art. 8 nr. 2.

At inngrep må være «i samsvar med loven» innebærer at det må være en lovfestet adgang til å gjøre inngrep. Følgelig er det et hjemmelskrav ved inngrep i retten til familieliv. Bvl. § 4-19 tilfredsstillende dette kravet, ved nektelse av samvær.

For at det skal kunne gjøres et rettmessig inngrep i retten til familieliv må det være «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å ivareta spesifikke formål. Det aktuelle formålet i barnevernssaker, er å beskytte andres rettigheter og friheter. Det har vært enighet i alle sakene til EMD mot Norge at inngrepene hadde legitime formål – å beskytte barnet.

Nødvendighetskravet innebærer at de aktuelle tiltakene må være egnet, og kan ikke være mer inngripende enn formålet tilsier.²⁶ Nødvendighetskravet må følgelig være oppfylt for å kunne foreta inngrep. Derav må det være forholdsmessighet mellom de mål og midler som gjør seg gjeldende ved inngrepet.²⁷ Det er dette som har vært det springende punktet i alle barnevernssakene for EMD.

²⁶ Bendiksen og Haugli (2021) s. 189.

²⁷ Bendiksen og Haugli (2021) s. 189.

Som nevnt har barn også et selvstendig vern etter barnekonvensjonen. Det fremkommer av BK art. 9 nr. 1 at barn ikke skal bli «skilt fra sine foreldre mot deres vilje», unntatt når kompetente myndigheter kan gjøre det «i samsvar med gjeldende lover», i de tilfeller hvor det er «nødvendig av hensyn til barnets beste». Videre følger det av BK art. 16 nr. 1 at barn ikke skal utsettes for «vilkårlig eller ulovlig innblanding» i «sin familie».

Retten til respekt for familielivet er essensielt ved spørsmål om samvær kan nektes. Tiltak etter barnevernloven er et inngrep i retten til respekt for familielivet i seg selv.

Samværsektelse er imidlertid langt mer inngripende enn eksempelvis omsorgsovertakelse. Såpass inngripende tiltak som samværsektelse og adopsjon er nærmest på nivå med å nekte å respektere retten til familielivet. Derfor er det av stor viktighet å foreta en vurdering av om inngrepet er i samsvar med lov og nødvendig i et demokratisk samfunn – og derav er lovlig.

2.3 Barnets rett til beskyttelse

Barnets rett til beskyttelse kommer til uttrykk flere steder. Det følger av Grl. § 104 (1) første pkt. at «barn» har «krav på respekt for sitt menneskeverd». Hva som er innholdet i retten til respekt for barns menneskeverd fremgår videre av Grl. § 104 (1) annet pkt.: Barn har «rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv», og «deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling». Barn har også «rett til vern om sin personlige integritet» og staten skal legge til rette for «barnets utvikling», jf. Grl. § 104 (3).

Konvensjonspartene er pliktige til å sikre barn «beskyttelse» og «omsorg», jf. BK art. 3 nr. 2. Barnets rett til beskyttelse følger også av BK art. 6 nr. 2, hvor det kommer frem at partene skal sikre at «barnet overlever og kan vokse opp». Videre skal barn beskyttes mot alle former for «fysisk eller psykisk vold», «misbruk», «mishandling» og lignende, jf. BK art. 19 nr. 1.

Det er ingen bestemmelser i EMK som uttrykkelig retter seg mot beskyttelse av barn, men barn blir likevel beskyttet gjennom bestemmelsene i konvensjonen, slik som ved retten til respekt for familielivet etter EMK art. 8 nr. 1 og beskyttelse mot tortur etter EMK art. 3.

Barnets rett til beskyttelse og retten til respekt for familielivet har nær sammenheng.

Rettighetene kan i flere tilfeller tale for samme utfall, men kan også ofte være i motstrid med hverandre. Barnets rett til beskyttelse kan eksempelvis ikke gjennomføres i enkelte saker uten inngrep i retten til respekt for familielivet.

2.4 Barnets beste

Barnets beste er lovfestet i flere bestemmelser. Det fremgår av bvl. § 4-1 første pkt. at det ved anvendelse av bestemmelsene i barnevernloven kapittel 4 «skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet». Det følger av ordlyden at barnets beste står ekstra sterkt etter barnevernloven, ved at det skal tillegges «avgjørende vekt». Videre fremkommer det av Grl. § 104 (2) at «ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Det følger av BK art. 3 nr. 1 at ved «alle handlinger som berører barn», skal «barnets beste» være et «grunnleggende hensyn».

Det er ingen bestemmelser i EMK om barnets beste, men det fremgår av EMDs praksis at det er bred enighet i internasjonal rett at barnets beste er «of paramount importance» i saker der barn er involvert.²⁸

I barnevernsaker er det flere momenter og hensyn som kan tale for og imot hverandre. Hvilke hensyn som skal tillegges mest vekt vil bero av den enkelte sak, men det er likevel bred enighet om at barnets beste vil ha avgjørende vekt etter ordlyden i bvl. § 4-1 første pkt. Det følger blant annet av nyere høyesterettspraksis at ved vurderingen av samvær skal barnets beste være det overordnede hensyn.²⁹

At noe vil være til barnets beste er naturligvis ikke nok i seg selv for å foreta inngrep etter barnevernloven, lovens øvrige vilkår må også være oppfylt.³⁰

Barnets beste må «konkretiseres opp mot det enkelte barns behov og totale livssituasjon».³¹

2.5 Det mildeste inngreps prinsipp

Hensikten med det mildeste inngreps prinsipp er at barneverntjenesten kun skal benytte seg av de tiltakene som må til for å oppnå et ønskelig formål. Det mildeste inngreps prinsipp er ikke lovfestet. Prinsippet kan imidlertid utledes av blant annet bvl. § 4-12 (2). Det følger av bestemmelsen at et vedtak om omsorgsovertakelse bare kan treffes når det er «nødvendig» i barnets situasjon. Det vil ikke være «nødvendig» dersom «tilfredsstillende forhold for barnet»

²⁸ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 204.

²⁹ HR-2020-662-S avsnitt 137.

³⁰ Bendiksen og Haugli (2021) s. 190.

³¹ NOU 2012:5 s. 41.

kan skapes gjennom «hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11». Nødvendighetskravet i bvl. § 4-12 henger nært sammen med nødvendighetskravet etter EMK art. 8 om retten til respekt for familielivet, som jeg var innom i punkt 2.2.³²

I forarbeidene til ny lov om barnevern ble det foreslått at prinsippet skal lovfestes, noe som «innebærer en tydeliggjøring av gjeldende rett».³³ Forslaget til den nye bestemmelsen lød slik: «Barnevernets tiltak skal ikke være mer omfattende enn det som er nødvendig, og skal gjennomføres så skånsomt som mulig.»³⁴ Forslaget fikk imidlertid ikke gjennomslag, og er ikke lovfestet i den nye barnevernsloven.

2.6 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp har en sammenheng med det mildeste inngreps prinsipp. Prinsippet ivaretar et ønske om at barn vanligvis skal få vokse opp sammen med foreldrene, og dersom det ikke er mulig skal det tilrettelegges for at de kan ha kontakt med hverandre.³⁵ Videre har det biologiske prinsipp nær sammenheng med retten til respekt for familielivet.

I likhet med det mildeste inngreps prinsipp er heller ikke det biologiske prinsipp lovfestet. Prinsippet kan likevel utledes av blant annet bvl. § 4-21 (1) første pkt., hvor det fremgår at vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves når det er «overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg». Prinsippet kan også utledes av systemet i barnevernloven, hvor det kreves sterke grunner for å skille barn og foreldrene.

Det biologisk prinsipp er et omdiskutert prinsipp, og ble utredet av Raundalenuutvalget i 2011.³⁶ I den forbindelse foreslo utvalget et nytt overordnet prinsipp kalt «det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp», som skulle tillegges avgjørende vekt i blant annet barnevernssaker om samvær.³⁷ Forslaget fikk ikke gjennomslag, og det ble slått fast i etterkant at hensynet til barnets beste fremdeles skal være det avgjørende prinsippet.³⁸

³² Bendiksen og Haugli (2021) s. 189.

³³ NOU 2016:16 s. 249.

³⁴ NOU 2016:16 s. 271.

³⁵ Bendiksen og Haugli (2021) s. 189-190.

³⁶ NOU 2016:16 s. 48.

³⁷ NOU 2016:16 s. 49.

³⁸ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82.

2.7 Barnets medvirkningsrett

Barnets rett til medvirkning kommer til uttrykk i flere lovbestemmelser. Det fremkommer av GrL § 104 (1) annet pkt. at barn har en «rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv», der «deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling».

Videre følger det av BK art. 12 nr. 1 at i de tilfeller et barn er «i stand til å danne seg egne synspunkter» har barnet rett på å «fritt gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet». Synspunktene vil vektlegges i tråd med barnets «alder og modenhet».

Ved lovendringen i april 2018 ble barnets medvirkningsrett lovfestet i en ny bestemmelse i bvl. § 1-6. Bestemmelsen tar for seg tilsvarende vurderinger som de som fremgår av Grunnloven og barnekonvensjonen – barn som er i stand til å danne seg synspunkter har rett til å medvirke dersom alder og modenhet tilsier det. Noe som ikke følger uttrykkelig av de andre bestemmelsene, men som kommer frem av bvl. § 1-6, er at barnet har krav på å få «tilstrekkelig og tilpasset informasjon». Dette er helt sentralt for at barnet skal få muligheten til å danne seg en mening.³⁹ Den nye bestemmelsen om barnevernets plikt til å samarbeide med barn og foreldre etter bvl. § 1-7, bidrar til å styrke barns medvirkningsrett ytterligere.

2.8 Gjenforeningsmålet

Målsetningen om gjenforening går ut på at barnet og foreldrene skal føres tilbake til hverandre. Gjenforeningsmålet kommer til uttrykk i barnevernloven. Det fremkommer av bvl. § 4-16 siste pkt. at når «hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, jf. § 4-21». Følgelig skal det legges opp til å føre barnet og foreldrene tilbake til hverandre, dersom det er i tråd med hensynet til barnet.

Videre har fylkesnemnda en plikt til at vedtak om omsorgsovertakelse oppheves «når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg», jf. bvl. § 4-21 (1) første pkt. Det gjelder imidlertid ikke hvis barnet har fått «slik tilknytning til mennesker og miljø» der barnet befinner seg, at det etter «en samlet vurdering» kan få «alvorlige problemer» for barnet dersom barnet flyttes, jf. bvl. § 4-21 (1) annet pkt.

³⁹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 191.

Gjenforeningsmålet står sentralt i EMDs praksis. Det følger av *Strand Lobben med flere mot Norge* at hensynet til gjenforening ved separasjon er en «inherent considerations» i retten til respekt for familieliv etter EMK art. 8.⁴⁰ Videre uttaler domstolen at omsorgsovertakelse bør regnes som et midlertidig tiltak, som skal avsluttes når omstendighetene taler for det, og burde være «consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child».⁴¹

I *K.O. og V.M mot Norge* uttalte EMD at gjenforeningsmålet normalt ikke kan forventes å være «sufficiently supported», hvis det er «intervals of weeks, or even – as in the instant case – as much as months, between each contact session».⁴²

⁴⁰ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 205.

