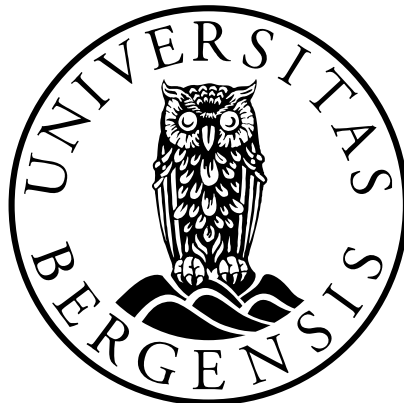


Er den norske samværsretten i tråd med menneskerettighetene?

*En analyse av de rettslige utgangspunktene for fastsettelse av
samvær etter barnevernloven § 4-19 andre ledd*

Kandidatnummer: 60

Antall ord: 14 949



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema	3
1.2	Metode og rettkildebruk	4
1.3	Avgrensning	5
1.4	Definisjoner	5
1.5	Videre fremstilling	6
2	Barnevernsrettslige prinsipper	8
2.1	Innledning	8
2.2	Legalitetsprinsippet	8
2.3	Hensynet til barnets beste	8
2.4	Det biologiske prinsipp	9
2.5	Det minste inngreps prinsipp	9
2.6	Barnets medvirkningsrett	10
3	Retten til samvær	11
3.1	Barnevernloven § 4-19 første ledd	11
3.2	EMK artikkel 8 nr.1	13
4	De rettslige utgangspunktene for omfanget av samværsretten etter barnevernloven § 4-19 andre ledd	16
4.1	Innledning	16
4.2	En individuell skjønsmessig vurdering	17
4.3	Vedtaket varighet	17
4.4	Formålet med vedtaket	21
4.4.1	Formålet ved kortvarige omsorgsplasseringer	21
4.4.2	Formålet ved langvarige omsorgsplasseringer	21
4.4.3	Presisering i Høyesterett storkammer	25
4.4.4	Formålets betydning for fastsettelsen av samværets omfang	28
4.5	Utviklingen av en standardnorm	29
4.5.1	Presisering i Høyesterett storkammer	32
4.6	En minimumsrett	32
4.7	Oppsummering	33
4.8	En avsluttende kommentar til barnevernloven §4-19 andre ledd	34

5	De rettslige utgangspunktene for omfanget av samværsretten etter EMK artikkel 8 nr. 2	35
5.1	Statens skjønnsmargin i barnevernssaker.....	35
5.2	Vurderingen av samværsomfangets forholdsmessighet.....	37
5.2.1	Særlig vedrørende gjenforeningsmålsetningen	39
5.2.2	Er det et minstenivå for antall samvær?	41
5.3	Oppsummering	42
6	Sammenligning av de rettslige utgangspunktene etter barnevernloven § 4-19 andre ledd og EMK artikkel 8 nr.2	44
6.1	Er barnevernloven § 4-19 andre ledd i tråd med EMK artikkel 8 nr.2?.....	44
6.2	Samsvarer begrepet ”urimelig belastning” med hensynet til barnets beste?.....	44
6.3	Kommentar til praktiseringen av barnevernloven §4-19.....	45
6.3.1	Standardnormen ved langvarige omsorgsplasseringer	45
6.3.2	Manglende fokus på gjenforeningsmålsetningen	45
6.3.3	Vedtaket begrunnelse.....	46
7	Forslag til ny barnevernlov	47
8	Avslutning	49
	Litteraturliste	50

1 Innledning

1.1 Tema

Foreldre og barn har som utgangspunkt rett til å leve sammen som en familie, uten inngrep fra det offentlige. Retten til familieliv er en grunnleggende menneskerettighet, som setter en høy terskel for inngrep fra offentlig myndighet.

Mange norske barn opplever imidlertid omsorgssvikt, og har foreldre som er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for dem. Da er staten ansvarlig for å gripe inn og sikre barnet en tilfredsstillende omsorgssituasjon. Tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) viser at 9.771 barn var under omsorgstiltak fra barnevernet bare i 2019¹.

Et vedtak om omsorgsovertakelse vil likevel ikke frata foreldrene og barnet en rett til å opprettholde sitt familieliv. Staten er som utgangspunkt forpliktet til å legge til rette for at familielivet opprettholdes der det er forsvarlig. Et viktig moment for å sikre familielivet etter en omsorgsovertakelse, er samvær mellom barnet og foreldrene.

Denne oppgaven handler om hvordan det norske rettssystemet ivaretar foreldrene og barnets samværsrett når myndighetene overtar omsorgen for barnet over en lengre periode. Den drøfter de rettslige utgangspunktene som norsk rett legger til grunn ved vurderingen av samværsrettens omfang etter en tvungen omsorgsovertakelse, og om barnevernlovens bestemmelse om samværsrett er innenfor de rammer Den europeiske menneskerettighetskonvensjon² (EMK) pålegger staten.

Bakgrunnen for valget av tema er at norske myndigheter gjentatte ganger er blitt kritisert av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) for mangelfulle vurderinger ved samværsfastsettelse etter omsorgsovertakelser.³ I 2019 avsa domstolen fem dommer mot Norge. EMD konstaterte krenkelse i fire av sakene, som alle dreide seg om barnevern og krenkelse av retten til familieliv. I løpet av 2019 ble 32 nye saker kommunisert av domstolen, hvorav 25 dreier seg om barnevern⁴. Disse tallene viser at det er en usikkerhet knyttet til om

¹Statistisk sentralbyrå (SSB) oversikt over hovedtall for barnevernsstatistikken, <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barnevern> hentet 07.11.2020

² Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

³ Eksempelvis *K.O og V.M mot Norge* (sak 64808/16) og *Hernehult mot Norge* (sak 14652/16)

⁴Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Årsmelding 2019
<https://www.nhri.no/arsmelding/arsmelding2019/emd-og-norge-en-historisk-oversikt/>

norske myndigheter holder seg innenfor de menneskerettslige rammene EMK pålegger staten i barnevernssaker.

1.2 Metode og rettkildebruk

Barn og foreldres rett til samvær etter en omsorgsovertakelse er hjemlet i barnevernloven⁵ § 4-19. I tillegg hjemler Grunnloven⁶ § 102 foreldre og barns rett til et familieliv.

Barnevernloven utgjør den primære rettskilden i barnevernssaker, og danner derfor utgangspunktet for min analyse.

Samværsretten må vurderes i forhold til de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene Norge er bundet av. Den europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) er sentral, og jeg bruker den som utgangspunkt i vurderingen av om den norske samværsretten er i tråd med menneskerettighetene. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) tolker og anvender reglene i EMK, og avsier avgjørelser som er bindende for staten⁷. Praksis fra EMD er derfor viktig i analysen. En annen sentral konvensjon på barnevernrettens område er FNs barnekonvensjon⁸. Barnekomiteens generelle kommentarer, blant annet nr.14 ”on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration” gir føringer for tolkningen av prinsippet om barnets beste, og utgjør en viktig rettskilde. De nevnte konvensjonene er inkorporert til norsk rett med forrang for annen norsk lovgivning ved motstrid jf. menneskerettighetsloven⁹ § 2 jf. § 3.

Opgaven min baserer seg på alminnelig juridisk metode. Jeg benytter lovtekst, forarbeider, rettspraksis, internasjonale konvensjoner og juridisk teori i analysen. Høyesterettspraksis og praksis fra EMD er normerende og rettslig bindende, og er derfor sentrale i analysen. Rettslige avgjørelser fra lagmannsretten, tingretten og fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har ikke tilsvarende rettskildemessig vekt, men vil likevel trekkes inn dersom det er relevant for å vise hvordan barnevernloven § 4-19 blir tolket i praksis.

På bakgrunn av at Norge er dømt en rekke ganger for krenkelse av EMK artikkel 8 i barnevernssaker, besluttet Høyesterett 27.mars 2020 å behandle tre barnevernssaker i

⁵ Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17.juli 1992 nr.100

⁶ Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17.mai 1814

⁷ jf. EMK artikkel 46

⁸ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989

⁹ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21.mai 1999 nr.30

storkammer¹⁰. Det er saker av særlig viktighet som behandles av Høyesterett i storkammer bestående av 11 dommere jf. domstolloven¹¹ § 5 fjerde ledd. I dommene kommer Høyesterett med prinsipielle føringer for tolkningen av barnevernloven § 4-19. Avgjørelsene er derfor særlig viktige ved analysen av samværsretten, og vil bli trukket inn gjennomgående i oppgaven.

