

# Kravet til midlertidighet ved omsorgsovertakelser

*Er norsk barnevernpraksis i samsvar med forpliktelsene etter EMK art. 8?*

Kandidatnummer: 176

Antall ord: 13 432



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[08.06.2020]

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>4</b>
1.1 Problemstilling og aktualitet .....	4
1.2 Begrepsavklaring.....	5
1.3 Metode og rettkildebruk .....	6
1.3.1 EMKs stilling i norsk rett .....	6
1.3.2 EMDs metode.....	7
1.4 Videre fremstilling og avgrensning .....	8
<b>2. Praksis etter barnevernloven</b> .....	<b>9</b>
2.1 Innledende bemerkninger .....	9
2.2 Sentrale hensyn .....	9
2.3 Omsorgsovertakelse .....	11
2.4 Opphevelse av omsorgsovertakelse .....	12
2.5 Samvær.....	14
<b>3. Kravet til midlertidighet etter EMK art. 8</b> .....	<b>16</b>
3.1 Innledende bemerkninger .....	16
3.2 Retten til familieliv ved omsorgsovertakelser etter EMK art. 8 .....	17
3.3 Generelle utgangspunkter ved kravet til midlertidighet .....	19
3.3.1 Hensynet til barnets beste.....	19
3.3.2 Statens positive tilbakeføring- og gjenforeningsplikt .....	20
3.4 Kravet til midlertidighet i avgjørelser om omsorgsovertakelser .....	23
3.4.1 Kravet om betryggende beslutningsgrunnlag.....	23
3.4.2 Utgangspunktet om midlertidig omsorgsovertakelse .....	27
3.4.3 Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse .....	31
3.4.4 Samvær med mål om tilbakeføring .....	32
3.5 Avsluttende refleksjoner om kravet til midlertidighet .....	34
<b>4. Utvikling i samsvar med EMDs krav til midlertidighet?</b> .....	<b>36</b>
4.1 Innledende bemerkninger .....	36
4.2 Motstrid mellom norsk lovgivning og EMK? .....	36
4.3 Høyesterett syn på kravet til midlertidighet i avgjørelse om omsorgsovertakelser .....	37
4.3.1 Statens positive plikt .....	37
4.3.2 Kravet til betryggende beslutningsgrunnlag .....	38
4.3.3 Omsorgsovertakelse .....	38

4.3.4 Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse .....	39
4.3.5 Samvær.....	40
4.4 Oppsummerende om Høyesteretts syn på EMDs krav til midlertidighet.....	41
<b>5. Avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>42</b>
<b>6. Kilderegister .....</b>	<b>44</b>

# 1. Innledning

## 1.1 Problemstilling og aktualitet

I 2019 ble 25 saker om norsk barnevern tatt opp til behandling i Den europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD). Samme år ble Norge dømt for brudd på retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8 i fire saker som omhandlet norsk barnevern.<sup>1</sup> Siden 2015 har EMD kommunisert 34 saker om samme tema.<sup>2</sup> Norge har, i perioden 2015 til 2020, blitt dømt i syv saker og frikjent i to.<sup>3</sup> Felles for dommerne er at de alle omhandler retten til familieliv etter EMK art. 8 ved avgjørelser som angår omsorgen av et barn- herunder adopsjon, omsorgsovertakelser, tilbakeføring og fastsettelse av samvær.<sup>4</sup> I september 2019 avgjorde EMD *Strand Lobben v. Norway* i Grand Chamber, en sak som har fått stor oppmerksomhet nasjonalt. De etterfølgende EMD dommerne bygger gjennomgående på uttalelser og retningslinjer fra *Strand Lobben*. Sammen presiserer de hvilke krav som følger av EMK art. 8 ved barnevernstiltak. Dommerne er interessant for spørsmålet om, og i hvilken grad, disse presiseringene har konsekvenser for norsk barnevern- og domstolpraksis.

En nærmere undersøkelse av dommerne fra EMD viser at norske myndigheter gjennomgående ikke har praktisert det sentrale utgangspunktet om midlertidig

---

<sup>1</sup> Norges institusjon for menneskerettigheter, «Menneskerettighetene i Norge 2019», NIMs årsmelding, Dokument 6 (2019–2020), s. 11

<sup>2</sup> NIMs årsmelding, s. 27 fotnote 2. Det bemerkes at flere nettaviser har et annet tall (35).

<sup>3</sup> *M.L v. Norway* (J), no. 43701/14, ECHR:2017

*Mohamad Hasan v. Norway* (J), no. 27496/15, ECHR:2018

*Jansen v. Norway* (J), no. 2822/16, ECHR:2018

*Strand Lobben and Others v. Norway* (GC), no. 37283/13, ECHR:2019

*A.S v. Norway* (J), no. 60371, ECHR:2019

*Abdi Ibrahim v. Norway* (J), no. 15379/16, ECHR:2019

*K.O and V.M v Norway* (J), no. 64808/16, ECHR:2019

*Hernehult v. Norway* (J), no. 1465/16, ECHR:2020

*Pedersen and others v. Norway* (J), no. 39710/15, ECHR:2020

<sup>4</sup> Dommen *Abdi Ibrahim v. Norway* skal bli behandlet i storkammer, og er derfor ikke rettskraftig (besluttet 11.mai 2020) se artikkel Kjetil Kolsrud, «Ny norsk barnevernsak sluppet inn til EMDs storkammer», rett24, 12. mai 2020, <https://rett24.no/articles/ny-norsk-barnevernsak-sluppet-inn-til-emds-storkammer>

Saken vil likevel bli gjennomgått i avhandlingen da den gir uttrykk for EMDs tolkning av EMK art. 8.

omsorgsovertakelse.<sup>5</sup> Dette er bakgrunnen for avhandlingens tema; «kravet til midlertidighet ved omsorgsovertakelser». Jeg har valgt å formulere «midlertidighet» som et krav. Dette er fordi utgangspunktet om midlertidighet påvirker mer enn den enkelte avgjørelsen om omsorgsovertakelse. Videre tyder dommerne fra EMD at utgangspunktet om midlertidighet er noe myndighetene *skal* følge og praktisere; følgende et krav.

Avhandlingens problemstilling er om norsk barnevernspraksis er i samsvar med sine forpliktelser etter EMK art 8. Sett opp mot oppgavens tema retter dette seg mot avgjørelser om omsorgsovertakelser.<sup>6</sup> Formålet med avhandlingen er å undersøke om norsk barnevernpraksis har opprettholdt sine konvensjonsforpliktelser, og om det eventuelt er behov for endring slik at norsk barnevern på best mulig måte ivaretar kravene som følger av retten til familieliv etter EMK art 8. Avhandlingen tar utgangspunkt i EMD dommerne mot Norge perioden 2015 til 2020.<sup>7</sup>

## 1.2 Begrepsavklaring

Begrepet «kravet til midlertidighet» blir i avhandlingen brukt som et samlebegrep for retningslinjer som følger av EMK, herunder EMDs praksis, ved avgjørelser om omsorgsovertakelser. Kravet til midlertidighet sikter da til utgangspunktet om midlertidig omsorgsovertakelse og målet om tilbakeføring og gjenforening med biologisk familie. Nærmere redegjørelse av hva dette innebærer vil bli gjennomgått i avhandlingen.<sup>8</sup> Ved «avgjørelser om omsorgsovertakelser» sikter jeg til vedtak om omsorgsovertakelse, opphevelse av omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær, da dette har nær sammenheng med hverandre.

Ved behandlingen av EMD praksisen blir begrepet «myndighetene» brukt som en fellesbetegnelse for barnevernet, fylkesnemnda og domstolene. Dette er fordi EMD vurderer saken som en helhet, og er forpliktelsene til «myndighetene» samlet sett som er det sentrale.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> “(...)dommerne fra EMD” sikter til dommerne nevnt i fotnote 3.

<sup>6</sup> Se punkt 1.2 for hva jeg legger i begrepet «avgjørelser om omsorgsovertakelser».

<sup>7</sup> Jf. dommerne nevnt i fotnote 3

<sup>8</sup> Se kapittel 3

<sup>9</sup> Se punkt 3.2.2

## 1.3 Metode og rettkildebruk

Avhandlingen er hovedsakelig basert på en rettsdogmatisk metode. Kapittel 2 er en deskriptiv beskrivelse av norsk barnevernpraksis med formål å fastlegge og klargjøre innholdet av gjeldene rett (de lege lata). Kapittel 3 er en deskriptiv beskrivelse av kravet til midlertidighet med rettsanalytiske tilnærminger, da med formål å systematisere og analysere kravet.<sup>10</sup> Kapittel 4 er en redegjørelse av Høyesterettspraksis med rettsanalytisk tilnærminger i form av selvstendige refleksjoner og egne bemerkninger.

Redegjørelsen av intern norsk rett er basert på alminnelig juridisk metode. Da en stor del av avhandlingen er en redegjørelse og analyse av EMDs praksis, vil jeg i det følgende kort redegjøre for EMKs stilling i norsk rett og EMDs metode.

### 1.3.1 EMKs stilling i norsk rett

Statens plikt til å sikre menneskerettighetene er nedfelt i lov. 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven-grl.) § 92. Etter nevnte bestemmelse skal norske myndigheter «respekttere og sikre» menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven og i bindende traktater. Ordlyden «respekttere og sikre» viser til statens doble gjennomføringsforpliktelse.<sup>11</sup> Staten har plikt til å sikre rettighetene i form av positive tiltak, da ved lovgivning, påbud og forbud og rettshåndhevelse. Gjennomføringsforpliktelsen innebærer også en unnlatesplikt. Kjente, eller burde myndighetene kjenne til, en risikofaktor, men valgte å ikke benytte sin myndighet for å eliminere denne risikofaktoren, har staten brutt sin negative sikringsplikt og derunder ikke «sikret» menneskerettighetene.<sup>12</sup>

Etter lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl.) § 2 gjelder den europeiske menneskerettighetskonvensjonen som norsk lov. Formålet med loven er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett jf. mrl § 1. Norge har etter grl. § 92 en plikt til å sikre at rettighetene, som fremgår av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, ikke blir krenket.

---

<sup>10</sup> Basert på artikkel: Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2008/2, punkt 2.2.1, Juridika

<sup>11</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utgave, Fagbokforlaget 2015, s. 55

<sup>12</sup> Aall (2015), s. 57

Etter EMK art. 1 skal Norge, som «contracting parties», «secure» «everyone» innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i «Section 1 of this Convention». Ordlyden «secure» viser til statens sikringsplikt, jf. redegjørelse ovenfor. Ordlyden «everyone» har et vidt anvendelsesområde, og viser i denne sammenhengen til norske borgere. Videre henviser «Section 1 of this Convention» blant annet til EMK art. 8. Norge har derfor plikt til å sikre at enhver borger ikke får krenket sin rett til familieliv etter EMK art 8.

### 1.3.2 EMDs metode

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har som oppgave sikre at de kontraherende parter følger i konvensjonen. Domstolen tar kun stilling til enkeltsaker, og har det siste ordet ved tolkningen av EMK.<sup>13</sup>

Utgangspunktet for EMDs metode er alminnelig regler for traktattolkning. Disse reglene er kodifisert i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen - wk) art. 31-33.<sup>14</sup> Hovedregelen, og det primære utgangspunktet, fremgår av wk. art 31. Etter bestemmelsens første ledd skal konvensjonen tolkes i samsvar med sin «ordinary meaning». Ordlyden «ordinary meaning» tilsier den vanlige oppfatningen av ordet. Dette taler for at lovens ordlyd ofte får avgjørende vekt. Likevel fremgår det av bestemmelsen at konvensjonen må «given to the terms of their treaty in their context» og i lys av «its object and purpose». Traktatens formål og sammenhengen mellom bestemmelsene må derfor tas særlig hensyn til.<sup>15</sup> Traktatens formål vil være formålet til konvensjonen helt generelt eller formålet til de enkelte bestemmelsene.<sup>16</sup> Hva som er supplerende rettskilder fremgår av wk. art. 32 og art 33. De supplerende rettskildene kan brukes til å begrunne forhold som allerede fremgår av lovens ordlyd og av traktatens sammenheng og formål.

Selv om det ikke fremgår klart av Wien-konvensjonen hvilken vekt konvensjonspraksis har, er det tydelig at EMD tillegger egen praksis betydelig vekt. Gjennom domstolens praksis utvikler EMD generelle retningslinjer, som hva som ligger i «necessary in a democratic

---

<sup>13</sup> Aall (2015), s. 43

<sup>14</sup> Lagt til grunn i blant annet *Bankovic and others v. Belgium and others (GC)*, no. 52207/99, ECHR:2001

<sup>15</sup> Torkel Opsahl og Jørgen Aall i *Knophs oversikt over Norges rett*, 14 utgave, Universitetsforlaget 2014, s. 641 og 642

<sup>16</sup> Frode Elgesem, «Tolkning av EMK- Menneskerettsdomstolens metode», *Lov og rett 04-05/2003*, s. 203-230, se punkt 3.5

society» i EMK art 8, eller mer konkrete vurderinger som kan danne prejudikat for senere saker med lignende forhold.<sup>17</sup> EMD foretar ofte en dynamisk tolkning med formål om å videreutvikle innholdet til EMK. En kan si at EMD har en «utviklingspreget tolkningsstil».<sup>18</sup> Høyesterett har lagt til grunn at ved tolkningen av EMK må norske domstoler «anvende de samme prinsipper for tolkning som EMD og forholde seg til konvensjonsteksten og denne domstols avgjørelser».<sup>19</sup> EMDs metode er derfor veiledende for hvordan norske myndigheter skal tolke og anvende konvensjonsbestemmelsene, herunder EMK art. 8.