⁴¹ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 208.

⁴² *K.O. og V.M. mot Norge* avsnitt 69.

3 Samvær

3.1 Retten til samvær

3.1.1 Innledning

I de tilfellene det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, må fylkesnemnda ta stilling til om barn og foreldre har rett til samvær med hverandre, jf. bvl. § 4-19 (2) første pkt. Det fremgår av bvl. § 4-19 (1) at lovens utgangspunkt er at «[b]arn og foreldre» har «rett til samvær med hverandre», «hvis ikke annet er bestemt».

Det samme systemet videreføres etter den nye barnevernsloven § 7-1, hvor utgangspunktet er at barnet og foreldrene har «rett til samvær» «med hverandre», «hvis ikke annet er bestemt». I den nye lovens § 7-1 er det også lovfestet en rett for barn og foreldre til å ha «kontakt» med hverandre. Videre fremkommer det av den nye barnevernsloven § 7-2 (1) første pkt. at når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal «barneverns- og helsenemnda» fastsette samvær. I forlengelsen av dette kan nemnda «sette vilkår for samværet», herunder beslutte om det skal være «tilsyn under samværet», jf. barnevernsloven § 7-2 (1) annet pkt.

Ved fastsettelse av omfanget av samværsretten mellom barn og foreldre, må det «i første rekke» bli vektlagt «den verdi det kan ha for barnet at kontakten med de biologiske foreldrene opprettholdes». ⁴³ Forarbeidene samsvarer med BK art. 9 nr. 3, som slår fast at partene har en plikt til å «respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre» har til å «opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig». Dette gjelder absolutt «med mindre dette er i strid med barnets beste».

I saker der det må tas tilling til spørsmål om samvær er utgangspunktet at man skal finne tiltak som vil være til barnets beste, jf. bvl. § 4-1 første pkt. Høyesterett uttalte i storkammeravgjørelsen HR-2020-662-S i avsnitt 116 at ved anvendelsen av bvl. § 4-19 vil bvl. § 4-1 «legge føringer» – det skal derav «legges avgjørende vekt på å fastsette et samvær som er til barnets beste». Videre fremgår det av samme avsnitt at som «utgangspunkt er det best for barn å ha et samvær med foreldrene som styrker og utvikler båndet mellom dem.»

⁴³ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 112

Det følger av bvl. § 4-21 (1) første pkt. at vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 i utgangspunktet er midlertidig og skal opphøre når det er «overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg». Videre fremkommer det av EMDs praksis at vedtak om omsorgsovertakelse i utgangspunktet er ment å være midlertidige, der målet er at familien kan gjenforenes.⁴⁴

3.1.2 Omfanget av samværsretten

I saker der det er «fattet vedtak om omsorgsovertakelse» har «fylkesnemnda» en plikt til å ta stilling til «omfanget av samværsretten», jf. bvl. § 4-19 (2) første pkt. Ved fastsettelse av omfanget av samværsretten må det foretas en skjønnsmessig vurdering. Det er flere momenter som skal dras inn i helhetsvurderingen. Samværsrettens omfang vil bero på hva som er best i den enkelte sak. Det skal imidlertid «legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet», jf. bvl. § 4-1 første pkt.

Videre vil «vedtakets varighet» og hva som er «målsetningen med vedtaket» i praksis være bestemmende ved spørsmål om samværsrettens omfang.⁴⁵ Dette innebærer at det vil være ulikt omfang av samværsrett ved kortsiktig og langvarig plassering.

Ved kortvarig plassering – når vanskelighetene vil være «forbigående», der foreldrene eksempelvis har «blitt syke eller skadet ved en ulykke» – bør det «sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldrene og barnet holdes best mulig ved like».⁴⁶ I slike tilfeller vil det være gode muligheter for tilbakeføring, og det bør som følge av dette legges godt til rette for større omfang av samvær.

Ved langvarig plassering – der man må gå ut fra at det vil ta «meget lang tid» før foreldrene kan gi barnet «forsvarlig omsorg» – vil mulighetene for tilbakeføring være mindre.⁴⁷ Som følge av dette bør det legges opp til mer samvær ved kortsiktig plassering enn ved langvarig plassering.

⁴⁴ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁴⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 51.

⁴⁶ NOU 1985:18 s. 162.

⁴⁷ NOU 1985:18 s. 162.

Skillet med kortvarig og langvarig plassering har imidlertid forandret seg i nyere rettspraksis, og skal ikke være like sterkt. Videre har gjenforeningsmålet blitt mye tydeligere i norsk rettspraksis etter saken *Strand Lobben med flere mot Norge*. Det følger av HR-2020-662 avsnitt 125 at utgangspunktet i den konkrete vurderingen er at en omsorgsovertakelse – enten den forventes å være kortvarig eller langvarig – «skal være av midlertidig karakter». Det fremgår av samme avsnitt at målsetningen «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». Det understrekes imidlertid at når hensynet til barnet taler klart for at samvær bør begrenses, «kan man ikke se bort fra dette ut fra en overordnet og generell målsetning om gjenforening», jf. HR-2021-474-A avsnitt 48.

Ulike forhold ved barnet vil være høyst relevant i vurderingen, ettersom det skal legges avgjørende vekt på å treffe tiltak som er til barnets beste, jf. bvl. § 4-1 første pkt. En slik vurdering lar seg ikke gjennomføre uten at flere faktorer ved barnet trekkes inn. Det fremgår av HR-2021-474 avsnitt 53 at «[b]arnets sårbarhet og hvordan barnet påvirkes av kontakt med foreldrene er sentralt for samværsomfanget». I samme avsnitt trekkes det frem at «[b]arnets behov», «hvordan barnet klarer seg etter omsorgsovertakelsen» og «barnets tilknytning til sine biologiske foreldre» er av betydning i vurderingen. Avslutningsvis i samme avsnitt påpekes det at «barnets eget syn» vil ha «stor vekt» dersom «barnets modenhet og alder» tilsier det. I avsnitt 56 fremhever Høyesterett også «hensynet til at barnet får en trygg og god relasjon til fosterhjemmet».

Forhold ved foreldrene er også et sentralt vurderingsmoment. Det følger av HR-2021-474 avsnitt 54 at foreldrene må «vise evne til å endre seg der det er nødvendig», men ettersom samvær også kan være vanskelig for foreldrene må det «være rom for samvær også om foreldrene strever med å ta til seg veiledningen». I tilfeller der foreldrene ikke kan gi barnet forsvarlig omsorg – eksempelvis der «foreldrene er umodne, psykisk utviklingshemmede eller fysisk syke» – kan det likevel være grunner som taler for at det vil være positivt for barnet med samvær.⁴⁸ «Rusmisbruk og/eller psykiske lidelser» vil være forhold som trekker sterkere i retning av at samværet bør begrenses.⁴⁹ Når det er «fare for mishandling og seksuelle

⁴⁸ Bendiksen og Haugli (2021) s. 277.

⁴⁹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 277.

overgrep», er det kun aktuelt med samvær «dersom det kan utøves på en måte hvor barnet kan tryggges».⁵⁰

Et ytterlige moment i helhetsvurderingen er tilknytningen barnet har til foreldrene og hvilke erfaringer som kan utledes av tidligere samvær. Dersom det har vært negative erfaringer fra tidligere samvær vil det naturligvis tale for mindre samvær, og i tilfeller erfaringene er positive vil det tilsi at samvær bør fortsette. Et barn som har sterk tilknytning til foreldre, bør også trekke i retning av samvær. I tilfeller det har vært «sterk konflikt» mellom de biologiske foreldrene og barnevern eller fosterforeldrene – og barnet blir eksponert for konfliktene – kan det ha betydning for samværsfastsettelsen.⁵¹

3.2 Samværsnektelse etter barnevernloven § 4-19 og den nye barnevernsloven § 7-2

3.2.1 Innledning

Når det foreligger tvil om samvær mellom barnet og foreldrene vil være til barnets beste, må det foretas en vurdering om samvær kan nektes eller om det bør begrenses sterkt. I de tilfellene samværet nektes eller blir sterkt begrenset, er det et enda større inngrep i retten til familielivet. Det følger av høyesterettspraksis at samvær «må fastsettes konkret i hver sak», der «barnets beste» skal være «det overordnede hensyn» i vurderingen.⁵² Det vil som utgangspunkt være til «barnets beste å bo sammen med sine foreldre», der målsetningen med samværene må være å «tilrettelegge for gjenforening.»⁵³ Bare i tilfeller det foreligger «spesielle og sterke grunner», kan gjenforeningsmålet gis opp og «samværet på det grunnlag begrenses sterkt eller falle helt bort».⁵⁴ Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.

I punkt 3.2.2 vil jeg først redegjøre for hva som er innholdet i barnevernsloven § 4-19 – som er gjeldende rett. Videre skal jeg se på den nye barnevernsloven § 7-2 i punkt 3.2.3. Deretter foretar jeg en sammenligning av de to bestemmelsene i punkt 3.2.4.

⁵⁰ Bendiksen og Haugli (2021) s. 277.

⁵¹ HR-2021-474 avsnitt 54.

⁵² HR-2020-662-S avsnitt 137.

⁵³ HR-2020-662-S avsnitt 137.

⁵⁴ HR-2020-662-S avsnitt 138.

3.2.2 Innholdet av barnevernloven § 4-19

Det følger av gjeldende rett i barnevernloven § 4-19 (1) og (2) at:

«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 fremgår av bvl. § 4-19 (1) at utgangspunktet er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre. I de tilfellene det er «fattet vedtak om omsorgsovertakelse» har «fylkesnemnda» en plikt til å ta stilling til «omfanget av samværsretten», men kan «av hensyn til barnet» slå fast at det «ikke skal være samvær», jf. bvl. § 4-19 (2) første pkt. Følgelig fremkommer det av ordlyden i bestemmelsen at fylkesnemnda har en adgang til å nekte samvær.

Bortsett fra at «hensyn til barnet» er sentralt i vurderingen, er bestemmelsen taus om hva som faktisk skal til for at samvær kan nektes. Det følger imidlertid av høyesterettspraksis helt tilbake til starten av 2000-tallet at det må «spesielle og streke grunner» til for at samvær skal nektes.⁵⁵ Som nevnt kommer jeg tilbake til kravet om «spesielle og sterke grunner» i punkt 4.

Videre fremkommer det av barnevernloven § 4-19 (2) annet pkt. at fylkesnemnda også kan «bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er». Følgelig kan barn leve på sperret adresse i enkelte tilfeller. Det er særlig i saker hvor det er reell kidnappingsfare, eller når foreldrene er voldelige og truende at det er aktuelt med sperret adresse.⁵⁶

3.2.3 Innholdet av den nye barnevernsloven § 7-2

I den nye barnevernsloven § 7-2 (1), (2) og (3) fremgår det at:

«Når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse, skal barneverns- og helsenemnda fastsette samvær mellom barnet og foreldrene. Nemnda kan sette vilkår for samværet, herunder bestemme at det skal føres tilsyn under samværet.

⁵⁵ Rt. 2002 s. 908 s. 913.

⁵⁶ Bendiksen og Haugli (2021) s. 283.