1.3 Avgrensning

Det er samværsretten mellom barnet og foreldrene som skal behandles. Jeg avgrensner derfor mot andre personer som kan ha rett på samvær med barnet etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd og EMK artikkel 8.

Oppgaven skal drøfte de rettslige utgangspunktene som følger av barnevernloven og EMK. Jeg avgrensner derfor mot en analyse av hvilke konkrete momenter som trekkes inn i de individuelle vurderingene av samværsrettens omfang.

Videre avgrensner jeg oppgaven mot tilfeller der det foreligger spesielle og sterke grunner som tilsier samværsnekt, og tilfeller hvor det gis samvær to ganger i året som likestilles med nullsamvær¹². Slike nektelser og sterke begrensninger er utvilsomt et inngrep i familielivet, og det har interesse å drøfte når de er lovlige. På bakgrunn av oppgavens tidsramme og ordgrense er det imidlertid ikke rom for å gå inn i en nærmere drøftelse av vilkårene for samværsnekt, som kun er aktuelt i helt spesielle tilfeller.

1.4 Definisjoner

Foreldre

Foreldre defineres i norsk rett som barnets mor og far eller medmor jf. barnelova¹³ kapittel 2. Barnets mor er ”den kvinne som har fødd barnet” jf. § 2 og barnets far eller medmor er den som er gift med moren ved fødselen, eller har erklært farskap eller medmorskap jf. barnelova §§ 3 og 4. I min oppgave avgrensner jeg mot medmorskap, og farskap som ikke er genetisk. Barnets foreldre defineres dermed i oppgaven som barnets biologiske foreldre.

¹⁰ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S

¹¹ Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr.5

¹² HR-2019-788-U avsnitt 22

¹³ Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april nr.7

Barn

FNs barnekonvensjon artikkel 1 definerer begrepet barn som ”ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet”. Norsk rett samsvarer med myndighetsalderen etter barnekonvensjonen jf. vergemålsloven¹⁴ § 2. Barn er derfor alle mennesker under 18 år.

Familieliv

EMD definerer kjerneinnholdet i ”familieliv” som retten medlemmer i en familie har til å være i hverandres selskap¹⁵ og leve sammen slik at familieforholdet kan utvikle seg normalt¹⁶.

Samvær

Forarbeidene til barnevernloven definerer begrepet samvær som fysiske møter mellom barnet og foreldrene¹⁷. Høyesterett har fastslått at uttrykket ”samvær” tolket i lys av samfunnsutviklingen må forstås som det å ha kontakt. Alle former for brevkontakt, telefonkontakt og digital kontakt vil derfor også omfattes av begrepet ”samvær” jf. HR-2020-1967-A. Jeg vil i oppgaven i all hovedsak konsentrere meg om retten foreldre og barn har til å fysisk treffe hverandre.

Omsorgsovertakelse

En omsorgsovertakelse er når barnevernet fatter ”vedtak om å overta omsorgen for et barn” i medhold av barnevernloven § 4-12 og § 4-8 andre og tredje ledd. Et vedtak om omsorgsovertakelse medfører at barneverntjenesten overtar den daglige omsorgen og ansvaret for barnet jf. barnevernloven § 4-18.

1.5 Videre fremstilling

Jeg vil starte med en redegjørelse for de grunnleggende prinsippene i barnevernretten. Videre redegjøres det kort for retten til samvær mellom barn og foreldre, før jeg foretar en analyse av

¹⁴ Lov om vergemål (vergemålsloven) av 26.mars 2010 nr.9

¹⁵ *Strand Lobben mfl. mot Norge* (sak 37283/13) avsnitt 202

¹⁶ *Marckx mot Belgia* (sak 6833/74) avsnitt 31

¹⁷ Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) s.51

de rettslige utgangspunktene for fastsettelse av samværsrettens omfang etter barnevernloven § 4-19 andre ledd og en tilsvarende vurdering av de rettslige utgangspunktene for fastsettelse av samværsrettens omfang etter EMK artikkel 8 nr.2. Mot slutten av oppgaven foretar jeg en sammenligning av barnevernloven § 4-19 andre ledd og EMK artikkel 8 nr.2, der formålet er å fastslå om det er motstrid mellom konvensjonen og den norske barnevernloven.

Avslutningsvis vil jeg kort kommentere forslaget til ny barnevernlov som Barne- og familiedepartementet sendte på høring i april 2019.

2 Barnevernsrettslige prinsipper

2.1 Innledning

Barnevernretten består av en rekke grunnleggende prinsipper. Begrepet prinsipp har ingen klart definert rettslig betydning, men brukes om generelle normer som holder seg over tid, på tvers av skiftende rettsordninger og samfunnsforhold¹⁸. I juridisk teori synes det å være enighet om at rettslige prinsipper anses som retningslinjer med tungtveiende karakter¹⁹. Det er derfor enighet om at de grunnleggende prinsippene innen barnevernrett gir overordnede føringer for tolkningen av barnevernloven. Jeg vil i det følgende foreta en kort redegjørelse av de viktigste prinsippene i barnevernretten.

2.2 Legalitetsprinsippet

Barnevernet er som forvaltningsorgan tildelt myndighet til å foreta inngrep overfor foreldre og barn dersom det er nødvendig. Et overordnet prinsipp for all myndighetsutøvelse er at det offentlige må ha hjemmel i lov for å gripe inn i borgernes rettigheter. Dette er et utslag av legalitetsprinsippet, som er ment å beskytte individene mot statsmakten. Frem til grunnlovsreformen i 2014 ble legalitetsprinsippet ansett som konstitusjonell sedvanerett. Prinsippet er nå hjemlet i Grunnloven § 113. Legalitetsprinsippet setter skranker for barneverntjenesten sin utøvelse av myndighet uten hjemmel i lov, i tillegg til at det er et tolkningsprinsipp. Som tolkningsprinsipp innebærer legalitetsprinsippet at barnevernlovens inngrepsbestemmelser skal tolkes med forsiktighet. Legalitetsprinsippet medfører at barnevernet skal utvise forsiktighet når det foretas tvangsinngrep, og unngå vide tolkninger av lovbestemmelsene, med mindre hensynet til barnet tilsier noe annet.

2.3 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er et sentralt og overordnet prinsipp i norsk barnevernrett. Det er lovfestet i blant annet Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1 og barnevernloven § 4-1. Prinsippet innebærer at hensynet til det konkrete barnet i saken er av overordnet betydning, og veier tyngre enn andre hensyn. Begrepet barnets beste er en rettslig standard som

¹⁸ Graver, Hans Petter (2006) I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper. *Tidsskriftet for rettsvitenskap*, 19 (2/3), s.189 – 221

¹⁹ Nygaard (2004) s.261 og Fleischer (1998) s.399

endrer og utvikler seg over tid, basert på ny forskning, systematisert erfaringskunnskap og endringer i kulturelle normer. Begrepet må derfor tolkes dynamisk, i lys av den rådende samfunnsoppfatningen²⁰. Målet er å sikre ”den helhetlige fysiske, psykologiske, moralske og åndelige integriteten til barnet og fremme hans eller hennes menneskeverd”²¹. At barnets beste er grunnleggende og får forrang for andre hensyn rettferdiggjøres gjennom barnets spesielle situasjon. Barnet er avhengig av voksenpersoner for å ivareta sine interesser, de har en annen juridisk status enn voksne og har som regel mindre mulighet enn voksne til å føre en sterk sak for egne interesser. I barnevernloven § 4-1 fremgår det at barnets beste skal få ”avgjørende vekt”. Ordlyden i barnevernloven går dermed lenger enn barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1 som fremhever at barnets beste ”shall be a primary consideration”. Prinsippet om barnets beste har følgelig en sterk stilling i norsk rett.

2.4 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er et sentralt begrep i barneretten. Det viser til utgangspunktet om at det beste for barn er å vokse opp hos sine biologiske foreldre²². I barnevernloven kommer prinsippet til uttrykk gjennom en rekke lovbestemmelser som tydeliggjør at foreldrene har det primære og barnevernet det subsidiære ansvaret for barnets omsorg²³. Prinsippet utgjør en grunnverdi som barnevernloven bygger på, og gjenspeiler innholdet i sentrale menneskerettigheter som retten til familieliv i Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og Barnekonvensjonen artikkel 9. Det biologiske prinsipp har bred nasjonal og internasjonal konsensus, og får betydning ved tolkningen av barnevernloven og for den konkrete skjønnsutøvelsen i den enkelte sak²⁴.