## 1.4 Videre fremstilling og avgrensning

Avhandlingen er delt inn i tre deler som også illustrerer en eventuell kronologisk utvikling i norsk barnevernspraksis. Første del (kapittel 2) er en redegjørelse av norsk barnevernspraksis før Strand Lobben. Kapittel 3 redegjør for EMDs krav til midlertidighet, og hvordan dette har blitt vektlagt i den konkrete vurderingen. Kapittel 4 er en gjennomgang av nyere Høyesterettpraksis som vurderer hvilken måte Strand Lobben og øvrige dommere påvirker norsk barnevernspraksis.

Avhandlingen avgrenser mot avgjørelser om samtykke til adopsjon og fratakelse av foreldreansvar. Kravet til midlertidighet vil også påvirke dette tiltaket på et tidligere stadium, noe som vil bli belyst i avhandlingen.<sup>20</sup> Det blir imidlertid ikke gjort en nærmere redegjørelse av vilkårene omhandlet adopsjon og EMDs kritikk knyttet til dette. Videre vil tolkningen av EMD dommene fokusere på uttalelser og retningslinjer som knytter seg opp mot avhandlingens tema og problemstilling. Det avgrenses derfor mot problemstillinger i EMD dommerne som ikke er retningsgivende for avhandlingens tema.

---

<sup>17</sup> Elgesem (2003) punkt 3.2

<sup>18</sup> Elgesem (2003) punkt 3.6; Rt. 2000 s. 996, s. 1008

<sup>19</sup> Rt. 2001 s. 1006 s. 1016

<sup>20</sup> Se punkt 3.3



## 2. Praksis etter barnevernloven

### 2.1 Innledende bemerkninger

Barnevernets primære oppgave er å sikre at «barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid» jf. lov 17 juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barneloven-bvl) § 1-1.<sup>21</sup> Bestemmelsen gir uttrykk for plikten barnevernet har til å yte tjenester når lovens vilkår er oppfylt.<sup>22</sup> Tjenestene skal ha som formål å forebygge omsorgssvikt og atferdsproblemer jf. bvl. § 3-1.

Denne delen av avhandlingen inneholder en gjennomgang av praksis etter barnevernloven om omsorgsovertakelse, opphevelse av omsorgsovertakelse og samvær. Hovedfokuset vil være på vurderingstemaer som senere blir kritisert i EMD praksis. Formålet med denne delen er å danne en ramme for videre fremstilling og redegjøre for hva som var «gjeldene rett» i forkant for Strand Lobben og øvrige dommere.<sup>23</sup>

### 2.2 Sentrale hensyn

Etter bvl. § 4-1 skal hensynet til «barnets beste» tillegges «avgjørende vekt». Hensynet til «barnets beste» er todelt; på den ene siden hva som er det beste for det enkelte barnet i den konkrete saken og på den andre siden hva som er det beste for «barna» – på et generelt grunnlag.<sup>24</sup> Ordlyden «avgjørende vekt» tilsier at hensynet er utslagsgivende. Det må gjøres en konkret vurdering da vekten av hensynet varierer blant annet hvor mye som står på spill for barnet, og hvor tungtveiende de andre relevante hensynene er.<sup>25</sup>

Hensynet til barnets beste har folkerettslig forankring gjennom FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller (barnekonvensjonen), som er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettighetsloven.<sup>26</sup> Etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal hensynet til barnets

---

<sup>21</sup> NOU 2016:16 Ny barnevernslov: Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse, punkt 5.3.1.4

<sup>22</sup> Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven*, 6 utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2015, s. 14

<sup>23</sup> Jf. dommerne nevnt i fotnote 3

<sup>24</sup> Kristen Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelser*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2003, s. 52 og 53

<sup>25</sup> Sandberg (2003), s. 55 og 56

<sup>26</sup> Konvensjonen har tilsvarende EMK forrang ved motstrid jf.mrl § 2; se punkt 1.3.2

beste være et «grunnleggende hensyn» i alle avgjørelser som involverer barn. Staten har etter artikkel 3 nr. 2 en alminnelig omsorgsplikt ved å sikre barnet «beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel», og må derfor treffe «alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål». Barnekonvensjonen art. 9 legitimerer adgangen for barnevernet å skille barn fra biologiske foreldre, men kun når det er «nødvendig av hensyn til barnets beste».<sup>27</sup> Artikkelen gir uttrykk for en rett for barn til å bo sammen med sin biologiske familie, men også til å opprettholde kontakt og personlig forbindelse med dem.<sup>28</sup>

Hensynet til barnets beste har også konstitusjonell forankring i norsk rett. Etter grl. § 104 annet ledd «skal» barnets beste være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Bestemmelsen er utformet på bakgrunn av barnekonvensjonen og er en parallell til art. 3 nr 1.<sup>29</sup> Formålet med grl. § 104 er å gjenspeile det særlige vernet barnet har i norsk rett.<sup>30</sup> Ordlyden «skal» tilsier at hensynet til barnet skal komme i første rekke, og at det derfor har førsteprioritet.<sup>31</sup> Rettspraksis har imidlertid lagt til grunn at hensynet ikke alltid er avgjørende.<sup>32</sup> Barnets interesser skal likevel «danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».<sup>33</sup>

Den konstitusjonelle og folkerettslige forankringen av hensynet til barnets beste illustrerer viktigheten av hensynet i norsk rett. Hensynet har stor og ofte avgjørende vekt, men må likevel inngå som et moment i myndighetenes forholdsmessighetsvurdering og derfor veies opp mot andre relevante hensyn.

Et slikt relevant hensyn er det biologiske prinsipp. Prinsippet kan formuleres som en rett for barn til å vokse opp hos sine biologiske foreldre.<sup>34</sup> En kan også forstå det biologiske prinsipp

---

<sup>27</sup> Sandberg (2003), s. 170–173

<sup>28</sup> NOU 2012:5: Bedre beskyttelse av barns utvikling- Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet, s. 215

<sup>29</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 192; Rt. 2015 s. 93, avsnitt 64

<sup>30</sup> Innst.186 S (2013–2014), s. 29

<sup>31</sup> Bårdsen Arnfinn, «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovs norm», fra *Rettsavklaring og rettsutvikling* FEST-2016-ts-243, Universitetsforlaget, s. 256

<sup>32</sup> Rt. 2015 s. 93, avsnitt 65

<sup>33</sup> Rt. 2015 s. 93, avsnitt 65

<sup>34</sup> Rt. 1982 s. 770; Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett 1*, 5. utgave, Gyldendal juridisk 2014, s. 526

som en rett til å opprettholde og ivareta biologiske bånd.<sup>35</sup> Prinsippet gjenspeiles i flere av barnevernlovens bestemmelser, og fungerer som et reelt hensyn i myndighetenes skjønnsutøvelse. Det er likevel usikkert hvor selvstendig prinsippet er, da hensynet til barnets beste har avgjørende betydning jf. bvl. § 4-1.<sup>36</sup> Det biologiske prinsipp kan derfor sies å være utslagsgivende så lenge det er i samsvar med barnets beste.

Barnelovens bestemmelser er også bygget på det mildeste inngreps prinsipp. Dette innebærer at myndighetene ikke kan iverksette tiltak som er med inngripende enn nødvendig.<sup>37</sup>

Barnevernet må derfor forsøke å foreta tiltak som ikke er strengere enn hva som er nødvendig for å ivareta barnas interesser.<sup>38</sup>

## 2.3 Omsorgsovertakelse

Rettslig grunnlag for omsorgsovertakelse fremgår av bvl. § 4-12. Det «kan» treffes vedtak om å overta den daglige omsorgen for et barn, dersom ett av de fire alternative grunnvilkårene av bestemmelsens a) til d) er oppfylt.<sup>39</sup> Vedtaket kan kun treffes dersom det er «nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i» jf. bvl. § 4-12 annet ledd og ikke er tilfredsstillende med hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 eller tiltak etter bvl. §§ 4-10 og 4-11. Bvl. § 4-12 er utslag av det biologiske prinsipp, noe som tilsier at barnet, så langt det lar seg gjøre, skal bo sammen med sine biologiske foreldre.<sup>40</sup> Prinsippet gjenspeiles i at vilkårene i bestemmelsen tolkes strengt og det kan ikke gjøres en for utvidende tolkning.<sup>41</sup> Kommunen har beviskravet for at vilkårene er oppfylt, og beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>42</sup>

Ordlyden «kan» tilsier at vedtaket må baseres på en skjønnsmessig vurdering. Det gjenspeiler i vilkåret «nødvendig» at inngrepet skal være forholdsmessig og balansere ulike hensyn.<sup>43</sup> I vurderingen må det legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste.<sup>44</sup> Hensynet er

---

<sup>35</sup> Sandberg (2003), s. 78

<sup>36</sup> Sandberg (2003), s. 78

<sup>37</sup> Jf. bvl. § 4-12: Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven, s. 83

<sup>38</sup> Sandberg (2003), s. 42

<sup>39</sup> Kønstad og Syse (2014), s. 527

<sup>40</sup> Jf. punkt 2.2

<sup>41</sup> NOU 2012: 5, s. 68

<sup>42</sup> NOU 2012: 5, s. 74

<sup>43</sup> Kønstad og Syse (2014), s. 529

<sup>44</sup> Jf. bvl. § 4-1; se punkt. 2.2

avgjørende i den forstand at «barnets behov for beskyttelse og omsorg skal vektlegges framfor foreldrenes rettigheter».<sup>45</sup> Forarbeidene presiserer at skjønnet om hva som er «barnets beste» er dynamisk i den grad at ny kunnskap og endring i kulturelle normer kan endre de faglige vurderingene.<sup>46</sup>

At et tiltak må være «nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i» innebærer at mindre inngripende tiltak ikke er tilfredsstillende etter §§ 4-5, 4-10 og/eller 4-11. Generelt kan omsorgsovertakelse kun være aktuelt dersom hjelpetiltak ikke fører fram eller anses «nytteløst».<sup>47</sup> At et tiltak er «nytteløst» innebærer at barnevernet faktisk må ha forsøkt å bidra med avhjelpende tiltak, eventuelt at potensielle tiltak ikke vil ha noen effekt.<sup>48</sup> Dette vil blant annet avhenge av foreldrenes evne og vilje til å ta imot hjelp.<sup>49</sup> Behovet for avhjelpende tiltak må vurderes konkret. Det må tas høyde for at forhold kan forandre seg og derfor være behov for en ny vurdering ut fra nåværende situasjon.<sup>50</sup> Det finnes likevel en «øvre grense» for hvor mye hjelp «en familie makter å motta og hjelpeapparatet greier å yte».<sup>51</sup> Det er og usikkert hvor tilfredsstillende en omsorgssituasjon kan være dersom den i stor grad avhengig av permanente hjelpetiltak.<sup>52</sup>

## 2.4 Opphevelse av omsorgsovertakelse

Omsorgsovertakelse må ses i sammenheng med reglene om opphevelse av omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21. Etter nevnte bestemmelse kan fylkesnemnda oppheve omsorgsovertakelse når det er «overveiende sannsynlig» at foreldrene kan gi barnet «forsvarlig omsorg». Det kan likevel ikke oppheves vedtak om omsorgsovertakelse dersom barnet har fått «tilknytning til mennesker og miljø der det er, at etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet» jf. bvl. § 4-21 (1) siste punktum.

---

<sup>45</sup> Jf. bvl. § 4-1; Prop.106 L (2012–2013), s. 82

<sup>46</sup> Prop.106 L (2012–2013), s. 83

<sup>47</sup> Det avgrenses mot en nærmere redegjørelse hjelpetiltakene etter §§ -5, 4-10 og 4-11, da vilkåret «nytteløst» er det mest sentrale.

<sup>48</sup> Rt. 1995 s. 350, s. 353 og s. 355

<sup>49</sup> Rt. 1994 s. 568, s. 577

<sup>50</sup> Rt. 1996 s. 1203, s. 1216

<sup>51</sup> Rt. 1982 s. 764 s. 770; Marit Andrine Kraglund, «Rettens vurderinger av mildere inngrep ved omsorgsovertakelse», *Kritisk Juss 200771-2*, s. 57-60, Juridika, se punkt 3

<sup>52</sup> Rt. 1995 s. 350, s. 354

Ordlyden «forsvarlig omsorg» tilsier at foreldrene må være egnet som omsorgspersoner. Det må foretas en skjønnsmessig helthetsvurdering. Her vil livssituasjonen til de «biologiske foreldrene sammenholdes med barnets aktuelle situasjon og dets behov».<sup>53</sup> Det har betydning om foreldrenes situasjon har endret seg, og om det er fare for tilbakefall. Det må foretas en konkret vurdering ut ifra det enkelte barn og hensynet til barnets beste vil få avgjørende vekt.<sup>54</sup> Om barnet har et spesielt omsorgsbehov, må foreldrene ha evne og vilje til å hjelpe han eller henne.<sup>55</sup>

Omsorgsovertakelse kan i utgangspunktet ikke settes med bindende virkning. Barnevernet er derfor pliktet til å prøve ut om vilkårene for omsorgsovertakelse er til stede.<sup>56</sup> Denne avgjørelsen må baseres etter bvl. § 4-12.<sup>57</sup> Avgjørelsen om vilkårene er tilstede vil bero på «en skjønnsmessig helthetsvurdering av alle relevante opplysninger i saken».<sup>58</sup>

Ordlyden «overveiende sannsynlig» tilsier at beviskravet er strengt. Forarbeidende presiserer at det bør «foreligge svært gode argumenter for at avgjørelsen som blir tatt om omsorgsovertakelse skal endres, og tilbakeføring gjennomføres».<sup>59</sup> Det er gjennomgående lagt til grunn i rettspraksis, og senere lagt til grunn i forarbeidende, at beviskravet er mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>60</sup> Samlet sett tilsier dette at det må foreligge klare holdepunktet og godt bevismessig grunnlag for at de biologiske foreldrene er egnet som omsorgspersoner for at barnet skal kunne tilbakeføres.