Nemndas vedtak om samvær skal baseres på en konkret vurdering. Det skal blant annet tas hensyn til barnets behov for beskyttelse, barnets utvikling, samt barnets og foreldrenes mulighet til å opprettholde og styrke båndene mellom seg. Samvær skal være til barnets beste.

Bare når det foreligger sterke og spesielle grunner, kan nemnda bestemme at samværet skal begrenses sterkt eller falle helt bort. På samme vilkår kan nemnda ved å treffe vedtak om skjult adresse også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.»

De gangene det er «truffet vedtak om omsorgsovertakelse» er «barneverns- og helsenemnda» pliktig til å fastsette samvær mellom barnet og foreldrene, jf. barnevernsloven § 7-2 (1) første pkt. Nemnda kan «sette vilkår for samværet», jf. barnevernsloven § 7-2 (1) annet pkt.

Noen av momentene det skal tas hensyn til i «en konkret vurdering» ved vedtak om samvær er «barnets behov for beskyttelse», «barnets utvikling», og «barnets og foreldrenes mulighet til å opprettholde og styrke båndene mellom seg», jf. barnevernsloven § 7-2 (2) første og annet pkt. Videre slås det fast at «barnets beste» er sentralt ved spørsmål om samvær, jf. barnevernsloven § 7-2 (2) tredje pkt.

Når det foreligger «sterke og spesielle grunner», har nemnda adgang til å fastslå at samværet «begrenses sterkt» eller kan «falle helt bort», jf. barnevernsloven § 7-2 (3) første pkt. Derav vil det ulovfestede kravet om «spesielle og sterke grunner» bli lovfestet i den nye loven. Den nye lovens § 7-2 (3) er en «presisering og videreføring» av bvl. § 4-19 (2).⁵⁷ Det lovfestede kravet om «sterke og spesielle grunner» er «gjeldende rett».⁵⁸ Følgelig forandrer ikke lovfestingen av «sterke og spesielle grunner» gjeldende rett, det er heller en kodifisering av vilkårene som har fulgt av ulovfestet rett.

Når det skal foretas en vurdering om det foreligger «sterke og spesielle grunner», både når samvær nektes helt og i tilfeller der samværet begrenses sterkt, taler det for at sterkt begrenset samvær sidestilles med nekting av samvær. Høyesterettspraksis har slått fast at samvær seks

⁵⁷ Prop.133 L (2020-2021) s. 562.

⁵⁸ Prop.133 L (2020-2021) s. 562.

ganger i året er å regne som «svært begrenset»⁵⁹, mens samvær to ganger i året kan «likestilles med nullsamvær».⁶⁰ Følgelig er en så sterk begrensning som samvær et par ganger i året likestilt med samværsnektelse.

Forholdsmessighetsvurderingen vil stille seg noe forskjellig, avhengig av om samværet nektes helt, eller det fastsettes samvær opptil seks ganger i året. Ved samværsnektelse får man ikke ha samvær med barnet i det hele tatt, og forholdsmessighetsvurderingen blir derav noe forskjellig. Både svært begrenset samvær og nektelse av samvær krever imidlertid spesielle og sterke grunner.

Videre kan nemnda etter «samme vilkår» treffe vedtak om «skjult adresse», der foreldrene ikke har «rett til å vite hvor barnet er», jf. barnevernsloven § 7-2 (3) annet pkt. Det følger av ordlyden «samme vilkår» at i tilfeller det foreligger «sterke og spesielle grunner», kan foreldrene bli nektet å vite hvor barnet befinner seg. Denne lovtolkningen bekreftes av forarbeidene.⁶¹

3.2.4 Sammenligning av barnevernsloven § 4-19 og den nye barnevernsloven § 7-2

Både dagens bvl. § 4-19 (2) første pkt. og den nye barnevernsloven § 7-2 (1) første pkt. slår fast at i de tilfellene det er truffet et vedtak om omsorgsovertakelse, må nemnda ta stilling til hvor mye samvær barnet og foreldrene skal ha med hverandre. Bestemmelsene har på dette punktet ulike formuleringer, ved henholdsvis «omfanget av samværsretten» etter bvl. § 4-19 (1) første pkt. og «fastsette samvær mellom barnet og foreldrene» etter den nye barnevernsloven § 7-2 (1) første pkt. Det er imidlertid ikke en endring av gjeldende rett, og det kan utledes det samme av bestemmelsene.

Det følger av den nye barnevernsloven § 7-2 (1) annet pkt. at «nemnda kan sette vilkår for samværet», og at det kan slås fast at det «skal føres tilsyn under samværet». Dette er heller ikke en forandring av gjeldende rett, det er imidlertid kun i den nye barnevernsloven sin bestemmelse at det kan utledes direkte fra lovteksten.

⁵⁹ HR-2021-1437-A avsnitt 63.

⁶⁰ HR-2019-788-U avsnitt 22.

⁶¹ Prop.133 L (2020-2021) s. 562.

Den nye barnevernsloven § 7-2 (2) skiller seg også fra bvl. § 4-19 ved at den redegjør for noen av momentene som skal hensyntas i den konkrete samværsvurderingen, samt at det slås klart fast at samvær skal være til det beste for barnet. Heller ikke dette er en endring av gjeldende rett, det er tale om en kodifisering av vurderingsmomentene i lovfestet form.

Det følger av den nye barnevernsloven § 7-2 (3) første pkt. at det må «sterke og spesielle grunner» til for at samvær «begrenses sterkt» eller kan «falle helt bort», dette fremgår imidlertid ikke direkte av bvl. § 4-19. Som nevnt tidligere endrer ikke lovfesting av «sterke og spesielle grunner» gjeldende rett, lovfesting av det som tidligere har vært et ulovfestet krav bidrar heller til å tydeliggjøre hva som er gjeldende rett.

Videre fremgår det både bvl. § 4-19 (2) annet pkt. og den nye barnevernsloven § 7-2 (3) annet pkt. at foreldrene kan nektes å vite hvor barnet befinner seg, og at barnet dermed lever på skjult adresse. Den nye barnevernsloven § 7-2 (3) annet pkt. skiller seg imidlertid fra bvl. § 4-19 (2) annet pkt. på et område. Det fremkommer av § 7-2 (3) annet pkt. at barnet kan leve på skjult adresse på «samme vilkår». Det er dermed et krav om at det må foreligge «sterke og spesielle grunner».

Samlet sett er det tydelig at den nye barnevernsloven § 7-2 er grundigere utformet enn bvl. § 4-19. Det som tidligere har fulgt av ulovfestet rett vil komme tydelig til uttrykk i loven.

4 Kravet om «spesielle og sterke grunner»

4.1 Innledning

Som nevnt følger det av flere høyesterettsdommer, deriblant Rt. 2002 s. 908, at det må «spesielle og sterke grunner» til for at samvær kan nektes.⁶² Det er flere momenter som vil være av betydning i vurderingen, men det er særlig i noen tilfeller hvor samværsnektelse er mer aktuelt. Eksempel på dette er saker hvor det er risiko for vold, risiko for seksuelle overgrep, når foreldrene har rusproblemer, ved psykiske lidelser hos foreldrene, samt når det er reell og aktuell kidnappingsfare.⁶³

EMD har et tilsvarende krav for at samvær skal kunne nektes – det må foreligge «exceptional circumstances».⁶⁴ Jeg tar for meg EMDs krav om «exceptional circumstances» i punkt 4.2 og norsk rett sitt krav om «spesielle og sterke grunner» i punkt 4.3.

4.2 EMDs krav om «exceptional circumstances»

4.2.1 Innledning

Det kreves «exceptional circumstances» for å nekte samvær.⁶⁵ Det er imidlertid verdt å merke seg at EMD i noen saker omtaler kravet som «exceptional circumstances», mens det i andre saker har blitt omtalt som «very exceptional circumstances». *Strand Lobben med flere mot Norge* er et eksempel på at EMD sier at det kreves «very exceptional circumstances».⁶⁶ I tiden før dommen sa EMD i saken *Johansen mot Norge* at det må foreligge «exceptional circumstances».⁶⁷ Selv om «very exceptional circumstances» kan tolkes som et strengere krav, fremstår det imidlertid ikke som at det er et skjerpet krav, ettersom EMD ikke uttaler noe som trekker i retning av at det er forskjellige standarder.

⁶² Rt. 2002 s. 908 s. 913.

⁶³ Bendiksen og Haugli (2021) s. 282.

⁶⁴ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁶⁵ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁶⁶ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

⁶⁷ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

I det følgende skal jeg se på hva som kan utledes av kravet om «exceptional circumstances», og hvilken terskel som kreves for å nekte samvær etter EMDs praksis. Ved redegjørelsen av kravet har jeg valgt å fokusere kun på EMD-avgjørelser mot Norge.

4.2.2 Strand Lobben med flere mot Norge:

Spørsmålene i storkammerdommen *Strand Lobben med flere mot Norge* omhandlet fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. Følgelig knytter ikke dommen seg direkte til nektelse av samvær, men det er flere aspekter i dommen som er av relevans og som kan utledes fra dommen. Storkammerdommen tar blant annet for seg flere prinsipper og vurderingskriterier som vil være av betydning i barnevernssaker. I den aktuelle dommen ble Norge dømt for brudd på EMK artikkel 8 om retten til respekt for familielivet.

Det fremgår av storkammerdommen at det er «well established» i EMD-praksis at «mutual enjoyment» mellom barnet og foreldrene av hverandres selskap, er et «fundamental element of family life», og tiltak som forhindrer slik gjensidig glede utgjør en «interference», og må være i tråd med EMK art. 8 for å være lovlig.⁶⁸ Følgelig kommer det biologiske prinsipp til uttrykk i avsnittet, og hensynet til at samvær mellom barnet og foreldrene som utgangspunkt er til det beste for barnet.

Det følger av dommen at det er bred enighet i internasjonal rett om at rettsavgjørelser hvor barn er involvert, vil barnets beste være «of paramount importance».⁶⁹ I forlengelsen av dette viser EMD til tidligere avgjørelser som omhandler ivaretagelse av barn, og understreker at «the child's interests must come before all other considerations».⁷⁰

Når EMD uttaler seg om at det skal legges særlig vekt på barnets beste, slår de fast at hensynet som utgangspunkt tilsier at familiebåndene «must be maintained», med mindre foreldrene er «proved particularly unfit».⁷¹ Videre sier EMD at familiebånd bare kan kuttes når det foreligger «very exceptional circumstances», og at «everything must be done to preserve personal relations».⁷² Det er en «important international consensus» om at barn ikke

⁶⁸ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 202.

⁶⁹ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 204.

⁷⁰ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 204.

⁷¹ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

⁷² *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

skal skilles fra foreldrene mot sin vilje, med mindre myndighetene – med hjemmel i lov – kommer til at det er «necessary for the best interests of the child».⁷³

EMD uttaler at et annet ledende prinsipp er at omsorgsovertakelse bør anses som et midlertidig tiltak, som avsluttes så fort omstendighetene tilsier det, og at andre tiltak som innebærer midlertidig omsorg burde være «consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child».⁷⁴ EMD uttaler også at målet om gjenforening er en «inherent considerations» i EMK art. 8.⁷⁵ Følgelig legger EMD stor vekt på gjenforeningsmålet.