2.5 Det minste inngreps prinsipp

Det minste inngreps prinsipp går ut på at inngrep fra barnevernet ikke skal være mer omfattende eller inngripende enn det som er nødvendig for å oppnå det ønskede resultat.

²⁰ Prop. 106 L Endringer i barnevernloven s. 82

²¹ Barnekomiteens generelle kommentarer nr.14 (2013) om barnets rett til at han eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art.3, para.1)

²² Ot.prp.nr.69 (2008-2009) om lov om endringer i barnevernloven på s.5

²³ jf. eksempelvis utgangspunktet om at hjelpetiltak skal forsøkes før en omsorgsovertakelse jf.§4-12 andre ledd, de strenge vilkårene for å flytte barnet ut av hjemmet jf.§4-12, at foreldre og barn som hovedregel har en rett til samvær etter en omsorgsovertakelse jf.§4-19 og at det skal arbeides for at barnet kan tilbakeføres foreldrene etter en omsorgsovertakelse jf.§4-16 siste setning.

²⁴ NOU 2012:5 på s.49

Formålet er å beskytte barn og foreldre mot unødvendig eller uforholdsmessig innblanding i familie – og privatlivet. Prinsippet kommer til uttrykk en rekke steder i barnevernloven, blant annet i lovens § 4-3, § 4-4 sjette ledd og § 4-12 andre ledd. Prinsippet pålegger barnevernsmyndighetene å alltid vurdere om mindre inngripende tiltak vil være til barnets beste. Det er imidlertid et krav om at barnevernstiltak er effektive og sikrer riktig hjelp til rett tid, og en forsvarlig omsorgssituasjon for barnet. Det mildeste inngreps prinsipp forhindrer derfor ikke barnevernet å iverksette inngripende tiltak, så fremt det anses som nødvendig.

2.6 Barnets medvirkningsrett

Barnets rett til medvirkning er et sentralt hensyn i barneretten, og er hjemlet en rekke steder i lovgivningen²⁵. Prinsippet går ut på at barn og unge har en rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv. Barnets mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling. Medvirkningsretten medfører at barnet har krav på tilstrekkelig og tilpasset informasjon, slik at de fritt kan gi uttrykk for sine synspunkter. Retten til medvirkning gjelder i hele beslutningsprosessen og for alle forhold som vedrører barnet. Barnet vil dermed ha en rett til å medvirke eksempelvis ved vurderingen av samvær og samværets omfang etter en omsorgsovertakelse²⁶.

²⁵ Eksempelvis Grunnloven §104, Barnekonvensjonen artikkel 12 og barnevernloven §1-6

²⁶ Prop. 169 L (2016-2017) s.141 – 142

3 Retten til samvær

3.1 Barnevernloven § 4-19 første ledd

Det følger av barnevernloven § 4-19 første ledd:

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

Bestemmelsen viser til den fundamentale retten foreldre og barn har til å være sammen og leve som en familie. Dette er et utslag av det biologiske prinsipp og utgangspunktet om at barnet som regel har det best hos sine foreldre. ”Barn og foreldre” forstås som barnet og juridiske foreldre²⁷. En naturlig forståelse av ”rett til samvær” tilsier at det er et lovfestet utgangspunkt at foreldre har rett til samvær med sine barn. Det er klart at formuleringen ”samvær” omfatter fysiske møter mellom foreldrene og barnet²⁸. Ordlyden av ”samvær” kan tilsi at bare fysiske møter omfattes av vilkåret, men det er i Høyesterettspraksis²⁹ og juridisk teori³⁰ lagt til grunn at også andre former for kontakt, som telefonkontakt og digital kontakt, omfattes av bestemmelsen.

Ordlyden av barnevernloven § 4-19 første ledd trekker i retning av at utgangspunktet er en rett til samvær mellom foreldre og barn. I henhold til legalitetsprinsippet må myndighetenes inngrep i denne retten ha grunnlag i lov jf. Grunnloven § 113. En begrensning av samværsretten vil derfor kreve lovhjemmel og en tilstrekkelig begrunnelse.

Forarbeidene til barnevernloven (Ot.prp.nr.44 (1991-1992)) begrunnet en lovfestet samværsrett med at ”nyere forskning har vist at det i mange tilfelle er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, både fordi det er sterke følelsesmessige bånd mellom barna og foreldrene, og for at barnet derigjennom kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt”³¹. Forarbeidene har fokus på hvordan samværsfastsettelse som regel vil være et gode for barnet.

²⁷ Se barnevernloven §4-20a for regler om besøkskontakt mellom biologiske foreldre og barnet etter en adopsjon.

²⁸ Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) på s.51 som fremholder at samværsretten er ”ment å omfatte at foreldrene kan besøke barnet, og at barnet kan besøke foreldrene”.

²⁹ Rt.2007 s.1136, Rt.2007 s.1147 og HR-2020-1967-A

³⁰ Haugli (2000) s.230

³¹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) på s.51

Foreldre og barns samværsrett etter omsorgsovertakelser ble først lovfestet gjennom barnevernloven av 1992. Barnevernloven av 1953³² inneholdt ingen bestemmelse som skulle sikre foreldrene samvær med barnet etter en omsorgsovertakelse. Også under barnevernloven av 1953 ble foreldrene gitt samvær, men da uten uttrykkelig lovhjemmel, og uten formaliserte saksbehandlingsregler og mulighet for overprøving ved domstolskontroll³³. Reguleringer og begrensninger i samværet mellom foreldre og barn må anses som et offentlig inngrep i deres privat – og familieliv, og den særskilte lovhjemmelen som ble inntatt i barnevernloven av 1992 var derfor nødvendig i lys av legalitetsprinsippet. Rettssikkerheten til barn og foreldre ble styrket gjennom lovfestingen av samværsretten i barnevernloven av 1992. Lovbestemmelsen gir foreldre og barn prosessuelle rettigheter ved inngrep i samværsretten. I tillegg fører en lovbestemt samværsrett til en bevisstgjøring rundt foreldre og barnets rett til å opprettholde familielivet, også etter omsorgsovertakelser.

At barn og foreldre som utgangspunkt har en rett til samvær er fastsatt som et innledende utgangspunkt i en rekke høyesterettsdommer som vurderer samværsretten til foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse. I eksempelvis Rt.2006 s.247 uttalte Høyesterett i avsnitt 28: ”[u]tgangspunktet etter barnevernloven § 4-19 første ledd er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre” og i Rt.2012 s.1832 avsnitt 26: ”Utgangspunktet er [...] at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre”.

Retten til samvær etter barnevernloven § 4-19 første ledd må imidlertid leses i sammenheng med barnevernloven § 4-1 og hensynet til barnets beste. Bestemmelsen lyder:

”Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapittelet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”

Bestemmelsen hjemler det grunnleggende prinsippet om barnets beste som er gjennomgått i oppgavens punkt 2.3. Bestemmelsen innebærer at hensynet til det konkrete barnet i saken er av overordnet betydning, og veier tyngre enn andre hensyn. Ordlyden av ”avgjørende” tilsier at hensynet til barnet vil få forrang for alle andre hensyn i saken. I forarbeidene til bestemmelsen heter det³⁴:

³² Lov om barnevern (barnevernloven) av 17.juli 1953 nr.14

³³ Haugli (2000) på s.86

³⁴ Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) s.28

”Hensynet til *barnets beste* [skal] legges til grunn ved vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes etter loven. Bare de momenter som har betydning for barnet skal trekkes inn ved vurderingen, og det skal ikke legges vekt på hensynet til foreldrene i de tilfelle hvor foreldrene og barnets interesser er motstridende.”

Oppsummert hjemler barnevernloven § 4-19 første ledd en rett til samvær mellom barn og foreldre. Utgangspunktet er at det er både i foreldrenes og barnets interesse å opprettholde familielivet etter en omsorgsovertakelse. Som det fremgår av barnevernloven § 4-1 vil samværsretten måtte vurderes i lys av hensynet til barnets beste. I situasjoner hvor samvær kan være skadelig for barnet, tilsier det at samværet kan og bør begrenses. Bestemmelsen kan derfor tolkes slik at foreldrene har en rett til samvær med barnet, så fremt samværene er til barnets beste.