Selv om det anses «overveiende sannsynlig» at foreldrene kan gi «forsvarlig omsorg» til barnet, kan dette ikke gjennomføres dersom flytting vil tilføre barnet «alvorlige problemer» på grunn av tilknytning til mennesker og miljø i sitt nye hjem jf. bvl. § 4-21 (1) siste punktum. Det stilles ikke særskilte krav til hvor lenge barnet må ha vært hos familien, men

---

<sup>53</sup> Ot.prp. nr. 69 (2008–2009) Om lov om endringer i barnevernloven, s. 19

<sup>54</sup> Jf. bvl. § 4-1

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 69 (2008–2009), s. 19

<sup>56</sup> Ofstad og Skar (2015), s. 29

<sup>57</sup> Rt. 2004 s. 1683, avsnitt 30

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 69 (2008–2009), s. 26

<sup>59</sup> Siterte uttalelse er fra Norsk psykologforening, som departementet slutter seg til på side 26 i Ot.prp.nr 69 (2008–2009)

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 69 (2008–2009), s. 25

etter rettspraksis har en varighet på 2 og et halvt år vært nok.<sup>61</sup> Det sentrale er om tilbakeføring vil føre til en «reell fare for skadevirkninger av betydning på lengre sikt».<sup>62</sup> Det avgjørende er likevel om tilbakeføring er til barnets beste jf. bvl. § 4-1.

## 2.5 Samvær

Bvl. § 4-19 (1) hjemler det rettslige utgangspunktet om at både foreldre og barn har rett til samvær, dersom ikke annet er bestemt.<sup>63</sup> Etter bvl. § 4-19 (2) skal fylkesnemnda, ved avgjørelse om omsorgsovertakelse, ta «standpunkt til omfanget samvær». Fylkesnemnda kan også vedta at barnet skal leve på sperret adresse jf. bvl. § 4-19 (2) siste setning. Foreldrenes rett til samvær etter omsorgsovertakelse er et utslag av det biologiske prinsipp.<sup>64</sup> Et vedtak etter bvl. § 4-19 må ses i sammenheng med vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Om sammenhengen mellom bestemmelsene uttalte Høyesterett i Rt. 1998 s.787 følgende:

«I de tilfelle omsorgsovertakelse antas å være midlertidig og tilbakeføringen ventes å finne sted innen rimelig tid, bør det sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldrene og barnet holdes best mulig vedlike jf uttalelsene i NOU 1985:18 side 162. Dette tilsier etter hvert hyppige samvær av noe lengre varighet. Hvis tilbakeføringen ikke kan påregnes eller ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til. Hovedmålsettingen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til barnets beste ut fra følelser, interesser og behov»

Sentrale vurderingstemaer er vedtakets formål og hvilken type plassering det er tale om. Er omsorgsovertakelsen midlertidig bør det tilkjennes hyppig samvær. Vurderes omsorgsovertakelsen til å være langvarig, skal samvær fastsettes i samsvar med det formål at barnet skal ha tilknytning til sitt biologiske opphav. Samværet må likevel ikke være til hinder for å skape en god relasjon mellom fosterforeldre og barn.<sup>65</sup> Fastsettelsen må vurderes ut fra hva som er barnets beste, og derfor vurderes konkret i det enkelt tilfelle.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Se HR-2016-02262-A. Her var det også av betydning at barnet hadde fått «meget nær tilknytning til fosterforeldrene og de barna han bor sammen med», jf. avsnitt 78.

<sup>62</sup> Rt. 1995 s. 350, s. 354

<sup>63</sup> Rt. 1996 s. 1684, s. 1694

<sup>64</sup> Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 27

<sup>65</sup> Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 34

<sup>66</sup> Rt. 2012 s. 1832; jf. bvl. § 4-1

Loven oppstiller ikke noe veiledende norm for omfanget, herunder hva som tilsvarer «vanlig» samvær.<sup>67</sup> Norsk praksis har likevel en tradisjon for å være relativt restriktive ved fastsettelsen, spesielt ved langvarig omsorgsovertakelse. I Rt. 2012 s. 1832 tok Høyesterett stilling til spørsmålet om omfanget av samvær ved omsorgsovertakelse. Høyesterett uttalte at det ikke kan defineres noen form for «tålegrense», og at omfanget vil variere ut ifra den konkrete sak. Likevel var det retningsgivende hvilket «nivå» domstolen tidligere hadde lagt seg på: «Høyesterett har behandlet flere saker om samværsrett, og antall samvær ved langvarige fosterhjems plasseringer har i de fleste variert mellom tre og seks per år».<sup>68</sup> Selv om det ikke kan oppstilles noen standard for hvor mye samvær som blir tilkjent, gir dette en illustrasjon på samværspraksisen i Norge. En generell norm er at det blir tilkjent relativt lite samvær ved langvarig omsorgsovertakelse.

Bvl. § 4-19 (2) gir også fylkesnemnda adgang til å nekte samvær mellom biologiske foreldre og barn. Loven er imidlertid taus om hva som kreves for at fylkesnemnda rettmessig kan vedta dette. Det er i Høyesterettpraksis vist til kravene som følger av EMD, og barnelovens strenge vilkår, at det da kreves «spesielle og sterke grunner».<sup>69</sup> Dette gjenspeiles i utgangspunktet om at samvær er en rettighet etter bvl. § 4-19 (1), og total fravikelse må derfor være særlig begrunnet.

---

<sup>67</sup> Trude Haugli, *Samvær i barnevernssaker*, 2. Utgave, Universitetsforlaget 2000 s.135

<sup>68</sup> Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 37

<sup>69</sup> Ofstad/Skar (2015), s. 185; Rt. 2002 s. 908

# 3. Kravet til midlertidighet etter EMK art. 8

## 3.1 Innledende bemerkninger

EMD har lagt til grunn at brudd på familiebånd mellom biologiske foreldre og barn kun kan forekomme i «very exceptional circumstances». <sup>70</sup> Nasjonale myndigheter må derfor gjøre det de kan for å bevare familierelasjoner, og hvis mulig «rebuild the family». <sup>71</sup> På bakgrunn av dette har EMD lagt til grunn at omsorgsovertakelser som hovedregel skal være midlertidig. Staten derfor har en positiv plikt til å sikre tilbakeføring og gjenforening.

Denne delen av avhandlingen redegjør for kravet til midlertidighet i avgjørelser om omsorgsovertakelser, med utgangspunkt i EMD praksisen mot Norge. <sup>72</sup> Redegjørelsen er delt inn i ulike temaer, med formål å klargjøre og systematisere hvilke retningslinjer som EMK art. 8 stiller til de ulike omsorgsavgjørelsene. Punkt 3.2 en gjennomgang av retten til familieliv etter EMK art. 8, konsentrert mot avgjørelser om omsorgsovertakelser, med formål å illustrere EMDs rettslige utgangspunkt. Videre er punkt 3.3 en gjennomgang av generelle utgangspunkter for kravet til midlertidighet. Dette vil danne ramme for punkt 3.4 som er en mer konkret redegjørelse for hvilke retningslinjer kravet til midlertidighet stiller til vedtak som angår omsorgen av barn- herunder omsorgsovertakelse, tilbakeføring etter omsorgsovertakelse og samvær. Formålet med gjennomgangen er å undersøke om det er behov for endringer i norsk barnevernspraksis på bakgrunn av kritikken fra EMD.

Det bemerkes at redegjørelsen flere steder er basert på EMDs konkrete vurdering i den enkelte sak. Den konkrete vurderingen er ikke like retningsgivende som domstolens generelle prinsipper. Vurderingen er i større grad er påvirket av forholdene i den enkelte sak, og gir i mindre grad uttrykk for generelle retningslinjer. Skillet mellom konkrete og generelle uttalelser vil ikke bli spesielt problematisert i avhandlingen. <sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 207

<sup>71</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 207

<sup>72</sup> Jf. fotnote 3; se punkt 1.2 for begrepsavklaring for «kravet til midlertidighet»

<sup>73</sup> Dette er fordi avhandlingen har som formål å kartlegge og systematisere hvilke krav EMD *samlet* sett stiller til norsk barnevern. Sondringen av hva som er generelle og/eller konkrete uttalelser er derfor ikke like sentral. Det



## 3.2 Retten til familieliv ved omsorgsovertakelser etter

### EMK art. 8

Etter EMK art 8 (1) har «everyone» «right to respect for» sitt «(...) family life».

Ordlyden «right to respect» viser til statens unnlatesplikt ved ikke å krenke rettigheten, og statens positive handleplikt til å iverksette beskyttelsestiltak for å verne bestemmelsens interesser.<sup>74</sup> Staten har en positiv forpliktelse ved å ha et praktisk og effektivt sikkerhetsnett for å beskytte barnets interesser.<sup>75</sup> Forpliktelsen innebærer at myndighetene, så langt det lar seg gjøre og etter hva som er i barnets interesse, må sørge for at barn har en viss kontakt med sine biologiske foreldre. På den andre siden er staten forpliktet til å gripe inn i forhold hvor foreldrenes omsorg ikke er tilstrekkelig og derfor ikke ivaretar barnets behov.<sup>76</sup>

Ordlyden «familylife» tilsier etablert familierelasjon.<sup>77</sup> Begrepet omfatter tilfeller hvor det allerede eksisterer et familieliv, men kan også omfatte et påtenkt familieliv.<sup>78</sup> Begrepet er relativt og må tas utgangspunkt i de faktiske etablerte forhold.<sup>79</sup> Dette innebærer at biologisk tilknytning i seg selv nødvendigvis ikke er nok til å omfattes av «familylife».<sup>80</sup>

Utgangspunktet er likevel at forholdet mellom foreldre og barn omfattes av bestemmelsen og utgjør en gjensidig rettighet. Den gjensidige gleden av å tilbringe tid med hverandre er en fundamental del av familielivet.<sup>81</sup>

---

er også flere steder noe problematisk å tolke EMDs vurderinger og uttalelser. Se eksempelvis punkt 3.3.4. Her problematiserer jeg hva domstolen legger i hensynet til barnets beste, men jeg mener det også er problematisk å kartlegge om EMD mener at myndighetenes synspunkt er «cynical» generelt, eller «cynical» ut ifra de konkrete omstendighetene i saken.

<sup>74</sup> Tor Ehlers Bertelsen, *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 1. utgave 2011, Gyldendal Norsk forlag, s. 239

<sup>75</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 207

<sup>76</sup> En nærmere redegjørelse av statens positive plikt ved omsorgsovertakelser vil bli gjennomgått punkt 3.3.2

<sup>77</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention- for praktikere*, 5. Utgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2020, s. 875

<sup>78</sup> Kjølbro (2020), s. 878

<sup>79</sup> Aall (2015), s. 234.

<sup>80</sup> Kjølbro (2020), s. 877

<sup>81</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 202

Avgjørelser om omsorgsovertakelse utgjør klart et inngrep etter EMK art. 8 (1). Etter EMK art. 8 (2) kan inngrep etter første ledd kun skje dersom det er i «accordance with the law» og er «necessary in a democratic society» av hensyn til «national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others» Avgjørelse om omsorgsovertakelse kan rettferdiggjøres dersom det er i samsvar med loven, utgjør et legitimt formål etter (2) og er «necessary in a democratic society».

Vilkåret «accordance with the law» innebærer at myndighetens vedtak må ha grunnlag i nasjonal lovgivning. Lovkravet er bygget på hensynet til forutberegnelighet, som tilsier at loven må være tilstrekkelig presis.<sup>82</sup> Som redegjort for i kapittel 2 har barnevernloven klar hjemmel for både omsorgsovertakelse, tilbakeføring etter omsorgsovertakelse og samvær. Lovkravet er derfor sjelden problematisert i EMDs praksis som gjelder norsk barnevern.<sup>83</sup> Det avgrenses derfor mot nærmere redegjørelse av lovkravet.

Inngrepet må kunne rettferdiggjøres i et «legitimate aim»; vedtaket må være i samsvar med et lovlig formål. Vedtak som angår omsorgen av et barn, er vanligvis formålstjenlig da det ivaretar «protection of health or morals» og/eller «rights and freedoms» for barnet.<sup>84</sup> Listen av lovlig formål er likevel ikke uttømmende. EMD har uttalt at behovet for barnas beskyttelse utgjør et «legitimate aim».<sup>85</sup> En avgjørelse om omsorgsovertakelse kan derfor rettferdiggjøres dersom den er begrunnet i barnets behov for beskyttelse eller ivaretar barnets interesser.