I de tilfellene det er tale om «a considerable period of time» siden barnet fikk «public care», kan imidlertid hensynet til at barnets familiesituasjon ikke forandres igjen, gå foran «the interest of the parents to have their family reunited».⁷⁶ Derav kan gjenforeningsmålet oppgis, og samvær nektes på grunnlag av at barnets interesser går foran foreldrenes interesser.

4.2.3 Johansen mot Norge:

Johansen mot Norge er den første av en rekke barnevernssaker som ble tatt opp til EMD mot Norge, og er også den første barnevernssaken der Norge ble dømt for brudd på EMK artikkel 8. I den aktuelle saken hadde Adele Johansen blitt fratatt datteren allerede seks dager etter fødselen. EMD dømte Norge for brudd på EMK artikkel 8 som følge av at Adele Johansen ble fratatt foreldreansvaret og nektet samvær med datteren.

EMD har en adgang til å prøve saker om omsorgsovertakelse, men har «stricter scrutiny», altså en økt prøvingsintensitet, når det kommer til strengere tiltak slik som samværsnektelse.⁷⁷

EMD slår fast at omsorgsovertakelse vanligvis er ment å være et midlertidig tiltak, som skal opphøre så snart omstendighetene tilsier det, med et siktemål om at familien skal kunne gjenforenes.⁷⁸ I den forbindelse «a fair balance has to be struck» mellom interessene for at barnet fortsatt skal være i «public care» eller om barnet skal bli «reunited» med foreldrene.⁷⁹ I

⁷³ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

⁷⁴ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 208.

⁷⁵ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 205.

⁷⁶ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 208.

⁷⁷ *Johansen mot Norge* avsnitt 64.

⁷⁸ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁷⁹ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

denne avveiningen skal det legges avgjørende vekt på «the best interests of the child», og hensynet til barnet «may override those of the parents».⁸⁰

Videre uttaler EMD at tiltak slik som samværsnektelse kun burde benyttes hvis det foreligger «exceptional circumstances» og «could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests».⁸¹

4.2.4 Jansen mot Norge:

Saken gjaldt spørsmål om en mor kunne nektes samvær som følge av kidnappingsfare fra morfaren til barnet. Etter barnet ble født, levde moren og barnet hos morfaren, men ble kort tid etter kastet ut av morfaren, og flyttet deretter inn på et familiesenter.⁸² Rundt tre uker senere flyttet moren og barnet tilbake, men flyttet deretter ut igjen til et familiesenter grunnet at morfaren var voldelig mot moren til barnet.⁸³

Mens moren og barnet bodde på familiesenteret knivstakk morfaren et gift nabopar, ettersom han trodde de hadde hjulpet til med å flytte barnet og barnets mor til familiesenteret.⁸⁴ Moren og barnet bodde på familiesenteret i flere måneder, frem til de flyttet tilbake igjen.⁸⁵ I tiden etter ble barnet plassert i et akutt beredskapshjem, men kvinnen som tok seg av barnet ble forfulgt av en bil som viste seg å tilhøre morfaren.⁸⁶ Videre hadde barnets far blitt truet av morfaren til barnet og andre slektninger, noe som førte til bekymringer for at barnets far ville gi opplysninger til dem dersom han ble kjent med hvor barnet befant seg.⁸⁷

Saken ble behandlet i Høyesterett, men ble sendt tilbake til lagmannsretten, der det måtte foretas en vurdering om det forelå en reell kidnappingsfare. Lagmannsretten kom til at det var en reell kidnappingsfare både ved samvær og hvis familien til barnets mor fikk kjennskap til

⁸⁰ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁸¹ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁸² *Jansen mot Norge* avsnitt 6.

⁸³ *Jansen mot Norge* avsnitt 6.

⁸⁴ *Jansen mot Norge* avsnitt 7.

⁸⁵ *Jansen mot Norge* avsnitt 8.

⁸⁶ *Jansen mot Norge* avsnitt 12.

⁸⁷ *Jansen mot Norge* avsnitt 55.

fosterfamiliens identitet og adresse.⁸⁸ Saken ble ikke tatt opp til ny behandling i Høyesterett.⁸⁹ EMD konkluderte med at Norge handlet i strid med EMK art. 8.

EMD uttaler at nasjonale myndigheter har en «margin of appreciation», og at dette vil variere utfra sakens alvorlighet, der hensynet til å beskytte barnet avveies mot gjenforeningsmålet.⁹⁰ EMD understreker imidlertid at det kreves «a stricter scrutiny» blant annet i tilfeller det er restriksjoner på «parental rights of access», og ved «any legal safeguards» som skal sikre retten til respekt for familielivet.⁹¹ Dette begrunner EMD med at slike sterke begrensinger som samværsnekt, vil utgjøre en fare for at familierelasjonen blir «effectively curtailed».⁹²

Det er bred enighet i internasjonal rett at avgjørelser som omhandler barn, vil barnets interesser være av «paramount importance».⁹³ Saker som omhandler omsorg av barn og samværsrestriksjoner, må barnets interesser komme foran «all other considerations».⁹⁴ Dette innebærer at barnets bånd med familien skal opprettholdes, med mindre familien er «proved particularly unfit» – derfor vil barnets interesser komme foran interessene til foreldrene i tilfeller der tiltak vil «harm the child's health and development».⁹⁵ Derav kan tiltak som skiller barnet og foreldrene kun foretas dersom det foreligger «exceptional circumstances».⁹⁶

Ved behandlingen av omstendighetene i saken uttalte EMD at lagmannsretten ikke hadde nevnt eksplisitt at moren og barnet ikke hadde sett hverandre på tre år.⁹⁷ Videre ble lagmannsretten kritisert for at de ikke fokuserte på gjenforening mellom barnet og moren, og at de heller ikke hadde prøvd å legge til rette for gjenforening i nær fremtid.⁹⁸ Lagmannsretten fikk ytterligere kritikk for at de heller hadde fokusert på en potensiell kidnapping, og de

⁸⁸ *Jansen mot Norge* avsnitt 39.

⁸⁹ *Jansen mot Norge* avsnitt 65.

⁹⁰ *Jansen mot Norge* avsnitt 89 og 90.

⁹¹ *Jansen mot Norge* avsnitt 90.

⁹² *Jansen mot Norge* avsnitt 90.

⁹³ *Jansen mot Norge* avsnitt 91.

⁹⁴ *Jansen mot Norge* avsnitt 91.

⁹⁵ *Jansen mot Norge* avsnitt 92.

⁹⁶ *Jansen mot Norge* avsnitt 93.

⁹⁷ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

⁹⁸ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

eventuelle konsekvensene av kidnapping.⁹⁹ EMD var også kritisk til at separasjon mellom moren og barnet kunne føre til at barnet ikke ble kjent med sin rom-bakgrunn.¹⁰⁰

Avslutningsvis sa EMD at selv om norske myndigheter hadde lagt vekt på det de mente ville være til det beste for barnet, ville det i den aktuelle saken være potensielle negative langsiktige virkninger ved å miste kontakt med moren.¹⁰¹ Målet om gjenforening hadde heller ikke blitt «sufficiently weighed in the balancing exercise».¹⁰²

Det som kan utledes av dommen er at EMD legger større vekt på målet om gjenforening og det biologiske prinsipp enn det norske rett gjorde i den aktuelle saken. Lagmannsretten la større vekt på hensynet til å beskytte barnet og barnets beste, enn det EMD gjorde i saken. Videre kommer det mildeste inngreps prinsipp til uttrykk i EMD-avgjørelsen, ettersom lagmannsretten kunne kommet til at det skulle foretas et mindre inngripende tiltak, dersom de tok tilstrekkelig hensyn til gjenforeningsmålet.

Det har blitt satt spørsmålstegn ved EMDs håndtering av saken i juridisk litteratur. Stang og Baugerud uttaler etter en gjennomgang av den aktuelle saken at målet om gjenforening «nærmest overstyrer» en konkret og individuell vurdering av hva som vil være til det beste for barnet.¹⁰³ Kirsten Sandberg påpekte i artikkelen «Ulogisk av EMD?» at når EMD slår fast i dommen at barns interesser kan gå foran foreldrenes interesser, i tilfeller det er tale om omsorg «etter betydelig tid», er det «forbausende» at det er behov for å fremheve gjenforeningsmålet i en sak som denne.¹⁰⁴ Det kan fremstå som at barnets interesser ble satt til side for å gjenforene familien, til tross for at EMD understreker at barnets interesser kan gå foran foreldrenes interesser.

4.2.5 A.S. mot Norge

Saken behandlet spørsmål om omsorgsovertakelse, manglende tilbakeføring, avskjæring av samvær og plassering på sperret adresse. I den aktuelle saken hadde det blitt sendt inn

⁹⁹ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

¹⁰⁰ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

¹⁰¹ *Jansen mot Norge* avsnitt 104.

¹⁰² *Jansen mot Norge* avsnitt 104.

¹⁰³ Stang og Baugerud (2018) s. 70.

¹⁰⁴ Sandberg (2018) s. 265-268.

bekymringsmeldinger om alenemorens omsorgsevne når barnet var ca. fire måneder, og to år senere ble barnet akutt plassert i fosterhjem.¹⁰⁵ Det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem, der plasseringen skulle være langvarig.¹⁰⁶ Barnet var «particularly vulnerable» og hadde negative reaksjoner på samvær.¹⁰⁷ Etter at saken hadde vært til behandling i tingretten ble det fastslått samvær en time to ganger i året under tilsyn.¹⁰⁸

Året etter fremmet moren sak om tilbakeføring, men tingretten kom til at moren ikke kunne gi barnet forsvarlig omsorg verken i foranledning av dommen eller i nær fremtid.¹⁰⁹ Videre kom de til at samvær skulle nektes, og moren fikk ikke vite hvor barnet befant seg.¹¹⁰ Moren hadde engasjert egne sakkyndige i saken, men tingretten fant ut at det ikke var nødvendig med egne sakkyndige.¹¹¹

Tingretten hadde nektet moren å få en ny vurdering av hennes evne til å ta seg av barnet, og vurderingen i saken ble primært basert på rapporter fra fosterforeldrene om barnets utvikling.¹¹² Videre var avgjørelsen basert på samværene, noe som også primært baserte seg på rapporter fra fosterforeldrene.¹¹³

De sakkyndige som moren hadde engasjert i saken mente at de negative reaksjonene på samvær kunne ha sammenheng med at barnet savnet moren.¹¹⁴ EMD uttalte at tingretten sin beslutningsprosess ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til morens «views and interests», ettersom tingretten verken hadde oppnevnt sakkyndige i saken eller latt sakkyndige observere samvær mellom moren og barnet.¹¹⁵ Følgelig ble Norge dømt for brudd på EMK artikkel 8. Det som fremgår av dommen er at tingretten ikke tok tilstrekkelig hensyn til moren.

¹⁰⁵ A.S. *mot Norge* avsnitt 7.

¹⁰⁶ A.S. *mot Norge* avsnitt 8.

¹⁰⁷ A.S. *mot Norge* avsnitt 8.

¹⁰⁸ A.S. *mot Norge* avsnitt 9.

¹⁰⁹ A.S. *mot Norge* avsnitt 10 og 13.

¹¹⁰ A.S. *mot Norge* avsnitt 11.

¹¹¹ A.S. *mot Norge* avsnitt 12.

¹¹² A.S. *mot Norge* avsnitt 68.