3.2 EMK artikkel 8 nr.1

EMK artikkel 8 nr.1 lyder:

”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondance”

Ved tvungen omsorgsovertakelse og etterfølgende regulering av samvær etter barnevernloven, er det primært retten til “family life” som blir utsatt for et inngrep. For at forholdet skal være beskyttet etter EMK artikkel 8, må det foreligge et ”familieliv” i konvensjonens forstand. Det er fastslått at familiebegrepet i EMK omfatter foreldre og barn under 18 år³⁵. På bakgrunn av at oppgaven tar for seg samværsretten til biologiske foreldre og barn, går jeg ikke videre inn på hvilke andre relasjoner som inngår i begrepet ”familieliv” etter EMK artikkel 8 nr.1.

Ordlyden av ”respect for his [...] family life” tilsier at foreldre og barn har rett til å leve sammen som en familie uten inngrep fra det offentlige. I *Strand Lobben mfl. mot Norge*³⁶ uttaler EMD i avsnitt 202:

”The first paragraph of Article 8 of the Convention guarantees to everyone the right to respect for his or her family life. As is well established in the Court’s case-law, the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life,

³⁵ *Gül mot Sveits* (sak 23218/94) avsnitt 32

³⁶ *Strand Lobben mfl. mot Norge*

and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by this provision”³⁷

Uttalelsen viser at EMK artikkel 8 nr.1 hjemler en gjensidig rett til foreldre og barn til å være sammen og leve som en familie. I dette ligger også en rett til samvær. EMK artikkel 8 pålegger staten en dobbel gjennomføringsforpliktelse³⁸. Staten har en negativ forpliktelse til å respektere og ikke gripe inn i familielivet, og en positiv forpliktelse til å tilrettelegge for at foreldre og barn kan utøve sitt familieliv og ha samvær med hverandre. I likhet med norsk rett bygger retten på samvær etter omsorgsovertakelse på det biologiske prinsipp. EMD uttalte i *Jansen mot Norge*³⁹ avsnitt 92:

”the best interest of the child dictate that the child’s ties with his or her family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit”

I tillegg til å hjemle foreldre og barns rett til familieliv, følger det av EMK artikkel 8 nr.1 at ”[e]veryone has the right to respect for his private [...] life”. Bestemmelsen verner om enkeltindividets fysiske og psykiske integritet⁴⁰. I dette ligger en positiv plikt for myndighetene til å sikre at barn ikke utsettes for vold, overgrep og omsorgssvikt. I tilfeller hvor barnet lever under forhold som krenker hans eller hennes fysiske og/eller psykiske integritet, er staten pålagt å foreta en avveining av barnets rett til et liv uten vold, overgrep og omsorgssvikt på den ene siden, og barnet og foreldrenes rett til familieliv på den andre⁴¹. EMD uttaler vedrørende avveiningen i *Strand Lobben mfl. mot Norge* i avsnitt 206:

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

Uttalelsen viser at foreldrenes rett til et familieliv og samvær med barnet, må avveies mot den belastning det kan påføre barnet å ha samvær med foreldrene. EMD har gjentatte ganger uttalt

³⁷ Uttalelsen er utslag av et generelt utgangspunkt i EMD. Se eksempelvis *Johansen mot Norge* (sak 17383/90) avsnitt 52 og *K. og T. mot Finland* (sak 25702/94) avsnitt 151

³⁸ Aall (2015) s. 55

³⁹ *Jansen mot Norge* (sak 2822/16)

⁴⁰ Aall (2015) s.215

⁴¹ Fremhevet i høringsuttalelse fra Norges institusjon for menneskerettigheter den 05.07.2019 på s.7

at hensynet til barnets beste er av ”paramount importance”⁴² og at i saker som gjelder omsorgsovertakelse og samværsbegrensninger må ”the child’s interests [...] come before all other considerations”⁴³

Oppsummert hjemler EMK artikkel 8 en grunnleggende rett for barn og foreldre til å leve sammen som en familie. Retten til familieliv innebærer en rett til samvær mellom foreldre og barn, også etter en omsorgsovertakelse. Retten til samvær må tolkes i lys av hensynet til at barnets beste er av ”paramount importance”, og kommer ”before all other considerations”. I likhet med barnevernloven § 4-19 første ledd trekker dette i retning av at bestemmelsen kan tolkes slik at foreldrene har en rett til samvær med barnet, så fremt samværene er til barnets beste.

⁴² *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 204 med videre henvisninger

⁴³ *Ibid*

4 De rettslige utgangspunktene for omfanget av samværsretten etter barnevernloven § 4-19 andre ledd

4.1 Innledning

Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, bortfaller det daglige samværet mellom foreldrene og barnet, og omfanget av deres rett til samvær må vurderes. Spørsmålet er hvilke rettslige utgangspunkt som skal legges til grunn ved fastsettelsen av samværets omfang etter barnevernloven § 4-19 andre ledd.

Barnevernloven § 4-19 andre ledd lyder:

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

Bestemmelsen viser at utgangspunktet for en begrensning av samværsretten er et vedtak om omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelsen utløser en plikt for fylkesnemnda til å ta stilling til omfanget av samværsretten når barnet ikke lengre er i foreldrenes daglige omsorg.

I juridisk teori er det blitt diskutert om retten til samvær etter barnevernloven § 4-19 første ledd bortfaller ved en omsorgsovertakelse. Fastsettelse av samvær etter en omsorgsovertakelse blir da ”et gode”, heller enn en begrensning slik ordlyden tilsier⁴⁴. De rettslige krav som stilles til lovhjæmmel, saksbehandling og skjønnsutøvelsen blir forskjellig avhengig av om fastsettelse av samvær anses som et inngrep i en rettighet, eller som et begunstigende vedtak. Det stilles strengere krav til nødvendighet og begrunnelse for å gjøre inngrep i en rettighet, i motsetning til å fatte et begunstigende vedtak. Haugli har en lengre drøftelse vedrørende spørsmålet i sin bok *samværsrett i barnevernssaker* (2000)⁴⁵. Hun konkluderer med at lovt tekst, forarbeider og høyesterettspraksis fastholder at det er en rett til samvær, også etter omsorgsovertakelse.⁴⁶ Rettsutviklingen etter 2000, sammenholdt med praksis fra EMD, gir støtte for et slikt synspunkt. Det ble blant annet uttalt i Rt.2004 s.1046 som gjaldt spørsmål om samværsrett i avsnitt 47 at:”[b]estemmelsene i [bvl.] §4-19 må anvendes i samsvar med artikkel 8 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) om respekt for familieliv. Det er ikke

⁴⁴ Haugli (2000) på s.143

⁴⁵ Haugli (2000) s.143 – 202

⁴⁶ Haugli (2000) på s.201

tvilsomt at foreldrenes rett til samvær med sine barn etter en omsorgsovertakelse beskyttes etter denne bestemmelsen”. Utgangspunktet er at foreldre og barn har en rett til samvær etter barnevernloven § 4-19 første ledd, også etter en omsorgsovertakelse. Argumentasjonen bør derfor knytte seg til om – og eventuelt hvorfor – det er nødvendig å foreta en begrensning i dette samværet.

4.2 En individuell skjønnsmessig vurdering

Formuleringen av å ”ta standpunkt til omfanget av samværsretten” i barnevernloven § 4-19 andre ledd tilsier at fylkesnemnda kan foreta en bred, sammensatt og individuell vurdering i den enkelte sak. Lovteksten pålegger ikke konkrete vilkår eller avveininger i vurderingen, men bestemmelsen må leses i lys av barnevernloven § 4-1 og det generelle prinsippet om at hensynet til barnets beste er avgjørende i saken.

Utover hensynet til barnets beste, trekker forarbeidene frem omsorgsovertakelsens formål og antatte varighet som relevante vurderingsmomenter. I Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) heter det på s.51: ”Spørsmålet om samværsrett henger sammen med spørsmålet om vedtakets varighet og hva som vil være målsettingen med vedtaket. I praksis vil det være disse forholdene som bestemmer samværsrettens omfang.”

I proposisjonen gikk Barne- og familiedepartementet ikke nærmere inn på hva som regulerer vedtakets varighet og målsettingen med vedtaket, eller hvordan dette påvirker samværsrettens omfang. På bakgrunn av at forarbeidene fremhever omsorgsovertakelsens varighet og formål som avgjørende for samværsrettens omfang, er det nødvendig med en nærmere analyse av hva som er bestemmende for omsorgsovertakelsens varighet (punkt 4.3), hva som er formålet med omsorgsplasseringen (punkt 4.4), og hvordan dette påvirker samværets omfang (4.5).