Myndighetenes vedtak må være «necessary in a democratic society». Nødvendighetskravet er ofte problematisert i saker som omhandler avgjørelser om omsorgsovertakelse, og er derfor vanligvis det sentrale i EMDs vurdering. Kravet kan bli oppsummert følgende:

«In determining whether the latter condition was fulfilled, the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, among many other authorities, Paradiso and Campanelli, cited above, § 179). The notion of necessity further implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to

---

<sup>82</sup> Aall (2015) s. 135

<sup>83</sup> Se eks Strand Lobben v. Norway, avsnitt 214; A.S v. Norway, avsnitt 58;Abdi Ibrahim v Norway avsnitt 52

<sup>84</sup> Som i Strand Lobben v. Norway, avsnitt 214

<sup>85</sup> Olsson v. Sweeden(1), avsnitt 64

the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests»<sup>86</sup>

Begrunnelsen for myndighetenes inngrep må være «relevant and sufficient». Inngrepet må utgjøre et tvingende samfunnsmessig behov, mer bestemt stå i forhold til det legitime formål og utgjøre en «fair balance» mellom de relevante konkurrerende interesser. Ved avgjørelser som griper inn i foreldre og barnets rett til familieliv, må myndighetene foreta en balansert avveining hvor alle interesser på best mulig måte blir ivaretatt.

Statene har en skjønnsmargin ved anvendelsen av EMK art. 8.<sup>87</sup> Synet på familielivet, og oppfatningen av hva dette innebærer, kan varierer stort fra stat til stat. Myndighetene er derfor tilkjent en vid skjønnsmargin ved avgjørelser om omsorgsovertakelser.<sup>88</sup> Hvor stor vekt EMD tillegger de enkelte staters oppfatning vil likevel variere, blant annet ut ifra sakens natur og interessene som står på spill.<sup>89</sup> EMD er normalt tilbakeholden ved å foreta en inngående prøving når det gjelder de materielle spørsmålet om omsorgsovertakelser. Prøvingen er ofte mer indirekte, i form av å vurdere om nasjonale myndigheter har foretatt en betryggende saksbehandling.<sup>90</sup> I avgjørelser om samvær er prøvingen mer direkte og inngående. Dette gjelder spesielt ved vedtak om samværsnekt, da dette er et sterkt inngrep på retten til familieliv etter EMK art. 8.<sup>91</sup>

### **3.3 Generelle utgangspunkter ved kravet til midlertidighet**

#### **3.3.1 Hensynet til barnets beste**

EMK har ingen tilsvarende bestemmelse som barnekonvensjonen art. 3.<sup>92</sup> At hensynet til barnets beste har stor betydning fremgår likevel klart av EMDs praksis. Domstolen har lagt til grunn at hensynet til barnets beste er av «paramount importance», som innebærer at alle avgjørelser som angår omsorgen av et barn må deres interesser «come before all other

---

<sup>86</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 203

<sup>87</sup> Utgangspunkt i Aall sin definisjon av skjønnsmarginen: “(...) skjønnsmargin for staten er ikke frihet for staten til å definere innholdet og omfanget av en rettighet, bare at EMD vil tillegge statens egen vurdering av gjennomføringen av den større eller mindre vekt, beroende på en rekke variabler” Aall (2015), s. 158-159.

<sup>88</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 211

<sup>89</sup> Aall (2015), s. 159

<sup>90</sup> Som ble gjort i blant annet Strand Lobben v. Norway, se punkt 3.4.1

<sup>91</sup> Aall (2015), s. 239

<sup>92</sup> Jf. punkt 2.2

considerations».<sup>93</sup> I avgjørelsen *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* uttalte EMD at hensynet til barnets beste «comprises two limbs»:

«On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to "rebuild" the family (see *Gnahoré*, cited above, § 59). On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development (see, among many other authorities».<sup>94</sup>

Normalt vil det være til barnets beste å opprettholde relasjonen med sine biologiske foreldre, som innebærer at det i flere tilfeller vil være det beste for barnet å bo hos sin biologiske familie. EMK art. 8 setter likevel begrensinger på å foreta tiltak som kan skade barnets helse eller utvikling, «harm the child's health and development». Myndighetene må derfor sikre barnets utvikling i et sunt og trygt miljø.

### **3.3.2 Statens positive tilbakeføring- og gjenforeningsplikt**

Kravet til midlertidighet innebærer en positiv plikt for nasjonale myndigheter til å foreta de tiltak som mulig for å gjenforene familien og ivareta familierelasjoner (statens positive tilbakeføring- og gjenforeningsplikt). Dette er gjennomgående uttalt i dommerne forelagt for EMD om norsk barnevern:

«Accordingly, in the case of imposition of public care restricting family life, a positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible.(...) The positive duty to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible will begin to weigh on the competent authorities with progressively increasing force as from the commencement of the period of care, subject always to its being balanced against the duty to consider the best interests of the child.»<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> *Jovanovic v Sweden*, no 10592/12; *Jansen v Norway*, avsnitt 91; *Strand Lobben v. Norway*, avsnitt 204

<sup>94</sup> *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, EMDN-2007-41615, avsnitt 136

<sup>95</sup> *A.S v. Norway*, avsnitt 59

Statens positive tilbakeføring- og gjenforeningsplikt starter, og blir gradvis mer skjerpet, ved iverksetting av et (eller flere) omsorgstiltak. Dette innebærer at myndighetene må se hen til hvilke konsekvenser et omsorgstiltak vil ha for barn og foreldre, og om dette kan hindre målet om tilbakeføring og gjenforening. At myndighetene må foreta en fremtidsrettet vurdering illustreres av dommen *Jansen v. Norway*. Hovedspørsmålet i saken var om avgjørelse om samværsnekt utgjorde en krenkelse av de biologiske foreldrenes rett til familieliv etter EMK art. 8. Norske myndigheter hadde i hovedsak begrunnet vedtaket med fare for bortføring av barnet. Det sentrale for EMD var om Høyesterett i sin vurdering hadde tatt i betraktning at omsorgsovertakelse i utgangspunktet er et midlertidig inngrep, som igjen innebærer en positiv plikt å foreta de tiltak som mulig for å gjenforene familien.

EMD var kritisk til myndighetenes saksbehandling. Lagmannsretten hadde gjennomgående fokusert på å beskytte barnet mot potensiell bortføring, men da oversett målet om gjenforening: «Moreover, the High Court's decision did not focus on reuniting A and the applicant (...) or on preparing for reunification in the near future, but rather on protection A for a potential abduction and its consequences».<sup>96</sup> Lagmannsretten hadde ikke sett på langtidseffekten en permanent separasjon vil ha for barna og biologiske foreldrene. Norske myndigheter hadde brutt sin positive plikt til å sikre tilbakeføring. Domstolen kom enstemmig fram til at det forelå en krenkelse av EMK art. 8.

Domstolens vektlegging av hensynet til barnets beste i *Jansen v. Norway* er interessant. Som nevnt skal hensynet ha «paramount importance» i avgjørelser som angår omsorgen av et barn.<sup>97</sup> Det kan argumenteres for at hensynet til barnet ble tillagt «paramount importance» i myndighetenes saksbehandling, da formålet var å beskytte barnet mot fare (for bortføring). Likevel var det ikke rettmessig da hensynet til barnets beste kom i veien for det sentrale målet om gjenforening. Dommen illustrerer derfor at statens positive plikt innebærer å foreta tiltak som er i samsvar med barnets beste *og* som har formål om tilbakeføring. Med andre ord kan det ene hensynet ikke utelukke det andre.

Statens tilbakeføring- og gjenforeningsplikt vil som nevnt starte ved iverksetting av et omsorgstiltak. Tiltakene kan da være med på å forebygge relasjonsbrudd mellom barn og biologiske foreldre. På den måten kan nasjonale myndigheter unngå å måtte gjennomføre mer

---

<sup>96</sup> *Jansen v. Norway*, avsnitt 103

<sup>97</sup> Jf. Punkt 3.3.1

innгриpende tiltak, som eksempelvis adopsjon. At myndighetene har ansvar for å forebygge relasjonsbrudd fremgår blant annet av dommen *Abdi Ibrahim v. Norway*.<sup>98</sup> Saken dreide seg om et adopsjonsvedtak hvor barnet ble plassert hos en familie med annen religiøs tilhørighet enn sin biologiske. Det ble tilkjent samvær seks ganger i året for å ivareta barnets kulturelle bakgrunn. Norske myndigheter begrunnet adopsjonsvedtaket i barnets tilknytning til fosterfamilie, barnets sårbarhet og behov for stabilitet og barnets negative reaksjon ved samvær med sine biologiske foreldre.

Domstolen kom enstemmig fram til at det forelå en krenkelse av EMK art.8.

EMD kritiserte norske myndigheter for å ikke ha satt i gang tiltak for å opprettholde familiebåndene mellom barn og biologiske foreldre forut for adopsjonsvedtaket. Allerede på et tidligere stadium forelå det derfor stor risiko for at familiebåndene mellom biologisk mor og barn kunne bli brutt. Om dette uttalte domstolen følgende:

«At the time when the impugned adoption proceedings began, there was thus in the Court's view already a considerable risk that the family ties between the two could end up completely broken, even though the applicant had had a positive development and become more mature in the meantime (see, inter alia, paragraph 21 above). That being the case, the Court, while accepting that return of X to the applicant in the short or medium term could not be envisaged, has difficulties in seeing that the domestic authorities may be said to have taken any real measures to facilitate family reunification in the longer term after the care order had been issued and X separated from his mother, before they decided to opt for the most far-reaching measure, namely his adoption».<sup>99</sup>

Siden norske myndigheter ikke hadde ivaretatt sin positive plikt forut for adopsjonsvedtaket kunne de heller ikke basere vedtaket på manglende tilknytning mellom foreldrene og barnet:

«Moreover, where the authorities are responsible for a situation of family breakdown because they have failed in their above-mentioned obligation, they may not base a

---

<sup>98</sup> Dommen er ikke rettskraftig, jf. fotnote 4

<sup>99</sup> *Abdi Ibrahim v. Norway*, avsnitt 61

decision to authorise adoption on the grounds of the absence of bonds between the parents and the child (see Strand Lobben and Others, cited above, § 208)»<sup>100</sup>

Oppsummerende har myndighetene en vidtrekkende plikt til å sikre tilbakeføring og gjenforening etter et omsorgsvedtak. Målet om tilbakeføring skal påvirke myndighetens saksbehandling, samtidig som relasjonen mellom biologiske foreldre og barn på best mulig måte må bli ivaretatt og forsøkt forbedres. Er myndighetene ansvarlig for brudd på familiebåndene, som følge av brudd på sin positive plikt, kan ikke konsekvensene av dette i seg selv være et argument for manglende tilknytning.<sup>101</sup> Mangel på tilknytning mellom biologiske foreldre og barn kan da ikke være et argument for adopsjon eller andre omsorgsavgjørelser.

## **3.4 Kravet til midlertidighet i avgjørelser om omsorgsovertakelser**

### **3.4.1 Kravet om betryggende beslutningsgrunnlag**

EMDs prøving i avgjørelser om omsorgsovertakelser er vanligvis en prosessuell kontroll av myndighetenes saksbehandling.<sup>102</sup> Norske myndigheter har gjennomgående blitt kritisert av EMD for mangler i sin saksbehandling. Følgende er derfor en gjennomgang av hvordan kravet til midlertidighet påvirker prosessuelle forhold i avgjørelser om omsorgsovertakelser.

Det bemerkes at det er noe flytende overgang mellom prosessuelle og materielle forhold ved EMDs vurdering. Den prosessuelle kontrollen av myndighetenes saksbehandling er vanligvis en overprøving av om myndighetenes avgjørelse var «relevant and sufficient»; om begrunnelsen var god nok og av en viss kvalitet. Er det kvalitetsmessige svakheter ved begrunnelsen og proporsjonalitetsvurderingen, kan EMD foreta en mer inngående prøving av de materielle vilkårene.<sup>103</sup> Det oppstår derfor en gråsoner mellom hva som er prosessuelle og materielle vurderinger, noe som gjør det vanskeligere å trekke en skarp grense for hvilke prosessuelle krav som stilles.

---

<sup>100</sup> Abdi Ibrahim v. Norway, avsnitt 61

<sup>101</sup> Også lagt til grunn i Strand Lobben v. Norway, se avsnitt 208

<sup>102</sup> Som nevnt i punkt 3.2

<sup>103</sup> Basert på artikkelen av Silje Holten, «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?», Jussens Venner 2018/2 s. 112–136, Juridika, punkt 4

Myndighetenes saksbehandling ble spesielt kritisert i Strand Lobben v. Norway. Klager brakte saken inn for EMD med påstand om at plassering i fosterhjem, fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon utgjorde en krenkelse av EMK art 8 for biologisk mor (klager) og hennes sønn (andregangsklager).<sup>104</sup> EMD kom 30. november 2017 fram til de faktiske forholdene ikke krenket konvensjonens artikkel 8 under dissens (4:3). Saken ble påanket til «Grand Chamber». Den 10. september 2019 kom EMD, med flertall på (13:4), fram til at det forelå en krenkelse for morens rett til familieliv etter EMK art 8. Flertallet var imidlertid uenig i begrunnelsen og delte seg i to (7:6). Flertallet i flertallet (7:6) konkluderer med at det foreligger en krenkelse av EMK art 8 basert mangler ved «decision-making process».