¹¹³ A.S. *mot Norge* avsnitt 69.

¹¹⁴ A.S. *mot Norge* avsnitt 69.

¹¹⁵ A.S. *mot Norge* avsnitt 69 og 70.

4.2.6 A.L. med flere mot Norge

Saken dreide seg om omsorgsovertakelse og at samvær hadde blitt sterkt begrenset. Tingretten fant ut at omsorgsovertakelse var nødvendig, ettersom barnet lå etter i utviklingen grunnet manglende interaksjon med foreldrene.¹¹⁶ Tingretten uttalte også at det ville være alvorlige mangler ved barnets omsorg dersom hun kom hjem til foreldrene sine.¹¹⁷ Videre kom tingretten til at samværet med foreldrene skulle begrenses til én time tre ganger i året under tilsyn.¹¹⁸

Etter tingrettens syn skulle barnet vokse opp i fosterhjem.¹¹⁹ EMD uttaler at det fremstår som om tingretten mente at formålet med fremtidig samvær kun var å opprettholde et forhold mellom barnet og foreldrene, uten at det gikk utover at barnet knyttet bånd med fosterforeldrene – istedenfor å undersøke om en annen ordning kunne bidratt til å «avoiding the permanency that it envisioned».¹²⁰

Norge ble dømt for brudd på EMK art. 8. Dette begrunnet EMD med at avgjørelsen til tingretten om samvær på én time tre ganger i året ikke står opp mot «the “stricter scrutiny” that is required by the Court», i saker hvor det er ilagt «such far-reaching measures» som i den aktuelle saken.¹²¹ Følgelig var EMD kritisk til at det ikke ble gjort andre tiltak.

4.2.7 E.M. med flere mot Norge

I den aktuelle saken hadde moren til to barn ikke lenger omsorgen for barna og hun hadde blitt nektet samvær. Barna hadde blitt utsatt for «serious neglect» og hadde vært «physically abused», og videre var det «concerns about sexual abuse».¹²² Lagmannsretten uttalte at moren hadde mislyktes med å skjerme barna fra den andre forelderen sin voldelige atferd, og at moren hadde klappet til barna, og skapt frykt.¹²³ Videre ble hun «jointly responsible» for den forsømmelsen barna hadde blitt utsatt for, men lagmannsretten uttalte at moren hadde

¹¹⁶ A.L. med flere mot Norge avsnitt 46.

¹¹⁷ A.L. med flere mot Norge avsnitt 46.

¹¹⁸ A.L. med flere mot Norge avsnitt 47.

¹¹⁹ A.L. med flere mot Norge avsnitt 50.

¹²⁰ A.L. med flere mot Norge avsnitt 50.

¹²¹ A.L. med flere mot Norge avsnitt 51.

¹²² E.M. mot Norge avsnitt 6 og 7.

¹²³ E.M. mot Norge avsnitt 10.

potensiale til å ha god kontakt med barna senere i fremtiden.¹²⁴ Saken ble ikke tatt opp til Høyesterett.¹²⁵

I drøftelsen av om inngrepet var nødvendig i demokratisk samfunn viste EMD til de generelle prinsippene som er relevant i barnevernssaker, og i den forbindelse blant annet til Strand Lobben-saken.¹²⁶ Det henvises til redegjørelsen av *Strand Lobben med flere mot Norge* i punkt 4.2.2.

Videre i dommen viser EMD til flere punkter der de er fornøyde med norske domstolers håndtering av saken.

Tingretten tok barnas «opinion into account as one of the relevant factors».¹²⁷ Videre ble det foretatt en «individual assesment on the basis of each child's situation in foster care», hvor det kom frem at det ene barnet hadde hatt positiv utvikling av å være i fosterhjem, mens det andre barnet ville blitt utsatt for «feelings of severe loss and profound grief» dersom barnet ikke lenger ville vært med fosterforeldrene sine.¹²⁸

Selv om det var variasjoner fra hva nemnda, tingretten og lagmannsretten hadde funnet bevist og hva de hadde lagt til grunn, hadde alle kommet til at barna var utsatt for «abuse and violence» i hjemmet.¹²⁹ Avgjørelsen til de norske organene var å anse som «relevant and sufficient reasons», og EMD var følgelig tilfreds med at norske myndigheter hadde tydeliggjort at det var et behov for å ta i bruk de nevnte tiltakene.¹³⁰ EMD understreket også at det var positivt at tiltakene ikke var irreversible eller permanente.¹³¹

EMD tok «particular note» at barnas egne meninger hadde blitt hørt, samt at det ble tatt hensyn til deres negative reaksjoner på å ha kontakt, og selv også negative reaksjoner dersom

¹²⁴ *E.M. mot Norge* avsnitt 10.

¹²⁵ *E.M. mot Norge* avsnitt 11.

¹²⁶ *E.M. mot Norge* avsnitt 52.

¹²⁷ *E.M. mot Norge* avsnitt 55.

¹²⁸ *E.M. mot Norge* avsnitt 56.

¹²⁹ *E.M. mot Norge* avsnitt 56.

¹³⁰ *E.M. mot Norge* avsnitt 57.

¹³¹ *E.M. mot Norge* avsnitt 57.

tematikken ble tatt opp.¹³² På bakgrunn av dette slo EMD fast at foreldres rett må vike i de tilfellene der tiltakene «would harm the child's health and development».¹³³ Følgelig kom EMD til at det forelå tilstrekkelige og relevante grunner, og Norge ble derav ikke dømt for krenkelse av EMK art. 8.

4.3 Kravet i norsk rettspraksis om «spesielle og sterke grunner»

4.3.1 Innledning

Som nevnt må det foreligge «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær. Jeg skal se nærmere på innholdet i høyesterettsdommene, og få frem hvilke momenter som ble drøftet ved spørsmålet om samværsnektelse. Noen av dommene jeg gjennomgår knytter seg ikke direkte til spørsmål om samværsnektelse, men får likevel frem generelle aspekter som er av relevans ved behandlingen av barnevernssaker, herunder samværsaker.

4.3.2 Rt. 2002 s. 908

Rt. 2002 s. 908 var den første høyesterettsdommen der samvær ble nektet. Det var en mor som ble nektet samvær med sin seks år gamle datter. Moren hadde alvorlige psykiske forstyrrelser, og barnet hadde blitt utsatt for fysisk mishandling av moren. Videre hadde barnet kun levd med moren frem til hun var 14 måneder. Tingretten hadde fastsatt begrenset samvær med barnet til to ganger i året, med to timer per samvær. Lagmannsrettens mindretall sa seg enig i tingrettens beslutning. De tidligere erfaringene med samvær hadde vært dårlige, og de sakkyndige var ikke i tvil om at ytterligere samvær ville være skadelig for barnet.

På dommens s. 915 og s. 916 kom Høyesterett til at det forelå «spesielle og sterke grunner», ettersom det ikke ville være «forsvarlig» om barnet skulle bli utsatt for «så stor risiko for skade» som en opprettholdelse av samvær ville innebære. Det fremgår av dommen at det kan konstateres at det foreligger «spesielle og sterke grunner», og at samvær kan nektes, i saker det dreier seg om alvorlige psykiske forstyrrelser og fysisk mishandling.

¹³² *E.M. mot Norge* avsnitt 59.

¹³³ *E.M. mot Norge* avsnitt 59.

4.3.3 Rt. 2004 s. 1046.

Dommen gjaldt om foreldrene kunne nektes samvær med deres datter som snart var åtte år gammel. Barnet hadde vært under omsorg helt siden hun var ett år gammel. Jenta hadde fått en alvorlig og varig hjerneskade, noe hun trolig fikk grunnet grov mishandling fra foreldrene. Det hadde vært ulik varighet på antall samvær i årene etter omsorgsovertakelsen, og ved domstidspunktet var det tre timer samvær to ganger årlig under tilsyn.

Høyesterett uttaler i avsnitt 72 at det følger klart av de sakkyndiges erklæring at det generelt vil være av verdi for barn å opprettholde kontakten med de biologiske foreldrene. Høyesterett kom imidlertid til at det forelå «spesielle og sterke grunner» grunnet flere faktorer. Det følger av dommens avsnitt 73 at det «vanskelig kan forsvares» at samvær opprettholdes, når de sakkyndige uttalte at barnet viste ubehag ved samvær med foreldrene på en «sterk og utvetydig måte». I samme avsnitt la Høyesterett vekt på at de sakkyndige mente at barnets ubehag «mest sannsynlig» skyldes «reakivering av traume» som følge av de skadene hun hadde blitt påført.

Videre i dommens avsnitt 74 la Høyesterett vekt på at de sakkyndige har uttalt at problemene vil «forsterkes» når «hun får nærmere kunnskap om årsakene til hennes skader». Følgelig slo Høyesterett fast i dommens avsnitt 75 at «foreldrenes interesser må vike», som følge av de påkjenningene en opprettholdelse av samværet ville medføre barnet. Det som kan utledes av dommen er at det ble lagt stor vekt på barnets sterke negative reaksjoner på samvær med foreldrene, og at det derav forelå «spesielle og sterke grunner», slik at samvær ble nektet.

4.3.4 Rt. 2014 s. 976

Spørsmålet i Rt. 2014 s. 976 var om de biologiske foreldrene kunne nektes samvær med datteren på tre år. Lagmannsretten hadde kommet til at foreldrene skulle nektes samvær med jenta grunnet kidnappingsfare fra familien til barnets mor. Barnet levde på en skjult adresse i et fosterhjem.

Det følger av dommens avsnitt 48 at hvis samvær skal nektes grunnet kidnappingsfare må det foreligge «en reell risiko for bortføring», «konkrete forhold som underbygger frykten» og risikoen må «være aktuell», men «det kan ikke kreves sannsynlighetsovervekt».

I avsnitt 59 uttaler Høyesterett at lagmannsretten kan forstå slik at selv en liten risiko for kidnappingsfare vil være nok for å nekte samvær dersom «skadevirkningene av en bortføring

er store, barnet er sårbart og barnet reagerer negativt på samvær», noe Høyesterett understreker at vil være en vurdering som har «kommet noe skjevt ut».

I dommens avsnitt 60 og 61 understreker Høyesterett at lagmannsretten burde vurdert «utviklingen hos mor og hennes familie etter omsorgsovertakelsen», og det faktum at det hadde skjedd en endring etter lagmannsretten avsa dommen. Morfaren – som var den kidnappingsfaren primært lå hos – hadde begynt å sone en dom på fire år og seks måneder.

Videre kritiserte Høyesterett lagmannsretten i avsnitt 63, ettersom det burde blitt foretatt en «nærmere vurdering» om det var «reell grunn til å frykte» at faren til barnet kunne bli presset til å utsette barnet for kidnapping, grunnet press fra familien til barnets mor.

I avsnitt 65 og 66 konkluderte Høyesterett med at saken var «for dårlig opplyst til å kunne slå meg til ro at bortføringsfaren er reell og aktuell», og kom følgelig til at lagmannsrettens dom måtte oppheves og sendes til ny behandling i lagmannsretten. Lagmannsretten behandlet saken på nytt, men anken ble ikke tillat fremmet til Høyesterett, jf. HR-2015-1452-U. Dette er den siste avgjørelsen i saken *Jansen mot Norge* som ble brakt inn for EMD, som jeg redegjorde for i punkt 4.2.4.