4.3 Vedtakets varighet

I utredningen som dannet grunnlag for barnevernloven av 1992⁴⁷, er det uttalelser knyttet til både omsorgsovertakelsens varighet og formål. Disse er senere blitt henvist til av Høyesterett⁴⁸. Vedrørende omsorgsovertakelsens varighet fremhevet utvalget i NOU 1985:18 på side 162:

⁴⁷ NOU 1985:18

⁴⁸ Første gang i Rt.1998 s.787. Fulgt opp i en rekke Høyesterettsdommer.

”Noen ganger må man gå ut fra at foreldrene for meget lang tid vil være ute av stand til å gi barnet forsvarlig omsorg, og at utsiktene for at situasjonen vil bedre seg vil være liten, selv med hjelp fra sosialtjenesten. I andre tilfeller kan vanskelighetene være forbigående. Dette kan være tilfelle hvor vedtaket har sin bakgrunn i ekteskapelige problemer eller i at foreldrene er blitt syke eller skadet ved en ulykke.”

Uttalelsen tilsier at kortvarige omsorgsovertakelser foreligger når den problematiske familiesituasjonen er forbigående og tilbakeføring kan ventes å finne sted innen rimelig tid. Lengre omsorgsovertakelser påregnes når familiesituasjonen er av en vanskelig, vedvarende karakter som det er høyst usikkert om vil bedre seg. Uttalelsene i utredningen viser at det må foretas en konkret vurdering av omsorgsplasseringens forventede varighet, hvor utgangspunktet er om den vanskelige familiesituasjonen er av forbigående karakter.

I Rt.2006 s.247 var spørsmålet hvor mye samvær mor skulle tilkjennes etter en omsorgsovertakelse. På bakgrunn av psykisk sykdom og rus, var mor fratatt omsorgen for sitt 13 år gamle barn. Høyesterett foretok en konkret vurdering av omsorgsovertakelsens forventede varighet, der det ble lagt avgjørende vekt på at moren hadde et uavklart forhold til narkotika, tidligere var blitt siktet for straffbare forhold og hadde en langvarig manisk depressiv lidelse. Høyesterett fant det derfor ”temmelig klart at en tilbakeføring av omsorgen for B ikke vil være aktuell i rimelig nær fremtid”.⁴⁹

Rt.2012 s.1832 gjaldt omfanget av foreldrenes samværsrett etter en omsorgsovertakelse. Foreldrene var blitt fratatt omsorgen for barnet på bakgrunn av psykisk sykdom og rusproblemer hos både mor og far, samt en domfellelse av far for alvorlige lovbrudd. Vedrørende omsorgsovertakelsens varighet uttalte Høyesterett i avsnitt 33:

”Hun [mor] har fortsatt klare utfordringer, samtidig som hun i en årrekke har hatt betydelige problemer med rus og psykiske plager. C [barnet] har på sin side behov for stabilitet og kontinuitet. Jeg finner det på denne bakgrunn klart at mor på kort sikt ikke kan overta omsorgen for C. Far soner som nevnt en lengre fengselsstraff, og han hverken ønsker eller er egnet til å overta omsorgen på det nåværende tidspunkt. Plasseringen i fosterhjem må derfor – på samme måte som for tingretten og lagmannsretten – vurderes i et langsiktig perspektiv”.

⁴⁹ Rt.2006 s.247 avsnitt 33

Høyesterettspraksis underbygger utgangspunktet i NOU 1985:18 om at det skal foretas en konkret vurdering av omsorgsovertakelsens forventede varighet. Dersom foreldrenes omsorgsevne er betydelig svekket, og det må forventes at dette vil vedvare over en lengre periode, vil omsorgsovertakelsen bli vurdert som langvarig.

I saker for Høyesterett om samværsfastsettelse er det ikke i noen av sakene vurdert at omsorgsovertakelsen vil være kortvarig. Grunnen til dette kan være at prosessen med å få saken sin vurdert av Høyesterett er lang, og at barnet derfor vil være tilbakeført til foreldrene før en prosess med å klage fylkesnemndas vedtak inn for domstolene er avsluttet.

Heller ikke i fylkesnemnda er det praksis for at omsorgsovertakelsen blir vurdert til å være kortvarig. Trude Haugli foretar i sin bok, *samværsrett i barnevernssaker*, en analyse av 140 fylkesnemndsvedtak fra 1993⁵⁰. I bare fem av vedtakene går det klart frem at omsorgsovertakelsen var planlagt som et kortvarig tiltak. I Tina Gerdts-Andresen sin analyse av 91 fylkesnemndsvedtak fra perioden 1.juli 2018 til 31.desember 2019⁵¹ var det bare i seks vedtak lagt til grunn at omsorgsovertakelsen var kortvarig *eller* at forventet varighet av plassering ikke lot seg fastslå på vedtakstidspunktet. Også i Christian Børge Sørensen sin analyse av 100 fylkesnemndsvedtak fra 2018 ble det i kun 11 vedtak lagt til grunn at vedtakets varighet var usikker eller kortvarig⁵².

I analysen til Haugli, som gjaldt barn i alderen fire til sytten år, er det ulike vurderinger som ligger til grunn for at omsorgsovertakelsen blir kortvarig. I det ene tilfellet måtte barnet utredes for problemer, som i seg selv var grunnen for omsorgsovertakelsen. Da utredningen ikke var forventet å foregå over lengre tid, ble omsorgsovertakelsen vurdert til å være kortvarig. I det andre tilfellet nærmet barnet seg myndighetsalder, og omsorgsovertakelsen ville dermed per definisjon bli kortvarig. I det tredje tilfellet var det andre omsorgspersoner tilknyttet barnet som kunne overta omsorgen. Konkret ble omsorgsovertakelsen vurdert som kortvarig fordi barnets far, som barnet hadde et omfattende og positivt samvær med, ville prøve å få omsorgen overført til seg etter barnelova. I det fjerde tilfellet ble omsorgsovertakelsen vurdert som kortvarig på bakgrunn av at barnet var i utviklingsmessig

⁵⁰ Haugli (2000) s. 274 – 276

⁵¹ Tina Gerdts-Andresen, *Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse*, Kritisk juss årgang 46 nr.2, s. 125-153, Universitetsforlaget 2020

⁵² Christian Børge Sørensen, *Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art.8*, Lov og rett vol.59, nr.2 2020, s.103-122 på s.110

god stand, at det var et godt tilknytningsforhold mellom barnet og forelderen og at det i tillegg var stor sannsynlighet for at omsorgsevnen til forelderen ville bedre seg i løpet av kort tid.

Gerdts-Andresen sin analyse av kortvarige omsorgsvedtak gjaldt syv barn i alderen syv til fjorten år. Gerdts-Andresen foretar ikke en redegjørelse av saksforholdet i de ulike vedtakene, men konkluderer på bakgrunn av innholdsanalysen med at:

”[...] bakgrunnen for omsorgsovertakelsen[e] er sammensatt, og det er ikke identifisert forhold som skiller disse vedtakene innholdsmessig fra vedtakene hvor fylkesnemnda fastslår ”varig plassering”. Vedtakene synliggjør *ikke* hvilke forhold som tilsier at det er mer sannsynlig med kortvarig plassering av disse barna enn hva som er vurdert for de øvrige familiene [hvor omsorgsovertakelsen ble definert som langvarig].”⁵³ (min utheving)

Analysene foretatt av Haugli og Gerdts-Andresen viser at sakene hvor en omsorgsovertakelse antas å være kortvarig er ulikeartede, og at fylkesnemnda generelt ikke fremhever den konkrete årsaken til at omsorgsovertakelsen antas å være kortvarig.

En mulig årsak til at så få omsorgsovertakelser blir definert som kortvarige, kan være at barneverntjenesten i slike situasjoner heller iverksetter hjelpetiltak etter § 4-4, § 4-10 eller § 4-11⁵⁴. I tilfeller hvor omsorgssituasjonen til barnet forventes å bedre seg i løpet av kort tid, kan det være mer hensiktsmessig at barneverntjenesten bistår barnet og foreldrene i hjemmet, i stedet for å utsette barnet for den usikkerheten og belastningen en omsorgsovertakelse kan medføre.