Avgjørelsesgrunnlaget til tingrettens avgjørelse om adopsjon (avsagt 22.februar 2012) ble sterkt kritisert av flertallet (7:6). Adopsjonsvedtaket ble begrunnet i mors manglende evne til å tilfredsstille barnets behov, barnets negative reaksjon ved samvær mellom biologisk mor og barnets sterke tilknytning til fosterfamilien. Adopsjon var etter tingrettens begrunnelse til barnets beste. Generelt mente flertallet at tingretten i sin avgjørelsesprosess ikke hadde foretatt «a genuine balancing exercise between the interest of the child and his biological family», da de kun hadde fokusert på barnets beste istedenfor å balanseres begge interessene.<sup>105</sup> Biologisk mor hadde siden første vedtak om omsorgsovertakelse gjennomgått viktige endringer som hadde betydning for hennes evne som omsorgsperson. Dette ble ikke tatt med i betraktning da tingretten kun fokuserte på morens forhold ved første vedtak (omsorgsovertakelsen). Flertallet mente videre at det forelå begrenset bevismateriale og forklaringer på hvorfor og på hvilken måte barnet ble ansett som særlig sårbar. På bakgrunn av dette hadde ikke myndighetene sørget for at «all views and interest of the applicants were duly taken into account».<sup>106</sup> Det forelå derfor en krenkelse både av moren og barnets rett til familieliv etter EMK art 8.

Mangler med myndighetenes saksbehandling ble også kritisert i dommen A.S v. Norway. Spørsmålet i saken var om vedtak om avslag på opphevelse av omsorgsovertakelse og begrenset samvær utgjorde en krenkelse av EMK art 8 for biologisk mor. Vedtakene ble fattet

---

<sup>104</sup> Det avgrenses mot spørsmålet om mor kunne klage på vegne av sønn da det faller utenfor avhandlingens problemstilling.

<sup>105</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 220

<sup>106</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 225



på bakgrunn av bekymringsmeldinger om mors omsorgsevne. Samvær ble vedtatt først to ganger i året med to timer varighet senere redusert til to ganger i året med en time varighet. Barnet var særlig sårbart og hadde reagert negativt ved samvær med sin biologiske mor. Klager gikk til sak med ønske om å oppheve vedtaket, men fikk avslag og ble ilagt kontaktforbud og barnet ble plassert på sperret adresse.

EMD kritiserte det bevismessige grunnlaget for tingrettens vedtak. I likhet med Strand Lobben hadde moren hatt en positiv utvikling som hadde betydning for hennes omsorgsevne, noe som ikke ble tatt med i avgjørelsesgrunnlaget. Begrunnelsen for barnets negative reaksjon baserte seg først og fremst på fosterforeldrene sine rapporter. Generelt hadde tingretten avvist all form for bevis i klagerens favør uten god grunn, inkludert vurderinger av sakkyndige som mente at en grunn for barnets oppførsel kunne være reaksjon på at han savnet moren sin. Det forelå også begrenset bevis for å underbygge hva den faktiske årsaken til barnets negative reaksjon var.<sup>107</sup> Beslutningsprosessen hadde ikke klart å ta med og vurdere alle klagerens interesser, og det forelå derfor et brudd på EMK art 8.

Samlet sett illustrerer dommerne at myndighetene må ha et betryggende beslutningsgrunnlag for avgjørelser som angår omsorgen av et barn. Dette innebærer at forholdsmessighetsvurderingen på best mulig måte må ivareta alle konkurrerende interesser. Kravet til midlertidighet påvirker beslutningen da foreldrenes interesser, særlig deres interesser om tilbakeføring, må bli tatt med i vurderingen. I begge sakene gjennomgått ovenfor var det kritikkverdig at mors interesser om tilbakeføring og gjenforening ikke ble godt nok ivaretatt i myndighetenes avgjørelsesgrunnlag. Beslutningsgrunnlaget var derfor ikke betryggende nok da viktige bevis, spesielt vurderinger fra sakkyndig, ikke ble tatt med i domstolens forholdsmessighetsvurdering. Dette illustrerer at beslutningsgrunnlaget må belyse alle sider av saken, og på best mulig måte ivareta alle konkurrerende interesser. Er beslutningsgrunnlaget et resultat av en balansert avveiing har myndighetene bedre forutsetninger for å treffe et vedtak som er rettmessig og rettferdig.

I dommen M.L v. Norway hadde norske myndighetene på en tilstrekkelig måte ivaretatt alle konkurrerende interesser i sin forholdsmessighetsvurdering. Saken gjaldt spørsmålet om plassering av et barn i fosterhjem utgjorde en krenkelse av artikkel 8. To brødre var plassert i to ulike fosterhjem; den eldste hos klagerens mor og stefar og den yngste hos en annen

---

<sup>107</sup> A.S v. Norway, avsnitt 69

fosterfamilie uten tilknytning til klagerne. Plasseringen ble begrunnet i barnets beste da brødrene hadde ulikt omsorgsbehov, og den biologiske fosterfamilien ikke var egnet til å ta vare på to barn. EMD vurderte norske myndighetenes sin begrunnelse for at barnet ikke hadde vært plassert hos sin biologiske familie. De viste til barnets situasjon og atferd, forhold ved klagerens mor; hennes alder og manglende interesse i å ta av seg barnet, og barnets tilknytning til sin nye fosterfamilie. Domstolen konkluderte med at den nasjonale domstolen hadde foretatt en *grundig vurdering* av interessene til hver involvert person, da ved å se hen til hva som er barnets beste. Begrunnelsen bak avgjørelsen var «relevant and sufficient» og det forelå derfor ikke en krenkelse av EMK art.8.<sup>108</sup>

Dommen illustrerer, i samsvar med øvrige dommere, at myndighetene må ta alle relevante omstendigheter med i vurderingen ved avgjørelser om som angår omsorgen av et barn. Hva som anses som *relevante* omstendigheter, og når det er legitimt å se bort i fra visse forhold, gir dommen K.O and V.M v. Norway en indikasjon på. Spørsmålet i saken var om omsorgsovertakelse og samværsrett innebar en krenkelse av retten til familieliv etter EMK art. 8. Omsorgsovertakelsen var begrunnet i manglende egnethet hos biologiske foreldre, blant annet på grunn morens psykiske helse og fars voldelige atferd og kriminelle bakgrunn. Det ble først fattet vedtak om samvær fire ganger per år. Samværet ble økt til seks ganger per år på grunn av barnets positive reaksjon i møte med foreldrene. Formålet med samværet var at barn og biologiske foreldre skulle opprettholde kontakt. Siden omsorgsovertakelsen så ut til å være langvarig konkluderte myndighetene at det var til barnets beste å ha begrenset samvær, i den grad at det ikke skulle forstyrre barnets behov for stabilitet og ro.

Domstolen kom fram til at omsorgsovertakelsen ikke utgjorde en krenkelse av EMK art.8. Myndighetene hadde vurdert mindre inngripende tiltak, og tidligere forsøkt å yte bistand for å hjelpe foreldrenes problemer. Da bistanden ikke var tilfredsstillende for å ivareta hensynet til barnets beste, var mindre inngripende tiltak ikke antatt å være nyttige. Begrunnelsen for omsorgsovertakelsen var derfor «relevant and sufficient». Likevel hadde ikke fylkesnemnda og tingretten foretatt en grundig nok forklaring på hvorfor det var til barnets beste kun å se foreldre syv ganger i året, da barnet hadde hatt en positiv utvikling og positive reaksjoner med samvær. De komplimenterte myndighetene for å justere samværet basert på endringer hos barn. Men myndighetene hadde gitt opp målet om gjenforening på et tidlig stadium uten å nærmere forklaring på *hvorfor* tilbakeføring ikke var i samsvar med barnets interesser. Basert

---

<sup>108</sup> M.L v. Norway, avsnitt 58

på disse forholdene kom domstolen enstemmig fram til at det forelå en krenkelse av EMK art. 8.<sup>109</sup>

Dommen viser at det stilles strenge krav til begrunnelsen av et vedtak– mer bestemt hvorfor visse forhold ikke blir tillagt vekt og hvorfor gjenforeningsmålet oppgis. Å tillegge forhold som er i foreldrenes favør mindre vekt kan derfor være rettmessig så lenge myndighetene har en god nok begrunnelse for dette. Hva som skal til for at begrunnelsen er «god nok» er likevel ikke klart. Dommen tyder på at en begrunnelse kan være betryggende dersom den på god nok måte rettferdiggjør vedtaket i samsvar med barnets interesser. Hensynet til barnets beste er derfor av «paramount importance» også her.

Samlet sett innebærer kravet til midlertidighet å ha et grundig og betryggende grunnlag for avgjørelser som er svært inngripende for noens rett til familieliv etter EMK art. 8.

Beslutningsgrunnlaget må på best mulig måte belyse alle sidene av saken ved å ta med relevante interesser opp til vurdering. Dersom gjenforeningsmålet er gitt opp, må myndighetene ha god nok begrunnelse for dette. Beslutningsgrunnlaget må være «relevant and sufficient» og i samsvar med hva som er barnets beste, noe som må komme tydelig fram i myndighetenes «decision-making process».

### **3.4.2 Utgangspunktet om midlertidig omsorgsovertakelse**

EMD har lagt til grunn at omsorgsovertakelse som hovedregel skal utgjøre et midlertidig inngrep. Omsorgsovertakelse bør oppheves så fort som forholdene tillater det. Nasjonale myndigheter må ha tilbakeføring og gjenforening som «ultimate aim» ved avgjørelser som angår omsorgen av et barn.<sup>110</sup>

Mindretallet i flertallet (6:7) i Strand Lobben foretar en mer materiell prøving av myndighetens avgjørelse, og ser derfor til den konkrete omsorgsovertakelsen forut for adopsjonsvedtaket. Dommerne mente at flertallet foretok en for «narrow approach» da de fokuserte på avgjørelsen tatt den 22. februar 2012.<sup>36</sup> Tidligere forhold var relevant for å få hele bildet av saken. Barnevernet hadde ikke på noe tidspunkt, fra første vedtak om omsorgsovertakelse til siste vedtak om adopsjon, vist at det «ultimate aim» med omsorgsovertakelsen var gjenforening med barnets biologiske mor. Norske myndigheter

---

<sup>109</sup> K.O and V.M v. Norway, avsnitt 70

<sup>110</sup> Strand Lobben v. Norway, avsnitt 208

hadde derfor i sin forholdsmessighetsvurdering ikke tilfredsstilt domstolens krav om midlertidighet. Ut fra dette konkluderte mindretallet i flertallet med at det forelå en krenkelse av EMK art. 8.

EMD valgte å se på saksforholdet som en helhet («as a whole».<sup>111</sup> Det er da ikke den enkelte omsorgsovertakelsen (eller adopsjonsvedtaket) som er avgjørende, men alle forhold som påvirker den endelige avgjørelsen. Målet om midlertidighet må være det ultimate formålet («ultimate aim») ved alle vedtak som angår omsorgen av et barn. Det må derfor iverksettes tiltak som på best mulig måte kan legge til rette for gjenforening og tilbakeføring til barnets biologiske familie.

At omsorgsovertakelse i all hovedsak skal være midlertidig, tilsier at langvarig fosterhjemsplassering kun kan forekomme i unntakstilfeller. EMD har lagt til grunn at vedtak om langvarig fosterhjemsplassering kun kan gjøres etter en veloverveid vurdering («careful consideration»). Mangler ved myndighetenes «careful consideration» ble spesielt kritisert i dommen Pedersen v. Norway. Spørsmålet i saken var om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon og begrenset samvær etter adopsjonen utgjorde en krenkelse av EMK art. 8. Da EMD ser på saken «as a whole», inneholder den også uttalelser om omsorgsovertakelsen forut for avgjørelsen om adopsjon. Omsorgsovertakelsen var hovedsakelig begrunnet i foreldrenes mentale problemer på domstoltidspunktet. Fylkesnemnda og tingretten hadde konkludert på et tidlig stadium at plasseringen ville være langvarig og ble derfor kun tilkjent samvær to ganger i året med to timer varighet. EMD er her tydelig at dette kun kan gjøres etter en «careful consideration», og må ses opp imot statens positive plikt til å sikre gjenforening. Domstolen kom enstemmig fram til at det forelå en krenkelse av EMK art. 8:

«The Court emphasises that to the extent that these decision implied that the authorities had given up reunification of the child and the natural parents as the ultimate goal, the conclusion that the placement must be considered to be long-term should only have been dreast after cafeul consideration and also taking account of the atuhorities positive duty to take measures to facilitae family reunion»<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Strand Lobben v. Norway. side 81, avsnitt 16

<sup>112</sup> Pedersen v. Norway, avsnitt 68

Det er ikke helt tydelig hva EMD legger i ordlyden «carefull consideration». Sett opp mot hovedregelen om midlertidighet så tilsier dette at terskelen er noe høy; det kreves gode grunner for å konkludere at fosterhjems plassering skal være langvarig. Mindretallet (4:13) i Strand Lobben er inne på denne vurderingen. Dommerne (4:13) konkluderte med at det ikke forelå mangler ved myndighetenes saksbehandling. En kunne ikke overse at det er tale om en vanskelig og kompleks sak som har en lang historie, noe som ga barnevernet særskilte utfordringer. Omsorgstiltak var nødvendig for barnets liv og helse. Det var flere omstendigheter som kunne rettferdiggjøre de drastiske tiltakene gjort av norske myndigheter da de hadde som hovedformål å beskytte barnet. På dette grunnlag, og at bevisgrunnlaget var tilfredsstillende, mente mindretallet at det ikke forelå en krenkelse av EMK art 8.