Det fremgår av dommen at det kan foreligge «spesielle og sterke grunner», slik at samvær kan nektes i tilfeller det er en reell og aktuell risiko for kidnappingsfare.

4.3.5 HR-2017-2015-A

Saken gjaldt spørsmål om to foreldre kunne nektes samvær med sin sønn på tre og et halvt år. Foreldrene ble fratatt omsorgen for barnet etter en rutinekontroll når barnet var seks uker, som følge av at gutten hadde minst 19 ribbeinsbrudd. Kommunen foretok en akutt plassering av gutten da han var syv uker gammel, og plasseringen ble deretter avløst av omsorgsovertakelse. Foreldrene ble pågrepet den påfølgende uken og sønnen ble plassert i beredskapshjem etter at det ble fattet vedtak om akuttsituasjon. Foreldrene ønsket samvær med barnet, og Høyesterett kom enstemmig til at foreldrene fikk ha samvær med barnet i én time én gang i året under tilsyn.

Av dommens avsnitt 12 fremgår det at faren ble dømt i Oslo tingrett for å påføre sønnen ribbensbrudd, og dømt fordi han unnlot å sørge for at barnet fikk nødvendig helsehjelp. Moren ble dømt for å unnlate at barnet fikk nødvendig helsehjelp, jf. samme avsnitt.

Ettersom barnet ikke hadde kontakt med foreldrene, var det tale om svak tilknytning. I forlengelsen av dette uttalte Høyesterett i dommens avsnitt 58 at de ikke kunne se holdepunkter i tidligere høyesterettspraksis som talte for at kravet om «spesielle og sterke grunner» «ikke skal anvendes i saker hvor tilknytningen mellom barn og foreldre er svak».

Kommunen anførte flere grunner til at samvær burde nektes. Innledningsvis anførte de at samvær kan føre til retraumatisering. Det fremgår av dommens avsnitt 70 at den sakkyndige sin rapport i lagmannsretten ikke kunne gi et sikkert svar på spørsmålet om barnet kunne retraumatiseres. I samme avsnitt slår Høyesterett fast at rapporten oppfattes slik at den ikke gir «grunnlag for å konkludere med en reell og aktuell fare for retraumatisering». Høyesterett slo videre fast i avsnitt 70 at den sakkyndige sine vurderinger om «guttens generelle sårbarhet og behov» «tillegges vesentlig betydning ved fastsettelsen av antall samvær og gjennomføringen av disse».

Den andre anførselen til kommunen var at samvær vil eksponere barnet for sannheten av sine første leveår. Høyesterett uttalte i dommens avsnitt 71 at «dette kan være et relevant hensyn», men at det var vanskelig å slå fast at utfordringene på dette området var «større her enn i andre saker hvor det offentlige må overta omsorgen for små barn».

Den siste anførselen knyttet seg til at dersom foreldrene fikk samvær i denne saken, ville de bruke samvær som grunnlag for tilbakeføring ved en senere anledning. I forbindelse med dette uttalte Høyesterett i dommens avsnitt 72 at det ikke lenger var «holdepunkter for en slik bekymring», ettersom det var «lite sannsynlig» for tilbakeføring av omsorg, noe foreldrene til barnet hadde «gitt uttrykk for at de var innforstått med».

I avsnitt 73 fremkommer det at lagmannsretten og den sakkyndige hadde vist til at barnet ikke kjenner foreldrene eller har tilknytning til dem, og at barnet følgelig ikke har behov for samvær. Videre i avsnittet slår Høyesterett fast at det «ikke kan være avgjørende», og viste i forlengelsen av dette til forarbeidene, hvor det fremgår at barn vil ha godt av å være kjent med sine biologiske foreldre, selv i tilfeller der «relasjonen mellom barnet og foreldrene er svak». Det kan fremstå som at Høyesterett la avgjørende vekt på lovgivers uttalelse om at det vil være til barnets beste med samvær, uten å ta godt nok hensyn til de omstendighetene som gjaldt i den konkrete saken. Dette trekker i retning av at samvær muligens burde blitt nektet, dersom Høyesterett tok mer hensyn til de konkrete omstendighetene i saken.

Høyesterettsdommen har blitt sterkt kritisert i juridisk teori. Stang og Baugerud trekker frem hva som kan utledes av den kritikken som har vært i juridisk teori, og oppsummerer at: Barnets beste må «tas bokstavelig», når barn har blitt utsatt for alvorlig omsorgssvikt eller mishandling må det «tillegges betydelig vekt», videre retter kritikken seg mot at det biologiske prinsipp er «ikke i seg selv noe argument for samvær ved den individuelle vurderingen», det er tvil knyttet til om det er et krav til spesielle og sterke grunner «i saker der det er liten eller ingen tilknytning», og at det er den konkrete vurderingen av barnets beste «som eventuelt utgjør slike sterke og spesielle grunner».¹³⁴

4.3.6 HR-2019-788-U

I HR-2019-788-U var det spørsmål om omsorgsovertakelse og samvær. I avgjørelsens avsnitt 22 henviser Høyesterett til forarbeidene og en tidligere avsagt dom, og understreker at samvær bare to ganger i året likestilles med at det ikke er samvær.

4.3.7 HR-2020-661-S

Høyesterett behandlet spørsmål om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, men tok også stilling til spørsmål om samvær og omsorgsovertakelse. Dommen gikk grundig igjennom hva som følger av EMDs praksis, som norsk rett må forholde seg til.

I dommens avsnitt 171 konkluderte Høyesterett – etter å ha redegjort for forholdet mellom norsk rett og EMK – at vedtak etter barnevernloven må «bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag», og må videre «inneholde en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse». I de tilfellene myndighetene har gitt opp gjenforeningsmålet «gjelder et skjerpet krav til begrunnelsen», jf. dommens avsnitt 165.

Videre uttalte Høyesterett i avsnitt 171 at norske lovbestemmelser «må praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis» – der det er «særlig viktig» at «prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening» følges.

Det fremkommer av dommen at Høyesterett fremhever at det burde være stort fokus på å legge til rette for gjenforening, og at vedtak etter barnevernloven må være tilstrekkelig begrunnet og oppdatert, og særlig i tilfeller der gjenforeningsmålet gis opp.

¹³⁴ Stang og Baugerud (2018) s. 75.

4.3.8 HR-2020-662-S

Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse og samvær med en jente på tre år. Om samvær uttalte Høyesterett i dommens avsnitt 137 at samvær «må fastsettes konkret i hver sak», der «barnets beste» skal være det overordnede hensynet i vurderingen. Videre følger det av samme avsnitt at målsetningen med samvær er å legge til rette for gjenforening, men det forutsetter at «det ikke må utsette barnet for urimelig belastning». Det fremgår av dommens avsnitt 138 at det kun er i tilfeller hvor det foreligger «spesielle og sterke grunner» at «formålet om gjenforening oppgis», og at samvær på det grunnlag kan nektes eller sterkt begrenses. Følgelig skal det etter norsk rett gjøres nærmere slik som EMD gjør det etter sin praksis.

I den konkrete saken forelå det ingen «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær. Høyesterett kom til at samvær skulle settes til åtte ganger i året under tilsyn.

4.3.9 HR-2020-663-S

HR-2020-663-S behandlet spørsmål om omsorgsovertakelse og samvær. Barnet var født i 2011. Samværs spørsmålene gjaldt omfanget av samværet til moren og om faren kunne nektes samvær. Faren hadde ikke hatt samvær med jenta, og hun hadde ikke tilknytning til faren, ettersom de ikke hadde møttes siden jenta var fire måneder gammel. I det følgende tar jeg for meg samværs spørsmålet knyttet til om faren kunne nektes samvær.

Tingretten hadde kommet til at det forelå spesielle og sterke grunner, og at det følgelig ikke skulle være samvær mellom jenta og faren. Det følger av dommens avsnitt 170 at tingretten i vurderingen sin hadde lagt vekt på at det første fosterhjemmet hadde sagt opp avtalen, og at jenta nettopp hadde flyttet til beredskapshjem, noe som hadde vært vanskelig for henne. På bakgrunn av dette ville det være vanskelig for jenta å «forholde seg til en ny omsorgsbasis», samtidig som hun skulle bli kjent med den biologiske faren.

I avsnitt 174 uttaler Høyesterett at ettersom det var en «midlertidig utsettelse av samvær» inntil jenta hadde kommet seg til rette i sitt nye hjem, og frem til hun var gammel nok til å bli informert om straffedommen til faren, kunne ikke samværskompetansen til faren være avgjørende.

Det fremgår av avsnitt 175 at vurderingen til tingretten besto av hvorfor barnet var sårbart, hvorfor samvær ville være skadelig for barnet og hvorfor farens samværskompetanse ikke var

av betydning for tiden. I samme avsnitt slo Høyesterett fast at tingretten foretok en «tilstrekkelig bred vurdering».

Det som kan utledes av dommen er at farens samværskompetanse ikke var avgjørende, og det dreide seg om en midlertidig utsettelse av samvær, slik at det sårbare barnet skulle få muligheten til å slå seg til ro i sin nye omsorgsbasis.

4.3.10 HR-2021-474-A

Saken gjaldt omsorgsovertakelse og samvær. I avsnitt 43 uttalte Høyesterett at når målet om gjenforening ikke er oppgitt, må samvær fastsettes så mye som mulig, uten at hensynet til barnets beste blir tilsidesatt. Videre i avsnitt 43 fremgår det at selv om det «ikke kan oppstilles et absolutt minstenivå», er samvær på tre til seks ganger i året «så begrenset samvær» at det i utgangspunktet ikke er «egnet til å ivareta målet om å legge til rette for å styrke og utvikle båndene mellom foreldre og barn». For at samvær som er så sterkt begrenset som tre til seks ganger i året skal være akseptabelt, må det «være nødvendig ut fra hensynet til barnets beste», jf. dommens avsnitt 43. En oppgivelse av gjenforeningsmålet – der samværet begrenses sterkt eller faller helt bort – «forutsetter at det foreligger spesielle og sterke grunner», jf. dommens avsnitt 41.

4.3.11 HR-2021-1437-A

I den aktuelle saken hadde en mormor krevd samvær med barnebarnet sitt. Selv om dommen ikke knytter seg direkte til foreldre – som er hovedfokuset i oppgaven – tar dommen for seg prinsipielle ting som er av betydning. I dommen slo Høyesterett fast at «samvær på seks ganger i året» anses som «svært begrenset», jf. dommens avsnitt 63. Når samvær inntil seks ganger i året regnes som «svært begrenset», må det innebære at det kreves sterke og spesielle grunner for å fastsette samvær som er begrenset i såpass stor grad.

Uttalelsen til Høyesterett i HR-2021-1437-A avsnitt 63 er en klar endring av tidligere praksis. I Rt. 2012 s. 1832 uttalte Høyesterett i dommens avsnitt 37 at i de fleste saker med samvær ved langvarig plassering i fosterhjem har samværet «variert mellom tre og seks per år». Følgelig tar Høyesterett klart avstand fra den tidligere praksisen der samvær inntil tre til seks ganger i året var vanlig ved langvarig plassering i fosterhjem, ved at samvær inntil seks ganger i året er å regne som «svært begrenset».