Drøftelsen over viser at spørsmålet om en omsorgsovertakelse vurderes som langvarig eller kortvarig beror på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Det avgjørende synes å være hvor lenge det kan forventes at de strenge vilkårene for å opprettholde omsorgsovertakelsen er tilstede. Viktige momenter i denne vurderingen er hvor alvorlig bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var, og den forventede fremtidige omsorgsevnen til foreldrene. Samtidig viser vedtakene fra fylkesnemnda at det ikke nødvendigvis er foreldrenes omsorgsevne, men heller den praktiske situasjonen rundt barnet som er avgjørende for at en omsorgsovertakelse vurderes som kortvarig. Til tross for at det ikke kan konkluderes med én konkret årsak som er

⁵³ Gerdts-Andresen (2020) på s.137

⁵⁴ I samme retning Haugli (2000) på s.276

utløsende for at omsorgsovertakelsen antas å være kortvarig eller langvarig, kan det konkluderes med at de fleste omsorgsovertakelser i praksis blir vurdert som langvarige.

4.4 Formålet med vedtaket

4.4.1 Formålet ved kortvarige omsorgsplasseringer

I NOU 1985:18 fremgår det klart at sosialtjenesten skal arbeide for gjenforening mellom foreldrene og barnet når omsorgsovertakelsen regnes å være kortvarig. Gjenforeningsmålsetningen er utslag av det biologiske prinsipp, og underbygger utgangspunktet om at det som regel er til det beste for barnet er å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Utredning uttaler på s.162:

”sosialtjenesten [må] se det som sin oppgave å tilrettelegge grunnlaget for tilbakeføring av barnet til foreldrene, og det bør sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldrene og barnet holdes best mulig vedlike.”

Uttalelsen viser at kortvarige omsorgsplasseringer er midlertidige, og at formålet med vedtaket er at barnet skal tilbakeføres til foreldrene. Fylkesnemnda skal derfor fastsette et så høyt antall samvær som mulig, i lys av hensynet til barnets beste, for å sikre en tilbakeføring av barnet til foreldrene.

4.4.2 Formålet ved langvarige omsorgsplasseringer

Formålet ved langvarige omsorgsovertakelser fremstår som uklart i NOU 1985:18. Utvalget vurderte om det skulle innarbeides en generell regel om et gjenforeningsformål etter en omsorgsovertakelse. Utvalget kom til at det var vanskelig å innarbeide en slik regel i loven. Det uttales på s.163:

”Det riktige må etter vår mening være at sosialtjenesten og vedtaksmyndigheten fra sak til sak vurderer spørsmålet om tiltakets varighet. Hvor forutsetningene kan være til stede, er det grunn til å søke løsninger som kan skape grunnlag for senere oppheving av vedtaket, eller ihvertfall en løsning som ikke stenger for det.”

Uttalelsen åpner for at det ved mer langvarige omsorgsovertakelser også bør tilrettelegges for en oppheving av vedtaket⁵⁵. Forutsetningene for en tilbakeføring kan være til stede ved langvarige omsorgsovertakelser, selv om en tilbakeføring ikke kan forventes før etter noen år. Det biologiske prinsipp og det minste inngreps prinsipp tilsier at formålet ved en omsorgsovertakelse skal være tilbakeføring uavhengig av omsorgsovertakelsens varighet, så fremt det samsvarer med hensynet til barnets beste. Ser man dette i sammenheng med barnevernloven § 4-16 som pålegger barneverntjenesten et ansvar for å følge utviklingen til barn og foreldre når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse, trekker det i retning av at formålet er gjenforening også ved mer langvarige omsorgsovertakelser. Uttalelsene i forarbeidene er imidlertid uklare. Det er derfor nødvendig å se hen til hvordan Høyesterett har tolket uttalelsene, og hva Høyesterett har lagt til grunn som formålet ved langvarige omsorgsplasseringer.

Rt.1998 s.787 gjaldt samværsomfang mellom far og sønn etter en omsorgsovertakelse som ble forutsatt å være langvarig. Vedrørende formålet med samværsfastsettelsen uttalte Høyesterett på s.792:

”Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller en tilbakeføring 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.”.

I Rt.2006 s.247 var spørsmålet hvor mye samvær mor skulle tilkjennes etter omsorgsovertakelse. På bakgrunn av psykisk sykdom og rus, var mor fratatt omsorgen for sitt tretten år gamle barn. Omsorgsovertakelsen ble vurdert som langvarig. Høyesterett henviste til uttalelsene i Rt.1998 s.787 og at formålet med samvær er å sikre barnet kjennskap til sitt biologiske oppgav med henblikk på en eventuell senere tilknytning⁵⁶.

Rt.2012 s.1832 gjaldt omfanget av foreldres samværsrett ved en langvarig omsorgsovertakelse. Begge foreldrene hadde rusproblemer, og far var dømt for alvorlige kriminelle forhold. Høyesterett tok utgangspunkt i at det ved vurderingen av samværets omfang må skilles mellom midlertidige plasseringer og langtids plasseringer. Det ble vist til at NOU 2000:12 side 211 gir en dekkende oppsummering av rettstilstanden på området.

⁵⁵ I samme retning Lindboe (2012) som på s.83 fremholder at ”enhver omsorgsovertakelse er i prinsippet midlertidig”.

⁵⁶ Rt.2006 s.247 avsnitt 30

Høyesterett henviste til at omfanget av samvær er avhengig av hvilken type plassering det gjelder, og det ble bemerket at:

”langtidsplasseringer skal ha sjeldnere samvær, og barnet skal ha et kjennsksforhold til de biologiske foreldrene. Formålet med samværet er da å gi barnet en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene, og ikke å skape eller opprettholde en følelsesmessig tilknytning til foreldrene.”

Uttalelsen trekker i retning av at formålet med samværene bare er å gi barnet forståelse for sitt biologiske opphav, og at det ikke skal tilrettelegges for en tilknytning mellom barnet og foreldrene. En manglende tilknytning mellom foreldrene og barnet vil medføre at det ikke er til barnets beste å tilbakeføres foreldrene, og stenger derfor for en senere gjenforening.

Uttalelsen trekker i retning av at Høyesterett går vekk fra gjenforeningsmålsetningen ved langvarige omsorgsplasseringer.

På den ene siden vil formålet fremsatt i Rt.1998 s.787 og Rt.2006 s.247 om å sikre barnet ”kjennskap til biologiske opphav” med sikte på en ”eventuell senere tilknytning når barnet vokser til” kunne tilrettelegges for en gjenforening. Kjennskap og tilknytning til foreldrene er en forutsetning for en eventuell senere tilbakeføring av barnet til foreldrene. Det kan derfor argumenteres for at Høyesterett hadde gjenforening som et overordnet formål i disse sakene.

På den andre siden tilsier uttalelsen i Rt.2012 s.1832 at Høyesterett tok avstand fra formålet om gjenforening ved langvarige omsorgsplasseringer da førstvoterende fremhevet at formålene med samværene ”ikke [er] å skape eller opprettholde følelsesmessig tilknytning til foreldrene”.

Tolkningen av Høyesteretts uttalelser gir ikke et klart svar på om Høyesterett har som formål å tilrettelegges for en gjenforening ved langvarige omsorgsovertakelser. Det er derfor nødvendig med en analyse av den konkrete vurderingen som Høyesterett har foretatt, for å besvare spørsmålet om hva Høyesterett faktisk har lagt til grunn som formålet ved langvarige omsorgsplasseringer.

I Rt.1998 s.787 foretok Høyesterett en konkret vurdering av ulike momenter for å fastsette samværets omfang. Det ble særlig vist til sakkyndigrapporter for å konstatere hvilket samværsomfang som ville være til beste for barnet. Førstvoterende trakk frem at ”hensynet til en mulig fremtidig tilknytning til far og hans slekt i dette tilfellet tillegges vekt”. Høyesterett

oppsummerte utgangspunktet for samværsfastsettelsen på s.793: ”Jeg bemerker meg at formålet med samvær i vår sak er å etablere en relasjon mellom far og sønn under hensyn til at omsorgsovertakelsen og plasseringen i fosterhjem er varig. Samværsordningen må utformes slik at Cs livssituasjon ikke påvirkes i negativ retning. Han kjenner ikke sin biologiske far, og trenger tid til å bli trygg i forhold til ham.”. På bakgrunn av den konkrete vurderingen ble samværsretten fastsatt til tre samvær i året, med varighet på seks timer. I henhold til dommen fremstår relasjon, tilknytning og kjennskap til biologisk opphav som formålet ved langvarige omsorgsplasseringer etter barnevernloven § 4-19 andre ledd. Gjenforeningsformålet ble ikke nevnt. Den konkrete vurderingen som foretas, tilsier likevel at faren ble tilkjent så mye samvær som var forsvarlig av hensyn til barnets beste. At Høyesterett ga så mye samvær som mulig, kan trekke i retning av at Høyesterett forsøkte å tilrettelegge for gjenforening.