EMD mente at omsorgsovertakelsen var rettmessig da den var i samsvar med barnets interesser. Dette tilsier at hensynet til barnets beste i stor grad bør påvirke myndighetenes avgjørelse, herunder utgjøre en stor del av myndighetenes «careful consideration». Hva som er barnets beste vil i stor grad avhenge av den konkrete saken.<sup>113</sup> Det er derfor vanskelig å stille opp konkrete retningslinjer for hva som vil være det beste for barnet. EMD har likevel lagt til grunn at dersom det har gått en viss tid («considerable period of time») slik at relasjonen mellom biologiske foreldre og barn har blitt endret, kan langvarig fosterhjems plassering være til barnets beste. Dommen *Mohamad Hasan v. Norway* illustrerer dette. Spørsmålet var her om avgjørelse om adopsjon utgjorde en krenkelse av EMK art 8. Fylkesnemnda og tingretten hadde konkludert at flytting av barna ville være særlig byrdefullt, «harmeful to them».<sup>114</sup> Barna var særlig sårbare på grunn av historie med voldelig far, dramatisk bortføring og flere relasjonsbrudd. Fjerning av barna fra fosterhjemmet kunne derfor skade dem på grunn av deres sårbarhet. I tillegg hadde ikke barna hatt kontakt med foreldrene sine på flere år; det hadde gått en «considerable period of time», noe som kunne medføre at familierelasjonene og situasjonen kan bli endret. EMD uttalte at det her ikke forelå noen grunner for å bestride myndighetenes avgjørelse. Adopsjonsavgjørelsen var klart til barnets beste.

Det bemerkes at saken gjaldt adopsjon. Likevel er dommen retningsgivende for når brudd på familiebåndene kan være rettmessig. Saken illustrerer at hensynet til barnet kan være

---

<sup>113</sup> Jf. punkt 3.2.1

<sup>114</sup> *Mohamad Hasan v. Norway*, avsnitt 156

utslagsgivende, særlig dersom hensynet tilsier at det ikke er det beste for han/henne å bo sammen med sine biologiske foreldre.

At myndighetene må foreta en veloverveid vurdering tilsier at de må vurdere nytten og behovet for alternative tiltak. Dette fremgår av saken *Hernehult v. Norway*. Barnevernet hadde her overtatt omsorgen for klagers (biologisk far) og hans kone sine tre barn (A, B og C). Årsaken til dette var hovedsakelig en konsekvens av As særlige utfordringer og atferd. Foreldrene gikk til sak å få opphevet omsorgsovertakelsen. Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten fram til at det var i As interesse, og da i samsvar med barnets beste, å bo hos sine biologiske foreldre. Han kunne flytte hjem med det vilkår at barnevernet bistod med hjelpetiltak i hjemmet. Domstolen konkluderte likevel med at flytting ville føre til alvorlige problemer for de andre barna (B og C) på grunn av barnets tilknytning til sin nye familie og behov for stabilitet. Omsorgsovertakelsen for barn B og C ble derfor stående. Klager gikk til sak og anførte at avgjørelsen om å ikke oppheve omsorgsovertakelsen av B og C utgjorde en krenkelse av retten til familielivet.

EMD kritiserte myndighetene for å ikke vurdere sakene individuelt. Plasseringen av barna B og C ser ut til å være en konsekvens av As atferd og omstendigheter rundt han, da det ikke forelå spesifikk informasjon om forhold ved B og C. Det var også kritikkverdig at hjelpetiltak kun var tilstrekkelig for tilbakeføring A, men ikke for tilbakeføring av B og C. Myndighetene hadde derfor ikke vist at de hadde gjort «sufficiently serious and sustained efforts» for å holde barna B og C sammen med foreldrene sine og på den måten ivareta familierelasjonen.<sup>115</sup> Det forelå derfor krenkelse av EMK art 8.

Jeg mener at dommen presiserer hva som ligger i vilkåret «careful consideration».

Myndighetene må ha gjort en tilstrekkelig seriøs og vedvarende innsats (sufficiently serious and sustained efforts») for å bevare og forbedre relasjonen mellom biologiske foreldre og barn. Dersom dette er gjort, og myndighetene *fortsatt* mener at langvarig fosterhjems plassering er til barnets beste, kan dette kun vedtas etter en veloverveid vurdering («careful consideration»). Dette samsvarer med det som er nevnt; langvarig fosterhjems plassering skal kun forekomme i unntakstilfeller og det kreves gode grunner for at dette er rettmessig.

---

<sup>115</sup> *Hernehult v. Norway* avsnitt 76

Gjennomgangen viser klart at hovedregelen, og det sentrale utgangspunktet, er at omsorgsovertakelse skal være midlertidig. På bakgrunn av dette har myndighetene en positiv plikt til å foreta tiltak som har et «ultimate aim» å gjenforene barn med sine biologiske foreldre. Da EMD vurderer saken som en helhet («as a whole») må tiltakene være hyppige og vedvarende i myndighetenes sin saksbehandling og avgjørelsesprosess. Langvarig fosterhjemsplassing kan likevel være rettmessig, men dette er kun etter at myndighetene har foretatt en «carefull consideration»; sett opp mot deres positive tilbakeføring- og gjenforeningsplikt og hensynet til barnets beste.

### **3.4.3 Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse**

Statens plikt til å sikre menneskerettighetene innebærer å ha en praksis som på best mulig måte ivaretar kravene som følger av EMK. At omsorgsovertakelse som utgangspunkt skal være midlertidig må vise seg i norsk barnevernpraksis. Prinsippet må derfor særlig gjenspeile lovreguleringen rundt omsorgsovertakelse og tilbakeføring etter omsorgsovertakelse. Tilbakeføringen vil på mange måter være en «oppfyllelse» av kravet til midlertidighet. EMD har kritisert den norske praksisen på dette området, spesielt det materielle utgangspunktet i lovgivningen.

I Strand Lobben er dommerens (mindretallet i flertallet) sterke kritikk av barnevernloven § 4-21 særlig bemerkelsesverdig. Domstolen uttaler at terskelen for iverksetting av omsorgsovertakelse er svært uforholdsmessig sammenlignet med terskelen for opphevelse av omsorgsovertakelse: «The authorities' attitude concurs with the domestic law, setting a very low threshold for taking a child into public care, but an extremely high treshold for discontinuing this public care».<sup>116</sup> Mindretallet i flertallet refererer til vilkåret om «overveiende sannsynlig» i bvl. § 4-21. De mener at et slikt beviskrav er problematisk da det ikke samsvarer med domstolens praksis om gjenforening. Videre kritiserer domstolen kravet om at tilknytning vil medføre «alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet» og uttaler at «(...) the simple passage of time makes it most unlikely that care order will ever be revoked».<sup>117</sup> Domstolen gir en klar indikasjon på at norsk praksis om tilbakeføring ikke tilfredsstillende domstolens krav. Loven kan med andre ord sette hindringer for myndighetenes sin tilbakeføring- og gjenforeningsplikt.

---

<sup>116</sup> Strand Lobben v. Norway, s. 79 avsnitt 8

<sup>117</sup> Strand Lobben v. Norway, s. 80 avsnitt 8

Den norske praksisen om tilbakeføring ble også kritisert i *Hernehult v. Norway*.<sup>118</sup> Her konkluderte norske myndigheter med at selv om vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 ikke var til stede, var tilknytningen mellom barn og fosterforeldrene så sterk at flytting ville medføre alvorlige problemer for barna som allerede var ekstra sårbare og hadde behov for stabilitet jf. bvl. § 4-19. Domstolen uttaler at denne avgjørelsen er med på å forsterke tilknytningen mellom fosterforeldrene og barna, og at barnevernet og norske myndigheter derfor har gitt opp målet om gjenforening på et tidlig stadium:

«Moreover, while, to a large extent, the High Court found that the care orders could not be overturned because of B's and C's attachment to the foster home – even though the care orders might not have been justified initially – it made a decision essentially designed to strengthen that attachment».<sup>119</sup>

EMD har i begge dommerne gitt en indikasjon på at tilknytningskravet i bvl. § 4-21 er svært problematisk, sett opp imot myndighetenes tilbakeføring- og gjenforeningsplikt. Vilåret i bvl. § 4-21 medfører at tilbakeføring vil være uforholdsmessig vanskelig å gjennomføre.<sup>120</sup> Samlet kan dette tolkes som et klart signal fra EMD at det er behov for endring i den norske praksisen ved tilbakeføring etter omsorgsovertakelser; utgangspunktet om midlertidighet må være det sentrale elementet også her.

#### **3.4.4 Samvær med mål om tilbakeføring**

Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse er et viktig virkemiddel for å nå målet om gjenforening. EMD har lagt til grunn at selv om klageren ikke har søkt om gjenforening, har staten en positiv plikt til å sørge for at barn, så langt det lar seg gjøre og etter hva som er i barnets interesse, har en viss kontakt med sine biologiske foreldre.<sup>121</sup> Familiebåndet og formålet om en vellykket gjenforening vil bli svekket dersom det foreligger omstendigheter som begrenser biologiske foreldre og barn å ha vanlig og naturlig tilgang til hverandre.<sup>122</sup> Det kan vanskelig tenkes at familiegjenforening vil være gjennomførbart dersom biologiske

---

<sup>118</sup> Se saksforhold punkt 3.4.2

<sup>119</sup> *Hernehult v. Norway* avsnitt 74

<sup>120</sup> *Strand Lobben v. Norway*, avsnitt 8

<sup>121</sup> *Abdi Ibrahim v. Norway*, avsnitt 57

<sup>122</sup> *Strand Lobben v. Norway*, avsnitt 208



foreldre og barn har kontakt ved samvær med intervaller på uker, i verste fall måneder.<sup>123</sup> Den restriktive samværspraksisen i norsk barnevern har blitt sterkt kritisert av EMD.

Dommerne i Strand Lobben (mindretallet i flertallet) kritiserer forholdene ved samværet mellom biologisk mor og barn. Barnet reagerte ofte negativt ved samværet, noe som biologisk mor håndterte dårlig. Norske myndigheter mente derfor at samværet ville forbedres dersom kontakten var mindre. Domstolen er sterkt kritisk til myndighetens synspunkt og gir uttrykk for at dette ikke er holdbart: «The authorities argument that the child's reactions would decrease and the degree of contact could be improved if the sessions became less frequent cannot be considered as anything other than cynical».<sup>124</sup>

Jeg synes EMDs sterke ordbruk i nevnte utdrag fra Strand Lobben er bemerkelsesverdig. EMD tar klar avstand fra myndighetenes synspunkt, da de mener at argumenteringen er kynisk («cynical»). Dette ble sagt selv om norske myndigheter forsøkte å tilkjenne samvær basert på hva som var det beste for barnet. Dette tyder på at hensynet til barnets beste ikke nødvendigvis er like avgjørende ved fastsettelse av samvær. EMD gir en indikasjon på at foreldrenes rett til familieliv ved fastsettelsen av samvær, herunder deres ønske om å opprettholde relasjon med sine biologiske barn, har stor vekt. Dette skiller seg noe ut fra vurderingen i norsk praksis. Her tillegges man ofte hensynet til barnets beste avgjørende betydning ved alle typer omsorgsavgjørelser, også ved fastsettelse av samvær.<sup>125</sup> Det er likevel noe uklart om EMD tillegger foreldrenes rett til familieliv mer vekt enn hensynet til barnets beste ved denne fastsettelsen. Det kan argumenteres for at EMD mener at mer kontakt mellom biologiske foreldre og barn vil føre til en bedre relasjon, som igjen kan være bedre for barnet. Er dette tilfellet, har hensynet til barnets beste «paramount importance» også her.

Uavhengig av om hensynet til barnets beste har mindre vekt ved fastsettelsen av samvær, er EMD klar på at samvær som hovedregel må fastsettes slik at gjenforening kan og bør være gjennomførbart en gang i framtiden. Samværet skal derfor være *jevnlig* og *hyppig* slik at biologiske foreldre og barn får tid og mulighet til å etablere en god relasjon. Dette utgangspunktet synes å være tilnærmet absolutt. Formålet om gjenforening kan likevel fravikes ved fastsettelsen av samvær, men kun etter en veloverveid vurdering, «careful consideration», sett opp statens positive plikt om gjenforening og hensynet til barnets beste.

---

<sup>123</sup> K.O and V.M v. Norway, avsnitt 69

<sup>124</sup> Strand Lobben v. Norway, s.79 avsnitt 6

<sup>125</sup> Se punkt 2.5 om Norges restriktive samværspraksis.