4.3.12 HR-2022-2292-A

Saken gjaldt spørsmål om samvær, der moren ønsket samvær med datteren sin på 12 år, som hadde vært i fosterhjem siden barnet var 3 år gammel. Det følger av dommens avsnitt 39 at faren til barnet hadde rusproblemer, og slet med å holde seg våken under samvær med søstrene til barnet, der faren testet positivt på flere narkotiske stoff. Som følge av dette traff barnevernstjenesten akuttvedtak og barnet ble plassert i beredskapshjem, som senere ble opphevet, jf. dommens avsnitt 39. Kommunen framsatte et nytt krav om omsorgsovertakelse, men det ble ikke tatt til følge av fylkesnemnda, jf. avsnitt 39 og 40.

Det fremgår av avsnitt 41 at kommunen tok saken til tingretten, hvor tingretten konkluderte med omsorgsovertakelse, plassering i fosterhjem og at moren fikk samvær med barnet under tilsyn fire ganger i året, med to timer per samvær. Når tingretten gjennomgikk forholdene i saken, pekte domstolen på morens forhold til faren, barnets utvikling, og at moren hadde manglende emosjonell og psykisk omsorg for barnet, jf. avsnitt 41.

Ved redegjørelsen av de rettslige utgangspunktene viser Høyesterett til de ferske avgjørelsene fra EMD, og slår fast at EMD-avgjørelsene ikke «tilsier endring av norsk rettspraksis», og at rettskildebildet ikke er endret siden avgjørelsene til Høyesterett i 2021, jf. avsnitt 25-27.

Følgelig gjør det samme rettskildebildet som har blitt utviklet i Høyesterett de siste to årene seg gjeldende ved vurderingen av samværsspørsmål. Videre viste Høyesterett i avsnitt 32 til den nye barnevernsloven § 7-2 som trer i kraft 1. januar 2023.

I dommens avsnitt 50 blir jenta beskrevet som et sårbart barn med store belastninger i sine første leveår helt siden omsorgsovertakelsen i 2013. Særlig «fars rusmisbruk, sinneutbrudd og mors redsel uten å få tilstrekkelig psykologisk støtte og skjerming», trekkes frem som negative faktorer i avsnitt 50. Den sakkyndige uttaler at barnet «har vist langvarige, alvorlige reaksjoner etter samvær med mor» i dommens avsnitt 56. Høyesterett understreker imidlertid i avsnitt 59 at det er klart at barnet har «fungert bedre etter at samværsomfanget ble redusert fra fire til én gang i året».

I dommens avsnitt 61-63 redegjøres det for barnets syn på samværshyppigheten, hvor det fremgår at samvær på tolv ganger i året vil være alt for mye for barnet, og at hun heller ikke vil gå med på samvær seks ganger i året. I dommens avsnitt 63 fremkommer det at samvær to ganger i året – og at moren kanskje kan få se på en forestilling på teateret i tillegg – vil være det maksimale barnet klarer.

Det fremgår av dommens avsnitt 67 at det forelå «sterke og spesielle grunner til å fastsette et meget begrenset samvær», ettersom det er en «reell og nærliggende risiko» for at større samværsomfang kan utsette barnet for «en urimelig belastning». Det ble lagt «betydelig vekt» på barnets ønske, og fremhevet at det skal legges stor vekt på barnets ønske når de har fylt 12 år, jf. avsnitt 69. Høyesterett understreker i avsnitt 73 at et meget begrenset samvær ikke vil stå i veien for målet om gjenforening, dersom forholdene vil ligge til rette for det senere, og at et større samværsomfang «lett kunne gjøre tilbakeføring vanskeligere». Det ble fastsatt et minimumssamvær to ganger i året på to timer, jf. avsnitt 74 og 75.

Avgjørelsen skiller seg fra tidligere avgjørelser, ved at det ble fastsatt lite samvær som en begrunnelse for å legge til rette for fremtidig gjenforening. Det er imidlertid godt begrunnet, ettersom forholdet mellom moren og barnet kan skades dersom det ble fastsatt samvær i større omfang. Det ble følgelig lagt stor vekt på barnets mening, og det ble lagt avgjørende vekt på å finne et tiltak som vil være til barnets beste.

5 Samsvarer høyesterettspraksis med EMDs praksis?

5.1 Rettsavgjørelsene før 2020

Tradisjonelt sett har EMD hatt en tendens til å legge større vekt på målsetningen om gjenforening enn det som har vært tilfellet i norsk rettspraksis. Som jeg har redegjort for over har kritikken fra EMD i saker mot Norge – om gjenforeningsmålet – delvis knyttet seg til at gjenforeningsmålet ikke har blitt behandlet, delvis knyttet seg til at det ikke legges stor nok vekt på målet om gjenforening, og delvis at gjenforeningsmålet gis opp for tidlig. Det kan fremstå som at norsk rett i tiden før 2020 la såpass stor vekt på hensynet til barnets beste, at gjenforeningsmålet ikke ble tilstrekkelig vektlagt.

Kritikken fra EMD om norsk rett sin bruk – eller manglende bruk – av gjenforeningsmålet, kommer særlig godt frem i sakene *Strand Lobben med flere mot Norge* og *Jansen mot Norge*. I *Jansen mot Norge* ble Norge dømt for brudd på EMK art. 8, som følge av at målsetningen om gjenforening ikke hadde blitt «sufficiently weighed in the balancing exercise».¹³⁵ Lagmannsretten hadde ikke nevnt eksplisitt at barnet og moren ikke hadde møttes på tre år, og lagmannsretten hadde heller ikke fokusert på gjenforening eller prøvd å legge til rette for gjenforening i nær fremtid.¹³⁶ Derav gir EMD uttrykk for at gjenforeningsmålet burde komme tydeligere frem i norsk rett.

Strand Lobben med flere mot Norge tok stilling til hva som kan utledes av målet om gjenforening. EMD slo fast at tiltak om midlertidig omsorg skal avsluttes så fort omstendighetene taler for det, og skal være «consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child».¹³⁷ Videre fremkommer det av *Strand Lobben med flere mot Norge* at gjenforeningsmålet er en «inherent considerations» i EMK artikkel 8.¹³⁸

EMD har fått kritikk for at hensynet til foreldrenes rett til familieliv settes foran hensynet til barnets beste – noe som også ble anført som grunnlag for anmodning fra staten, om storkammerbehandling av to domfellelser fra EMD i 2020.¹³⁹ Som tidligere redegjort for

¹³⁵ *Jansen mot Norge* avsnitt 104.

¹³⁶ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

¹³⁷ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 208.

¹³⁸ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 205.

¹³⁹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 204 med videre henvisning.

følger det imidlertid av *Strand Lobben med flere mot Norge* at det er bred enighet i internasjonal rett at hensynet til barnets beste er «of paramount importance», og at «the child's interests must come before all other considerations».¹⁴⁰ Videre uttalte EMD at hensynet til barnets beste som utgangspunkt vil tale for at familiebåndene «must be maintained», bortsett fra i tilfellene der foreldrene er «proved particularly unfit».¹⁴¹

Kritikken i EMDs dommer mot Norge knytter seg ikke til at det ble grepet inn i utgangspunktet, kritikken retter seg heller mot at det ble slått fast for tidlig at plasseringen skulle være langvarig – og at målet om gjenforening ble gitt opp for tidlig. Følgelig er EMD heller kritisk til de tiltakene norske myndigheter har tatt i bruk.

Det fremstår også som at EMD har vært kritisk til at foreldrene ikke har fått mulighet til å vise at situasjonen har bedret seg. I *Jansen mot Norge* fikk norsk rett kritikk for at de hadde fokusert på en potensiell kidnapping, og konsekvensene av en eventuell kidnapping.¹⁴² Dersom norske domstoler hadde fokusert i større grad på målet om gjenforening og om situasjonen til moren hadde bedret seg, kunne de potensielt kommet til et annet resultat. Et annet eksempel er *A.S. mot Norge*, der tingretten ikke tok tilstrekkelig hensyn til morens «views and interests», ved at sakkyndige ikke ble tillatt å observere om samværene var bedret.

HR-2017-2015-A skiller seg ut sammenlignet med de andre sakene jeg har gjennomgått fra Høyesterett og EMD. Som nevnt har det vært sterk kritikk rettet mot dommen i juridisk teori, som trekker i retning av at samvær burde vært nektet. Det fremstår som at Høyesterett la avgjørende vekt på lovforarbeidene om at samvær vil være til det beste for barnet, uten at Høyesterett tok tilstrekkelig hensyn til omstendighetene i den konkrete saken – der barnet blant annet hadde blitt påført minst 19 ribbeinsbrudd kort tid etter fødselen.

I motsetning til de dommene i EMD der Norge ble dømt for brudd på EMK artikkel 8 for å ta i bruk for sterke virkemidler, er HR-2017-2015-A en sak der norske domstoler muligens burde kommet til et strengere resultat – slik at foreldrene ble nektet samvær med barnet, grunnet «spesielle og sterke grunner».

¹⁴⁰ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 204.

¹⁴¹ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

¹⁴² *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

5.2 Rettsavgjørelsene etter 2020

Etter Norge ble dømt for brudd på EMK art. 8 i storkammerdommen *Strand Lobben med flere mot Norge*, gikk det kort tid før flere barnevernssaker ble behandlet i sammenheng av Høyesterett i storkammer – avgjørelsene HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S. Det er tydelige endringer i dommene fra 2020 sammenlignet med de tidligere barnevernssakene som har blitt behandlet i norsk rett. Dommene er følgelig et svar på EMDs kritikk av norsk rett. I det følgende skal jeg redegjøre for endringene i norsk rett.

For det første er dommene tydelig oppdelt og grundig gjennomført. Det er ikke tvilsomt hva som behandles til enhver tid i HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S som følge av oppdelingen, og samtlige oppdelinger er grundige og godt gjennomført.

HR-2020-661-S er nok det beste eksemplet på hvor grundig og tydelig oppdelt dommene er. Dommen går grundig igjennom hva som fremgår av EMDs praksis i barnevernssaker. Fra avsnitt 69-171 uttaler Høyesterett seg generelt om hva som er innholdet i EMK artikkel 8 og barnevernloven. I forlengelsen av dette gjennomgår de i de nevnte avsnittene EMK artikkel 8, avveining av ulike hensyn, bvl. § 4-20, avveiningene i EMDs praksis og norsk rett, gjenforeningsmålet og prosessuelle garantier. Fra avsnitt 172-201 foretas det en konkret vurdering. Avslutningsvis behandler de tvl. § 36-10 (3) bokstav a i avsnitt 202-207.

I HR-2020-662-S avsnitt 43-58 redegjør Høyesterett for de rettslige utgangspunktene ved omsorgsovertakelse. I dommens avsnitt 59-113 foretas det en konkret vurdering av omsorgsovertakelsen. De rettslige utgangspunktene for samvær behandles i avsnitt 114-138, og i avsnitt 139-150 gjøres den konkrete vurderingen av samvær.