I Rt.2006 s.247 som gjaldt samværets omfang mellom mor og sønn blir moren tilkjent forholdsvis omfattende samvær med sønnen, til tross for at omsorgsovertakelsen ble definert som langvarig. Høyesterett stadfestet ett helgesamvær og to ettermiddagssamvær i måneden. Høyesterett viste til at barnet var ”en velfungerende gutt” og at ”mor og sønn hele tiden har hatt et nært og godt forhold”. Høyesterett la vekt på at barnet selv ønsket samvær med moren⁵⁷. Høyesterett nevnte ikke eksplisitt hva som var formålet med samværene mellom mor og sønn. Det er derfor uklart om samværene skulle tilrettelegge for gjenforening. Den konkrete vurderingen som ble foretatt, og det omfattende samværet som ble fastsatt, kan likevel trekke i retning av at Høyesterett forsøkte å tilrettelegge for gjenforening. Vurderingen tilsier at det ble gitt så mye samvær som var forsvarlig i lys av hensynet til barnets beste.

I Rt.2012 s.1932 foretok Høyesterett også en konkret vurdering hvor mors positive utvikling og velfungerende gjennomføring av samvær ble tillagt vekt⁵⁸. Høyesterett la vekt på at barnet var sårbart, og trengte ro for å etablere en tilknytning til fosterfamilien. Mor ble derfor tilkjent fire årlige samvær med barnet, med en varighet på tre timer. Den konkrete vurderingen Høyesterett foretok, tilsier at moren ble tilkjent så mye samvær som var forsvarlig i lys av hensynet til barnets beste. Det kan trekke i retning av at Høyesterett forsøkte å tilrettelegge for fremtidig gjenforening.

⁵⁷ Rt.2006 s.247 avsnitt 34

⁵⁸ Rt.2012 s.1832 avsnitt 41 og 42

Høyesterett har eksplisitt trukket frem formålet om gjenforening i flere saker som gjelder langvarige omsorgsplasseringer jf. eksempelvis Rt.2002 s.908, Rt.2004 s.1046 avsnitt 48, Rt.2014 s.976 avsnitt 35 og 36 og HR-2019-788-U. Det er interessant å merke seg at alle de nevnte sakene gjaldt spørsmålet om å nekte samvær mellom barnet og foreldrene. Det er nærliggende å anta at Høyesterett trakk frem formålet om gjenforening, fordi å nekte samvær åpenbart står i et motsetningsforhold til gjenforeningsmålsetningen. I dommene foretok Høyesterett en vurdering av om det var grunnlag for å oppgi formålet om gjenforening på bakgrunn av spesielle og sterke grunner. At Høyesterett ikke eksplisitt har trukket frem gjenforeningsmålsetningen i saker hvor det tilkjennes et visst omfang av samvær kan tilsi at Høyesterett mente formålet om gjenforening fortsatt lå til grunn i disse sakene.

Det er ingen klar konklusjon på spørsmålet om hva som har vært formålet ved langvarige omsorgsplasseringer i norsk rett. På den ene siden tilsier uttalelsen i Rt.2012 s.1832 – om at formålet med samvær ved langvarige omsorgsovertakelser er ”å gi barnet en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene, og ikke å skape eller opprettholde en følelsesmessig tilknytning til foreldrene” – at Høyesterett ikke legger gjenforeningsmålsetningen til grunn ved langvarige omsorgsplasseringer. På den andre siden viser de konkrete vurderingene som er blitt foretatt at Høyesterett også ved langvarige omsorgsovertakelser søker å gi så mye samvær som mulig, sett i lys av hensynet til barnets beste. At det gis så mye samvær som mulig, kan tilsi at Høyesterett forsøker å tilrettelegge for en gjenforening av foreldrene og barnet. Det tilsynelatende skillet mellom formålet ved langvarige og kortvarige omsorgsplasseringer er uansett uheldig. Det kan oppfattes som at gjenforeningsformålet oppgis når det fremheves at formålet med samvær er å ”ivareta hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav”. En slik begrensning av formålet med samvær bør derfor bare anvendes i tilfellene der gjenforeningsformålet oppgis⁵⁹.

4.4.3 Presisering i Høyesterett storkammer

Høyesterett har foretatt en presisering av formålet ved langvarige omsorgsplasseringer i storkammeravgjørelsene avsagt i 2020.

⁵⁹ HR-2017-2015-A er et eksempel på at gjenforeningsmålsetningen er oppgitt.

I HR-2020-662-S foretok Høyesterett en full overprøving av lagmannsrettens beslutning om omsorgsovertakelse og samvær. Vedrørende formålet ved omsorgsovertakelser uttalte Høyesterett i avsnitt 119:

”Ved fastsettelse av samvær må det tas utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal anses som midlertidig, og at omsorgen for barnet skal tilbakeføres til foreldrene så snart forholdene tillater det, jf. barnevernloven § 4-16 siste punktum om at der «hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet” [...]”.

Høyesterett trakk videre frem uttalelsene i Rt.2012 s.1832 avsnitt 34 hvor det ble uttalt at samværet må ”ivareta hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav”. Høyesterett presiserte at ”en slik oppgivelse – med den virkning at samværene begrenses sterkt eller faller helt bort – forutsetter at det foreligger spesielle og sterke grunner. [...] I de saker hvor gjenforeningsformålet ligger fast, må samværet settes slik at båndene mellom foreldre og barn kan styrkes og utvikles”⁶⁰.

Uttalelsen tilsier at Høyesterett tar avstand fra formålet om ”kjennskap til biologisk opphav” når det ikke foreligger spesielle og sterke grunner som tilsier at gjenforeningsmålsetningen er oppgitt. Dersom gjenforeningsmålsetningen ligger fast er formålet at båndene mellom foreldrene og barnet skal styrkes og utvikles med sikte på en fremtidig gjenforening.

Høyesterett trakk videre frem at omsorgsovertakelsens varighet *ikke* har betydning for utgangspunktet om at omsorgsovertakelsen er midlertidig. Høyesterett uttalte i avsnitt 125:

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

I den konkrete vurderingen av hvilket samvær som skulle fastsettes i saken trakk Høyesterett frem at det må ”fastsettes et samvær av et slikt omfang at båndene til mor og far kan styrkes og utvikles”, men at samværet ”ikke [må] bli så omfattende at barnet blir skadelidende”⁶¹. Høyesterett foretok en konkret og sammensatt skjønnsmessig vurdering av en rekke ulike

⁶⁰ HR-2020-662-S avsnitt 128

⁶¹ HR-2020-662-S avsnitt 140

momenter i saken, og konkluderte med at ”når de nevnte hensynene til barnet og foreldrene balanseres, synes åtte samvær i året å være riktig nivå, slik situasjonen er nå.”

HR – 2020 – 663 – S er en kjennelse om lagmannsrettens ankenektelse i sak om omsorgsovertakelse og samvær. Ankenektelsen ble godtatt. I tingretten fastsatte domstolen et samvær på to timer seks ganger i året. Med henvisning til Rt.2012 s.1832 la tingretten til grunn at omsorgsovertakelsen ville bli langvarig, og at formålet med samværene var at barnet skulle vedlikeholde kjennskap og forståelse for sitt biologiske opphav. Høyesterett påpekte i avsnitt 145:

”Basert på praksis fra EMD mener jeg at tingretten her har tatt et for snevert utgangspunkt for vurderingen av samværets omfang.”

Høyesterett kom likevel til at tingrettens dom kunne opprettholdes. I avsnitt 151 – 152 oppsummerte Høyesterett:

”Jeg kan ikke se at tingrettens for snevre utgangspunkt har virket inn på den nærmere vurderingen. Som rettens begrunnelse viser, ble formålet med gjenforening i realiteten ikke oppgitt. Tingretten forutsatte uttrykkelig at samværet ville bli utvidet etter en overgangsfase.