Samværet kan ikke utsette barnet for utilbørlig byrde («undue hardship» kilde). Dette tilsier at det skal svært mye til for at fastsettelse av samvær uten mål om gjenforening. Med andre ord skal det svært mye til for at mer sjeldne samvær er i samsvar med barnets beste og derfor rettmessig.

EMD har gitt uttrykk for at samværet må være gjennomført på en slik måte at biologiske foreldre og barn har muligheten til å bygge opp en god relasjon med formål om gjenforening. En kan derfor si at midlertidighet setter visse krav til gjennomføringen av selve samværet, herunder til *kvaliteten*. Dette innebærer muligheten for barn og foreldre til å ha en naturlig dialog med hverandre. I Hernehult v. Norway mente domstolen at gjenforeningsmålet var gitt opp blant annet fordi biologisk mor ble «tvunget» til å snakke skandinavisk språk under samværet- noe som ikke var hennes morsmål. I Strand Lobben ble norske myndigheter kritisert for at samværet ble gjennomført da fosterforeldrene var til stede. Dette begrenser både den naturlige samtalen og relasjonsbyggingen.

Oppsummert har norsk barnevern, i praksisen forelagt for EMD, ikke tillagt målet om tilbakeføring nok vekt ved fastsettelsen av samvær i de enkelte sakene. Med andre ord kan man si at den restriktive norske samværspraksisen har satt hindringer for forpliktelsene etter EMK art 8. Dette tyder på at det er behov for endring. Dommerne illustrerer at målet om tilbakeføring innebærer å fastsette samvær med en viss hyppighet og kvalitet slik at biologiske foreldre og barn får mulighet til å etablere en god relasjon. Dette utgangspunktet kan i noen tilfeller fravikes, men det skal svært mye til og må gjøres etter en veloverveid vurdering.

### **3.5 Avsluttende refleksjoner om kravet til midlertidighet**

Gjennomgangen av kravet til midlertidighet illustrerer at norske myndigheter har brutt sine forpliktelser i saker som angår både biologiske foreldre og barns rett til familieliv etter EMK art. 8. På bakgrunn av dette ser man et mønster i hvilke mangler norske myndigheter gjennomgående har gjort i sin barnevernpraksis. Mer konkret innebærer manglene at norske myndigheter ikke har tillagt kravet til midlertidighet stor nok vekt i avgjørelser om omsorgsovertakelser. Jeg mener at kravet til midlertidighet derfor kan ses på som et overordnet prinsipp som stiller både materielle og prosessuelle krav til norsk barnevernspraksis. Gjennom EMDs praksis mot norsk barnevern har domstolen tydeliggjort at målet om midlertidighet skal påvirke iverksetting av den enkelte omsorgsovertakelse, men

også tiltak i etterkant av en omsorgsovertakelse. Tiltakene må på best mulig måte legge til rette for tilbakeføring og gjenforening, og sørge for at biologiske foreldre og barn opprettholder og eventuelt forbedrer relasjonen med hverandre.

Samlet sett tyder kritikken fra EMD at det kan være behov for endring i norsk barnevernspraksis dersom Norge ønsker å ivareta sine konvensjonsforpliktelser og kravene som følger av EMD. At det er behov for endring, bemerker seg spesielt ved Norges praksis ved å tilkjenne relativt lite samvær ved langvarig fosterhjems plassering. Om EMDs kritikk er rettmessig, og retningslinjer er gode og gjennomførbare for norsk barnevern, er en annen problemstilling som jeg ikke vil gå nærmere inn på. Det bemerkes likevel at utgangspunktet om midlertidig omsorgsovertakelse i saker hvor det er tale om familierelasjoner som er svært skadelige, som f. eks grov vold/overgrep, ikke alltid kan være like absolutt. Det kan virke unaturlig for norsk barnevern utelukkende å jobbe for tilbakeføring framfor å trygge barnet ved å tilby han/hun en stabil relasjon i form av langvarig fosterhjems plassering.

## 4. Utvikling i samsvar med EMDs krav til midlertidighet?

### 4.1 Innledende bemerkninger

I mars 2020 avgjorde Høyesterett tre saker som angikk norsk barnevern og forpliktelsene som følger av EMK art 8.<sup>126</sup> Dommerne ble behandlet samlet i storkammer. Sakene omhandler avgjørelser om omsorgen av et barn, nærmere bestemt avgjørelse om adopsjon, omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær. Sakene reiser også spørsmål om krenkelse av retten til familielivet etter EMK art. 8 på bakgrunn av Strand Lobben og øvrige dommerne som er gjennomgått i avhandlingen.

Denne delen vil være en analyse av nevnte dommere for å se hvilken retning norsk barnevernpraksis går mot. Det avgrenses mot den konkrete vurderingen i sakene, da det interessante er hvordan Høyesterett forholder seg til EMD. Formålet med gjennomgangen er å se hvordan Høyesterett stiller seg til kritikken og retningslinjene som er gjennomgått i kapittel 4, og om dette vil medføre endringer for norsk barnevernspraksis.

### 4.2 Motstrid mellom norsk lovgivning og EMK?

Dommen HR-2020-661-S er sentralt da den spesielt vurderer norsk barnevernpraksis og forpliktelsene som følger av EMK art. 8. Saken omhandler spørsmålet om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. Hovedspørsmålet var om det forelå en krenkelse av retten til familieliv etter EMK art. 8. Høyesterett gjør en grundig gjennomgang av norsk praksis og lovgivning og kravene som følger av EMD for å se om det foreligger motstrid. Er dette tilfellet, vil det være behov for endring både i rettspraksis ved tolkningen av intern norsk lovgivning og ved saksbehandlingen hos barnevernet og fylkesnemnda. Det interessante i dommen ut ifra avhandlingens problemstilling er om Strand Lobben dommen, og etterfølgende dommere, innebærer endring i norsk barnevernspraksis.

Førstvoterende viser at EMD gjennomgående har kritisert barnevernet for å ha for liten vekt på familiebandene ved avgjørelser om adopsjon.<sup>127</sup> Etter en grundig gjennomgang av de materielle vilkårene for adopsjon; herunder kravene ved forholdsmessighetsvurderingen,

---

<sup>126</sup> HR-2020-661-S; HR-2020-662-S; HR-2020-663-S

<sup>127</sup> HR-2020-661-S, avsnitt 84

målet om gjenforening og kravet til beslutningsgrunnlaget, kommer Høyesterett fram til at det ikke foreligger motstrid. De legger likevel til grunn at det er «behov for justeringer i norsk barnevernpraksis», da «vurderinger i enkeltsaker kan være mangelfulle».<sup>128</sup> Oppsummerende om forholdet til EMK uttaler Høyesterett at «norske lovbestemmelsene må praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis». Videre spesifiserer de at det er «særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og hjelpetiltak».<sup>129</sup>

Samlet sett tilsier dette at kravene som følger av EMD, herunder utgangspunktet om midlertidig omsorgsovertakelse og statens positive tilbakeføring- og gjenforeningsplikt, forut for dommerne allerede fremgikk av intern norsk rett og praksis. Likevel gir domstolen uttrykk for at det er behov for *presisering* av hvilke retningslinjer som gjelder, og behov for en praksis som samsvarer bedre med kravene som følger av EMD og EMK art. 8. Dette mener jeg er både riktig og nødvendig. Dommerne fra EMD gir en klar indikasjon på at kravene som følger av EMK gjennomgående ikke har blitt fulgt i Norsk barnevernpraksis.

## **4.3 Høyesterett syn på kravet til midlertidighet i avgjørelse om omsorgsovertakelser**

### **4.3.1 Statens positive plikt**

På bakgrunn av den sterke kritikken fra EMD, og at norsk praksis i enkeltsaker har vært «mangelfull», presiserer Høyesterett at det er «viktig at barnevernet og fylkesnemnda- i sitt arbeid med å treffe de tiltak som er best for barnet- fra første stund tar i betraktning alle krav Grunnloven § 104 (2), EMK art8, barnekonvensjonen og barneloven kap. 4 stiller til behandlingen av denne typer saker».<sup>130</sup> Staten har en positiv plikt til å sette inn tiltak med formål om gjenforening og vurdere om mindre inngripende tiltak er tilstrekkelig.<sup>131</sup> Dette gjelder «fra første stund» det blir foretatt et inngrep i familielivet ved avgjørelser som angår omsorgen av et barn.

Som gjennomgått i avhandlingen har det vært flere tilfeller hvor både barnevernet, fylkesnemnda og domstolen har gitt opp tilbakeføring og gjenforening på et relativt tidlig

---

<sup>128</sup> HR-2020-661-S, avsnitt 112 og 124

<sup>129</sup> HR-2020-661-S, avsnitt 171

<sup>130</sup> HR-2020-661-S, avsnitt 116

<sup>131</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 57

stadium. Høyesterett presiserer her at alle instanser har en vidtrekkende og skjerpet plikt allerede fra «første stund». Denne presiseringen mener jeg var nødvendig. Høyesterett gir da et klart signal til barnevernet og øvrige instanser at de alle har en plikt til å sikre kravene som følger av EMK art 8, herunder plikt til å gjøre det de kan for å sørge for tilbakeføring og gjenforening, og at dette bør gjenspeiles i saksbehandlingen og tiltakene som blir gjort.

### **4.3.2 Kravet til betryggende beslutningsgrunnlag**

Høyesterett presiserer at avgjørelser som angår omsorgen av et barn må «være basert på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse». <sup>132</sup> I HR-2020-663 går Høyesterett nærmere gjennom hvilke prosessuelle garantier som følger av EMK. Saken gjelder overprøving av lagmannsrettens nektelse av ankebehandling i to saker om omsorgsovertakelse og samvær. Høyesterett viser til EMD praksis, og at det må foretas en «samlet vurdering» for å se om foreldrenes «synspunkter og interesser» er tatt i betraktning. EMK stiller visse krav til begrunnelsen av avgjørelser som angår omsorgsovertakelser. Alle tungtveiende momenter må med og motstridende hensyn må veies mot hverandre på en tilstrekkelig måte.

Da det er vanskelig å konkretisere hva som må til for at et beslutningsgrunnlag skal være betryggende, mener jeg at Høyesterett også her har presisert og ivaretatt kravene som følger av EMK art. 8. Betydningen av foreldrenes interesser blir løftet fram. Høyesterett viser da at deres interesser spesielt bør bli ivaretatt og vektlagt i forholdsmessighetsvurderingen, noe som det ikke alltid har blitt gjort i tidligere saker.

### **4.3.3 Omsorgsovertakelse**

I HR-2020-662-S legger Høyesterett til grunn at EMDs unntak om «very exceptional circumstances» er i «overenstemmelse med barnelovens bestemmelser om omsorgsovertakelse». <sup>133</sup> Saken gjaldt overprøving av lagmannsrettens avgjørelse om omsorgsovertakelse og samvær. Domstolen understreker her at det ikke foreligger motstrid mellom EMK og bvl. § 4-12. Hovedregelen er da at omsorgsovertakelse skal være midlertidig. Har foreldrene evnen til å gi forsvarlig omsorg vil det vanligvis være i barnets interesser å bo sammen med foreldrene- interessene til barnet og biologiske foreldre er

---

<sup>132</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 58

<sup>133</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 56; HR-2020-661-S avsnitt 69

sammenfallende. Dette utgangspunktet er likevel ikke absolutt. Mangler foreldrene evne til å gi forsvarlig omsorg, med andre ord er «particular unfit», kan det være til barnets beste å ikke bo hos sammen med sine biologiske foreldre. Høyesterett viser til Strand Lobben om at hensynet til barnet er av «paramount importance» og at hensynet til barnets beste må veie tyngst i disse tilfellene.<sup>134</sup>

At langvarig fosterhjems plassering kan være rettmessig så lenge det er til barnets beste er gjennomgående lagt til grunn av EMD. Det er derfor naturlig at Høyesterett presiserer dette. Imidlertid er det interessant at Høyesterett hovedsakelig fokuserer på hvilke tilfeller langvarig fosterhjems plassering *ikke* er aktuelt, framfor å presisere hvor viktig målet om tilbakeføring og gjenforening er ved avgjørelser om omsorgsovertakelser. Dette tyder på at hensynet til barnets beste i stor grad beror på om de biologiske foreldrene er «particular unfit» eller ikke. Dette skiller seg noe ut fra EMDs vurderinger og retningslinjer, hvor hensynet til barnets beste vanligvis vurderes opp mot målet om tilbakeføring.<sup>135</sup> Foreldrenes rett til familieliv blir mer sekundært ut ifra Høyesterett sitt utgangspunkt. Samlet sett gir dette indikasjon på at langvarig fosterhjems plassering er forsvarlig så lenge foreldrene ikke er egnet omsorgspersoner. Mye tyder på at EMD har en noe høyere terskel for når langvarig omsorgsovertakelse er rettmessig, og at de i større grad har fokus på tilbakeføring og tiltak rettet mot dette. Hensynet til barnets beste anses derfor å ha noe større vekt hos Høyesterett enn hos EMD i dommerne gjennomgått her.

#### **4.3.4 Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse**

EMDs kritikk av bvl. § 4-21, da bestemmelsens høye terskel for tilbakeføring, blir ikke tatt opp til vurdering, eller anført som problematisk, hos Høyesterett. Høyesterett har likevel uttalt at det avgjørende er at norske myndigheter gjør det de kan for å oppnå tilbakeføring og gjenforening. Tilbakeføring skal ikke skje dersom foreldrene er «særlig uegnet», tilbakeføring kan skade «barnets helse og utvikling» og at det har gått betydelig lang tid slik at «barnets behov for stabilitet veier tyngre enn gjenforening».