HR-2020-663-S går innledningsvis igjennom prosessuelle utgangspunkter i avsnitt 71-76. Deretter tas det stilling til om barnet skal høres i avsnitt 77-86. Dommens avsnitt 87-89 knytter seg til de overordnede rettslige utgangspunktene. I dommen deles morens og farens anke i to deler. Morens anke behandles i avsnitt 90-156 og farens anke i avsnitt 157-188. Behandlingen av morens anke ble delt opp i rettslige utgangspunkter ved omsorgsovertakelse, den konkrete vurderingen av omsorgsovertakelsen, rettslige utgangspunkter ved samvær og den konkrete vurderingen av samvær. Farens anke ble oppdelt i rettslige utgangspunkter ved samvær og en konkret vurdering av samværet.

For det andre redegjør og behandler Høyesterett målet om gjenforening på en slik måte som er vanlig etter EMDs praksis. Når Høyesterett uttalte hva som følger av gjenforeningsmålet, ble det i HR-2020-661-S avsnitt 126-148 vist jevnlig til *Strand Lobben med flere mot Norge* – som sier mye om EMDs syn på gjenforeningsmålet. Som jeg gjorde rede for tidligere følger det av HR-2020-661-S avsnitt 171 at det er «særlig viktig» at myndighetene følger opp plikten til å jobbe for målsetningen om gjenforening – slik som det gjøres etter EMDs praksis.

Videre fremgår det av HR-2020-662-S avsnitt 137 at selve målsetning med samvær er at det skal muliggjøre at familien kan gjenforenes, men på en slik måte at det ikke skal gå på bekostning av barnet. Dette er også slik gjenforeningsmålet gjennomføres etter EMDs praksis. I avsnitt 138 i dommen fremgår det at samvær kun kan unnlates når man gir opp målet om gjenforening i saker det foreligger «spesielle og sterke grunner». Følgelig fremkommer det av dommene at gjenforeningsmålet står sterkere enn det har gjort tidligere i norsk praksis, og er derav nærmere slik det gjøres etter EMDs praksis.

For det tredje kommer det tydeligere frem når ulike hensyn veies opp mot hverandre. Norsk praksis har tidligere fått kritikk av EMD for at hensynene og vurderingene ikke kommer tydelig nok frem. Dommene fra 2020 og tiden etter vektet hensynene tydeligere, og er som følge av dette mer lik dommene fra EMD. Når det kommer tydeligere frem hvilke hensyn som vektes, og når det kommer tydeligere frem hva hensynene taler for i den aktuelle saken – vil det føre til at man har et bedre beslutningsgrunnlag.

For det fjerde fremstår det som at flere barnevernsaker kommer til å behandles i høyere instanser, som følge av at flere saker har vært til behandling i lagmannsrettene og Høyesterett etter 2020. Det fremkommer av tvl. § 36-10 (3) at anker over tingrettsdommer i saker om vedtak fra fylkesnemnda «kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke». Som følge av dette har flere EMD-dommer mot Norge kun vært behandlet i tingretten før EMD tok opp saken. *A.S. mot Norge* og *A.L. med flere mot Norge* er eksempler på norske barnevernssaker som kun var til behandling i tingretten før de ble tatt opp til EMD.

Som nevnt har det vært en økning i antall barnevernssaker for høyere rettsinstanser de siste årene. Denne utviklingen har trolig sammenheng med alle barnevernssakene i EMD mot Norge. Det har trolig også sammenheng med storkammeravgjørelsene HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S. Dermed fremstår det som at det fortsatt vil være en trend med økning på saker som tas opp til ankebehandling.

Videre ser det ikke ut til at terskelen for å nekte samvær er høyere enn tidligere, men at inntil seks samvær i året er å regne som «svært begrenset», og at samvær to ganger i året «likestilles med nullsamvær» – trekker i retning av at det kan bli større omfang av samvær i noen fremtidige saker, sammenlignet med tidligere saker. Da er det av stor viktighet at norske domstoler fortsetter med å ha konkrete og grundige vurderinger og begrunnelser, slik at det ikke blir utviklet en praksis der det fastsettes større omfang av samvær enn det bør være.

Som tidligere redegjort for fremgår det av den ferske dommen HR-2022-2292-A at det ikke har skjedd en tydelig endring i tiden etter 2021, ved henvisning til ferske EMD-avgjørelser mot Norge fra 2022. Følgelig understreker Høyesterett i HR-2022-2292-A at det samme som følger av rettspraksis i tiden etter 2020, fortsatt gjør seg gjeldende. Det er likevel noen ulikheter ved dommen sammenlignet med tidligere avgjørelser, ved at det ble fastsatt lite samvær som en begrunnelse for å tilrettelegge for gjenforening. Som nevnt er det imidlertid godt begrunnet av Høyesterett, siden et større omfang av samvær kunne være skadelig for forholdet mellom barnet og moren. Barnets syn ble derav vektlagt i stor grad.

6 Avslutning

Hovedproblemstillingen i avhandlingen min var hvor terskelen for samværsnektelse ligger, og hvorvidt høyesterettspraksis samsvarer med EMDs praksis.

Det ser ut til at EMDs krav om «exceptional circumstances» tilsvarer kravet om «spesielle og sterke grunner». Terskelen for samværsnektelse vil bero på omstendighetene i saken. På generell basis er terskelen svært høy for at samvær kan nektes, og vil kun være aktuelt i de tilfellene «spesielle og sterke grunner» taler for det.

Eksempler på omstendigheter som kan tale for at det foreligger «spesielle og sterke grunner», der det kan være aktuelt at samvær nektes er: Når foreldrene utøver vold eller mishandler barnet (Rt. 2002 s. 908 og Rt. 2004 s. 1046), rusproblemer hos foreldrene (HR-2022-2292-A), alvorlig psykiske forstyrrelser hos foreldrene (Rt. 2002 s. 908), reell og aktuell kidnappingsfare (Rt. 2014 s. 976), dersom barnet har sterke behov og foreldrene har vist seg å være særlig uegnet til å ivareta barnet (*A.S mot Norge*), sterke negative reaksjoner på samvær over tid (Rt. 2004 s. 1046), sterke hensyn til barnet (HR-2020-663-S), og ved seksuelle overgrep. Videre kan det tale for samværsnektelse i tilfeller der gjenforeningsmålet gis opp. Det understrekes imidlertid at det ikke er noen automatikk i seg selv at samvær skal nektes når gjenforeningsmålet gis opp, eller at nektelse av samvær fører til at gjenforeningsmålet gis opp – det må foreligge «spesielle og sterke grunner».

At terskelen for samværsnektelse er svært høy er essensielt, ettersom det er et svært inngripende tiltak, og er nærmest det største inngrepet som kan gjøres mot en families rett til familieliv. Følgelig må det være klart at inngrepet er lovlig i tråd med EMK artikkel 8.

Det som tidligere har vært ulovfestede vilkår, vil nå bli lovfestet i den nye barnevernsloven. Den nye bestemmelsen i barnevernsloven § 7-2 er også grundigere og bedre utformet enn bvl. § 4-19. Disse endringene bidrar til at rettstilstanden kommer tydeligere til uttrykk, noe som medfører at barnevernsretten blir mer tydelig og tillitsskapende.

Videre er det av stor viktighet at det har vært en utvikling der flere barnevernssaker tas opp til ankebehandling, og følgelig blir behandlet i høyere instanser. Dette fører til at man får grundigere og mer betryggende rettsregler, der retten utvikles på en slik måte at det samsvarer i større grad med EMDs praksis. Følgelig kan det bidra til at det blir færre brudd på EMK artikkel 8 i barnevernssaker i fremtiden.

Norsk rett og EMDs praksis samsvarer i større grad i tiden etter 2020. Det som særlig er verdt å merke seg er at målsetningen om gjenforening kommer tydeligere frem – slik som det gjøres etter EMDs praksis. Videre følger det klarere av nyere avgjørelser i norske domstoler hvilke hensyn som drøftes, og hvordan de vektas. I tillegg er avgjørelsene tydeligere oppdelt og har grundigere drøftelser.

Det er fortsatt noen forskjeller på hvordan norsk rett og EMD håndterer barnevernssaker. Norsk rett har i sin vurdering av barnets beste lagt større vekt på barnets rett til beskyttelse og omsorg, fremfor barnets rett til respekt for familielivet. Videre har norsk rett også lagt større vekt på hensynet til barnet sterkere enn hensynet til foreldrene, sammenlignet med hva EMD gjør etter sin praksis.

Norsk rett og EMDs praksis er imidlertid langt nærmere også på dette området i tiden etter storkammeravgjørelsene fra 2020 i Høyesterett. Hvis kravene – etter nyere norsk rettspraksis – om at avgjørelsene må «bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag», og må videre «inneholde en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse», følges – vil det uansett føre til bedre avgjørelser, og gode muligheter for å ivareta barnets beste. Utviklingen er positiv, og kan føre til færre brudd på EMK artikkel 8.

Samlet sett samsvarer barnevernssaker i høyesterettspraksis og EMDs praksis i større grad enn tidligere, og norsk rett er derav mer lik EMDs praksis fra 2020 og tiden etter.

7 Kildeliste

7.1 Norske rettskilder

7.1.1 Lov

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

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

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven)

7.1.2 Forarbeid

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barn utvikling

Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.

NOU 2016:16 Ny barnevernslov

Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

Ot.prp.nr.44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven.

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

7.1.3 Rettspraksis

Rt. 1998 s. 787

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2004 s. 1046

Rt. 2012 s. 1832

Rt. 2015 s. 93

HR-2015-1452-U

HR-2017-2015-A

HR-2019-788-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2021-474-A

HR-2021-1437-A

HR-2022-2292-A

7.1.4 Juridisk litteratur

Bendiksen, Lena R.L., Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg., 2. opplag, Universitetsforlaget (Tromsø 2021).

Haugli, Trude, Havik, Toril, *Samvær i barnevernssaker psykologiske og juridiske vurderinger*, Universitetsforlaget (Oslo 2010).

Sandberg, Kirsten, «Ulogisk fra EMD?», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 04/2018. Hentet fra www.juridika.no.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget (Tromsø 2018).

Stang, Elisabeth Gording, Baugerud, Gunn-Astrid, *Samvær etter omsorgsovertakelse, OsloMet rapport 2018 nr. 10*.

Søvig, Karl Harald, Valvatne, Anna Vasslid, «Avgjørelser fra EMD i saker fra 2021 om vern av privat- og familieliv», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, Vol.20, 2. utg., 02.06.2022. Hentet fra www.idunn.no.

7.2 Internasjonale rettskilder

7.2.1 Traktater

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950. (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK).

Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT) av 23. mai 1969.

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen - BK)

7.2.2 Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Tyrer mot Storbritannia, no. 5856/72, 25. april 1978.

Johansen mot Norge, no. 17383/90, 7. august 1996.

Christine Goodwin mot Storbritannia, no. 28957/95, 11. juli 2002.

Jansen mot Norge, no. 2822/16, 6. september 2018.

Strand Lobben med flere mot Norge, no. 37283/13, 10. september 2019.

K.O. og V.M. mot Norge, no. 64808/16, 19. november 2019.

A.S. mot Norge, no. 60371/15, 17. desember 2019.

Abdi Ibrahim mot Norge, no. 15379/16, 10. desember 2021.

A.L. med flere mot Norge, no. 45889/18, 20. januar 2022.

E.M. med flere mot Norge, no. 53471/17, 20. januar 2022.