Høyesterett presiserer viktigheten av å jobbe for gjenforening. Det sentrale er at myndighetene gjør så mye som mulig for å tilstrebe dette målet. Likevel er hensynet til barnet det også her det

---

<sup>134</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 111

<sup>135</sup> Jf. punkt 3.3.2

mest sentrale. Målet om gjenforening, og foreldrenes rett til familieliv, blir også her noe mer sekundær. På mange måter holder Høyesterett seg innenfor «rammen» av kravene som følger av EMK men har på samme tid et annet fokus enn hva EMD gjennomgående har hatt.

### 4.3.5 Samvær

Høyesterett legger til grunn utgangspunktet om midlertidig omsorgsovertakelse stiller krav til både hyppighet og kvalitet av samværet.<sup>136</sup> I de tilfeller hvor tilbakeføringsmålet ligger fast må samværet settes slik «at båndene mellom foreldrene og barn kan styrkes og utvikles».<sup>137</sup> Det kan ikke oppstilles et absolutt minstenivå for samvær, men Høyesterett presiserer at «(...)målsettingen om gjenforening forutsetter at det blir gitt så mye samvær som det er mulig uten å tilsidesette hensynet til barnets beste».<sup>138</sup> På den annen side legger Høyesterett til grunn at gjenforeningsmålsettingen kan oppgis, og at det da kan være legitimt å fastsette samvær med det formål at barnet skal ha kjennskap til sitt biologiske opphav.<sup>139</sup> Samværet har en «egenverdi uavhengig av utsiktene til gjenforening».<sup>140</sup> Gjenforeningsmålsettingen kan likevel kun oppgis når det foreligger «spesielle og sterke grunner».<sup>141</sup> Samværet kan begrenses etter en konkret vurdering basert på «barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgssituasjonen» og «foreldrenes mangelfulle samværskompetanse».<sup>142</sup> Forhold som er «urimelig belastende for barnet» tilsier mer begrenset samvær.<sup>143</sup> Barnevernet må i disse tilfellene undersøke om forholdene endrer seg, slik mer samvær eventuelt kan tilkjennes.

Jeg mener Høyesterett her har foretatt en grundig vurdering av hvilke krav som fremgår av EMK art 8 ved fastsettelse av samvær, og presisert på en tilstrekkelig måte hva dette innebærer. De tar her avstand fra tidligere intern praksis som gir uttrykk for at det er en standardnormering for antall samvær som bør bli tilkjent.<sup>144</sup> Høyesterett gir også klart uttrykk for at norsk barnevernpraksis bør endres ved å tilkjenne hyppigere samvær og ha mer fokus på gjennomføringen enn det som tidligere har blitt gjort. Utgangspunktet om midlertidig

---

<sup>136</sup> HR-2020-663-S, avsnitt 137

<sup>137</sup> HR-2020-663-S, avsnitt 137

<sup>138</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 134

<sup>139</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 128

<sup>140</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 137

<sup>141</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 128

<sup>142</sup> HR-2020-662-S, avsnitt 129

<sup>143</sup> HR-2020-663-S, avsnitt 146

<sup>144</sup> Som nevnt i punkt 3.4



omsorgsovertakelse og målet om tilbakeføring er sentralt i Høyesteretts vurdering, slik som det gjennomgående har vært for EMD.

#### **4.4 Oppsummerende om Høyesteretts syn på EMDs krav til midlertidighet**

Ved å sammenfatte Norsk intern rett og krav som fremgår av EMK får Høyesterett tydeligere fram retningslinjer for hvordan kravet til midlertidighet kan gjennomføres. Retningslinjene samsvarer i all hovedsak godt med kravene som fremgår av EMD og som er gjennomgått i avhandlingen. Jeg mener likevel at Høyesterett er noe tilbakeholdne ved å kritisere norsk barnevernpraksis, spesielt å konkretisere hva som i de enkelte sakene har vært spesielt mangelfulle.<sup>145</sup> Det kommer derfor ikke helt klart fram om Høyesterett mener at Norge tidligere ikke har overholdt sine konvensjonsforpliktelser i barnevernpraksis. Uavhengig om konvensjonsforpliktelsene er overholdt, er Høyesterett mer tydelig på at det er behov for en endring på bakgrunn av EMD praksisen mot Norge. Målet om tilbakeføring og gjenforening må i større grad påvirke norske myndighetenes avgjørelse, slik at Norge på best mulig måte kan ivareta forpliktelsene som følger av EMK art. 8.

---

<sup>145</sup> Jf. punkt 4.2; fotnote 128

## 5. Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har gått gjennom forpliktelsene som følger etter EMK art. 8 ved avgjørelser om omsorgsovertakelser. Gjennomgangen viser at Norge har hatt en restriktiv barnevernspraksis, som på flere områder har blitt sterkt kritisert av EMD. Gjennom EMDs praksis har jeg forsøkt å systematisere og analysere hva som ligger i kritikken og hvilke krav domstolen stiller til norsk barnevernspraksis, med utgangspunkt i kravet til midlertidighet. Samlet sett tyder analysen på at norsk barnevernspraksis ikke har vært i samsvar med forpliktelsene etter EMK art. 8, noe som igjen tilsier at det er behov for endring. Dommerne fra Høyesterett, som gjennomgått i kapittel 4, understreker at norsk barnevernspraksis må korrigeres.

Det er interessant på hvilken måte retningslinjene fra EMD blir fulgt opp og ivaretatt i ny barnevernslov. I høringsutkast til ny barnevernslov er forpliktelsene til EMK art. 8 løftet frem flere steder.<sup>146</sup> I Norges institusjon for Menneskerettigheter (NIM) sin årsmelding fra 2019 kommenteres det at høringsutkastet «vil bidra til å styrke menneskerettighetene».<sup>147</sup> NIM savner likevel en «grundigere vurdering av forslaget opp mot de rammene som kan utledes av EMK, særlig i lys av at EMD har tatt inn et historisk høyt antall barnevernssaker til behandling».<sup>148</sup> NIM anbefaler derfor at regelverk og praksis «må vurderes opp mot EMDs prinsipp om at alle omsorgsovertakelser som utgangspunkt skal anses som midlertidige».<sup>149</sup>

Sett på bakgrunn av det bemerkelsesverdige antallet av saker om norsk barnevern kommunisert for EMD, domstolens konkrete kritikk til barnevernspraksisen og NIMs årsmelding, mener jeg at det er et behov for å tydeliggjøre hvilke krav EMD stiller til norsk

---

<sup>146</sup> Barne- og likestillingsdepartementet, «Høringsnotat- Forslag til ny barnevernslov», 04.04.19

Se side 41 om redegjørelse av retten til familieliv etter EMK art. 8 ved tvangsinngrep etter barnevernsloven. På side 45 mener departementet at «det kan ha en egenverdi å tydeliggjøre i loven at barn som utgangspunkt skal vokse opp i sin egen familie og understreke det rådende verdisynet i samfunnet at barnevernet har et subsidiært ansvar for å ivareta omsorgen for et barn», da dette kan «understeke at norsk barnevern er i overensstemmelse med barnekonvensjonen og EMK». Videre blir EMK løftet fram på side 35 da departementet ber om høringsinstansens syn på om det er behov for tydeliggjøring av det biologiske prinsipp og retten til familieliv.

<sup>147</sup> NIMs årsmeling, s. 27

<sup>148</sup> NIMs årsmelding, s. 27

<sup>149</sup> NIMs årsmelding, s. 26

barnevern. En slik presisering vil gjøre det enklere for barnevernet og domstolene å ha en praksis som samsvarer med konvensjonsforpliktelsene etter EMK.

## 6. Kilderegister

### Lover og konvensjoner

Grunnloven	Lov. 17.mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov
Barneloven	Lov 17 juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
Menneskerettsloven	Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. November 1950
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller
Wien-konvensjonen	The Vienna Convention on the Law of treaties, 23-05-69

### Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

NOU 1985:18	NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.
Ot.prp. nr. 44 (1991–1992)	Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
Ot.prp. nr. 69 (2008–2009)	Ot.prp. nr. 69 (2008–2009) Om lov om endringer i barnevernloven
Dok. nr.16 (2011–2012)	Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2012:5	NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet
Prop. 106 L (2012–2013)	Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven
Innst. 186 S (2013–2014)	Innst.186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV
NOU 2016:16	NOU 2016:16 Ny barnevernslov Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse
«Høringsnotat- Forslag til ny barnevernslov»	Barne- og likestillingsdepartementet, 04.04.19
NIMs årsmelding	Norges institusjon for menneskerettigheter, «Menneskerettighetene i Norge 2019», NIMs årsmelding, Dokument 6 (2019-2020),

## **Norsk rettspraksis**

Rt. 1982 s. 770

Rt. 1982 s. 764

Rt. 1992 s. 242

Rt. 1994 s. 568  
Rt. 1995 s. 350  
Rt. 1996 s. 1230  
Rt. 1996 s.1684  
Rt. 1998 s.787  
Rt. 1999 s. 961  
Rt. 2000 s. 996  
Rt. 2001 s. 1006  
Rt. 2002 s. 908  
Rt. 2004 s. 1683  
Rt 2006 s. 247  
Rt. 2012.s. 1832  
Rt. 2014 s. 976  
Rt. 2015 s. 93  
HR-2016-02262-A  
HR-2020-661-S  
HR-2020-662-S  
HR-2020-663-S

## **Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen**

Olsson v. Sweden	Case of Olsson v. Sweden (J) (No.1), 24.03.88, no. 10465/83
Johansen v. Norway	Case of Johansen v. Norway (J) (I), 1996.08.07, no.17383/90
Bankovic v. Belgium	Case of Bankovic and others v. Belgium and others (GC), no. 52207/99, ECHR: 2001
Jovanovic v. Sweden	Case of Jovanovic v Sweden (J), no 10592/12, ECHR:2015

Neulinger and Shuruk v. Switzerland	Neulinger and Shuruk v. Switzerland EMDN-2007-41615
M.L v. Norway	Case of M.L v. Norway (J), no.43701/14, ECHR:2017
Jansen v. Norway	Case of Jansen v.Norway (J), no. 2822/16, ECHR:2018
Mohamad Hasan v. Norway	Case of Mohamad Hasan v. Norway (J), no. 27496/15, ECHR-2018
Strand Lobben v. Norway	Case of Strand Lobben and Others v. Norway (GC), no. 37283/13, ECHR-2019
A.S v. Norway	Case of A.S v Norway (J), no. 60371, ECHR-2019
Abdi Ibrahim v. Norway	Case of Abdi Ibrahim v. Norway (J), no.15379/16, ECHR-2019
K.o and V.M v. Norway	Case of K.O and V.M v. Norway (J); no. 64808/16, ECHR-2019
Hernehult v. Norway	Case of Hernehult and others v. Norway (J), no. 1465/16), ECHR-2020
Pedersen v. Norway	Case of Pedersen and others v. Norway (J), no. 39710/15, ECHR (2020)

## Litteratur

- Aall (2015) All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2015
- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 1. utgave, Gyldendal Norsk forlag 2011
- Haugli (2000) Haugli, Trude , *Samvær i Barnevernsaker*, 2. Utgave, Universitetsforlaget 2000
- Ofstad/Skar (2015) Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barneloven [lov av 1992] med kommentarer*, 6. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2015
- Opsahl/Aall (2014) Opsahl, Torkel og Jørgen Aall i *Knophs oversikt over Norges rett*, 14 utgave, Universitetsforlaget 2014
- Kjølbrot (2020) Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention- for praktirere*, 5. utgave, Jursit-og Økonomiforbundets Forlag 2020
- Kjønstad og Syse (2014) Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett 1*, 5. utgave, Gyldendal juridisk 2014
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelser*, 1. utgave, Gyldendal forlag 2003



## Artikler

- Bårdsen (2016) Bårdsen, Arnfinn «Norges Høyesterett og “barnets beste” som konvensjonsforpliktelse og grunnlovs norm», fra *Rettsavklaring og rettsutvikling FEST-2016-ts-243*, Universitetsforlaget
- Elgesem (2003) Elgesem, Frode «Tolkning av EMK- Menneskerettsdomstolens metode», *Lov og rett 2003/4-5*, s. 203-220, Juridika
- Graver (2008) Graver, Hans Petter «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap 2008/2*, s. 149-178, Juridika
- Holten (2018) Holten, Silje «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?», *Jussens Venner 2018/2*, s. 112-136, Juridika
- Kohler-Olsen (2019) Kohler-Olsen, Julia «EMD- Strand Lobben mot flere – betydning for norsk barnevern», *Tidsskrift for velferdsforskning 04/2019 (Volum 22)*
- Kraglund (2007) Kraglund, Marit Andrine «Rettens vurderinger av mildere inngrep ved omsorgsovertakelse», *Kritisk Juss 01-02/2007 (Volum 33)*

## Internett

Kjetil Kolsrud, «Ny norsk barnevernsak sluppet inn til EMDs storkammer», *rett24*, 12. mai 2020, <https://rett24.no/articles/ny-norsk-barnevernsak-sluppet-inn-til-emds-storkammer>