Dommen lest i sammenheng viser at retten ved den konkrete vurderingen har tatt utgangspunkt i det biologiske prinsipp. Ut fra et meget omfattende, oppdatert og balansert grunnlag bygget på fagkyndige vurderinger har den lagt avgjørende vekt på barnets store utfordringer, skjevutvikling og behov for ro til å etablere seg i et nytt fosterhjem etter at hun for andre gang – kort tid etter omsorgsovertakelsen – skulle tilpasse seg en ny omsorgsbasis. Tingretten fremhevet at det dreier seg om en jente som i en overveiende del av sitt liv har levd under store belastninger, og hvor det over tid er skjedd en negativ utvikling.”

Uttalelsen tilsier at, til tross for at det rettslige utgangspunktet er for snevert, er det avgjørende at det foretas en konkret og sammensatt skjønnsmessig vurdering, hvor det er tatt utgangspunkt i det biologiske prinsipp. Tingrettens vurdering tilsier at domstolen ga så mye samvær som var mulig å gi i lys av hensynet til barnets beste. Gjenforeningsformålet ble da, de facto, ivaretatt. Jeg mener det på bakgrunn av denne uttalelsen kan argumenteres for at Høyesterett har ivaretatt gjenforeningsformålet i tidligere dommer til tross for at de har hatt et for snevert rettslig utgangspunkt. De konkrete vurderingene som er foretatt i Høyesterettsdommene tilsier at det ble gitt så mye samvær som mulig, i lys av hensynet til barnets beste. Det kan derfor

argumenteres for at gjenforeningsmålsetningen i realiteten ble ivaretatt (jf. drøftelsen under punkt 4.4.2)

Oppsummert presiserer Høyesterett i HR-2020-662-S og HR-2020-663-S at vedtak om omsorgsovertakelse som hovedregel skal være midlertidige, uavhengig av omsorgsovertakelsens antatte varighet. Utgangspunktet er et formål om gjenforening, og samvær mellom foreldre og barn er en viktig del av å tilrettelegge for denne gjenforening. Etter Høyesteretts avgjørelser i storkammer er det klart at formålet ved langvarige omsorgsovertakelser i utgangspunktet er gjenforening. Gjenforeningsmålsetningen kan bare oppgis dersom det foreligger spesielle og sterke grunner.

4.4.4 Formålets betydning for fastsettelsen av samværets omfang

Analysen over viser at formålet ved langvarige omsorgsovertakelser har vært uklart frem til Høyesteretts storkammeravgjørelser i 2020. Spørsmålet er således om, og eventuelt hvordan, dette har påvirket fastsettelsen av samværets omfang. Trude Haugli uttaler i sin bok vedrørende formålets betydning for samværsfastsettelsen:

«Det er åpenbart at det kreves et mye mer omfattende samvær hvis siktemålet i saken er at foreldrene fortsatt skal være sentrale personer for barnet, enn hvis siktemålet med omsorgsovertakelsen er å bryte forbindelsen mest mulig, og at samvær bare skal sikre at barnet vet hvem foreldrene er.»⁶²

På den ene siden kan det argumenteres for at foreldrene vil tilkjennes et høyere antall samvær dersom det er klart fastlagt at det overordnede formålet med omsorgsovertakelsen er en gjenforening av foreldrene og barnet. Dersom barnet skal gjenforenes med foreldrene tilsier det at det må foretas hyppige samvær for å bevare og utvikle tilknytningen mellom foreldrene og barnet. Samværsfastsettelsen ved kortvarige omsorgsplasseringer, der formålet er gjenforening, viser tydelig at det fastsettes et høyt antall samvær for å opprettholde kontakten mellom foreldrene og barnet⁶³.

⁶² Haugli (2000) s.273

⁶³ Haugli (2000) s.274 – 275

På den andre siden må samværets omfang alltid vurderes i lys av barnets beste, og det kan ikke fastsettes et høyere antall samvær enn det som er til barnets beste. Ved kortvarige omsorgsplasseringer er familiesituasjonen av en slik art at det er forsvarlig i lys av hensynet til barnet å tilkjenne et høyt antall samvær med foreldrene. Ved langvarige omsorgsovertakelser er ofte familiesituasjonen preget av alvorlig svikt fra foreldrene, som det må forventes at vil vare over en lengre periode. Selv om formålet med samværene ved langvarige omsorgsplasseringer er gjenforening, vil hensynet til barnets beste tilsi at samværene mellom foreldrene og barnet begrenses i den perioden foreldrenes omsorgsevne er betydelig svekket. Jeg mener det på bakgrunn av analysen over kan argumenteres for at Høyesterett har tilkjent foreldrene så mye samvær som er mulig, i lys av hensynet til barnets beste. Jeg mener derfor at vedtakets formål i *høyesterettspraksis* ikke har hatt utslagsgivende effekt på det fastsatte samværet. Det er imidlertid viktig å påpeke at jeg ikke har analysert vedtak fra fylkesnemnda, tingretten eller lagmannsretten. Jeg åpner derfor for at formålet ved omsorgsovertakelsen kan ha påvirket disse instansenes fastsettelse av samværets omfang⁶⁴. For å sikre enhetlig praksis og ivaretagelse av foreldrene og barnas rett til et familieliv og samvær er det derfor en fordel at det kommer klart frem av rettskildene at formålet er gjenforening, også ved langvarige omsorgsovertakelser. Etter Høyesteretts storkammeravgjørelser er dette nå fastlagt. Underinstansene må rette seg etter Høyesteretts føringer, og legge gjenforeningsformålet til grunn som utgangspunktet ved alle omsorgsovertakelser, så fremt det er i samsvar med hensynet til barnets beste.

4.5 Utviklingen av en standardnorm

Høyesterett fastholder at ”barnevernloven [ikke gir] nærmere retningslinjer for samværets omfang. Dette må fastsettes ut fra en konkret vurdering, og det følger av barnevernloven §4-1 at det avgjørende vil være hva som er det beste for barnet [...]”⁶⁵ Uttalelsen tilsier at fylkesnemnda skal vurdere omfanget av samværet individuelt. Fastsettelsen av samvær skal ikke være standardisert, og nemnda må trekke frem og vekte alle momentene som er relevante i den enkelte sak.

Høyesterett tok tidlig avstand fra at normalordningen som følger av barnelova⁶⁶ §43 [på domstidspunktene barnelova §44] gir et utgangspunkt for fastsettelse av samvær. I Rt.1996

⁶⁴I denne retning Gerds-Andresen (2020) på s. 134 – 135.

⁶⁵ Rt.2006 s.247 i avsnitt 29

⁶⁶ Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8.april 1981 nr.7

s.1684 uttalte Høyesterett: ”Ved fastsettelse av samværets omfang i saker om omsorgsovertakelse kan de hensyn som gjør seg gjeldende til dels være andre enn i forbindelse med separasjon og skilsmisse. Den normalordning som følger av barneloven §44 gir derfor ikke utgangspunkt for fastsettelsen.”⁶⁷ Høyesterett følger opp uttalelsen i Rt.1998 s.787: ”[h]ensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må anses for å være til beste for barnet jf. barnevernloven §4-1. Legaldefinisjonen av vanlig samværsrett i barneloven §44 a annet ledd gir ikke et utgangspunkt for å fastsette samværets omfang etter barnevernlovens bestemmelser [...]”

Rt.2003 s.425 gjaldt spørsmålet om samværsfastsettelse etter omsorgsovertakelse. Foreldrene var fratatt omsorgen for sin to år gamle datter på bakgrunn av omfattende rusmisbruk. Lagmannsretten fastsatte fire årlige samvær med varighet på seks timer. Mor anket lagmannsrettens samværsfastsettelse til Høyesterett. Vedrørende vurderingen av samværets omfang uttalte Høyesterett i avsnitt 35:

”Hvilket omfang samværet skal ha, vil bero på et bredt og sammensatt skjønn, som i første rekke baserer seg på hva som er til beste for barnet, jf. barnevernloven §4-1 (...)”.

Det heter videre i dommens avsnitt 38:

”I vår sak må det skjønnset som skal foretas med utgangspunkt i barnevernloven §4-1, i første rekke ta hensyn til B, hennes situasjon i dag og den utvikling hun har vært gjennom. Videre vil hensynet til hennes biologiske foreldre spille inn, og den praktiske gjennomføringen av samværsordningen må tas i betraktning”.

Ved vurderingen av samværets omfang la Høyesterett i stor grad vekt på den sakkyndiges vurdering i saken. I tillegg fremhevet Høyesterett i avsnitt 47 at ”det fastsatte samværet er en minimumsrett”, at ”[barnets] situasjon kan være vesentlig endret etter noen år, og at samværsretten da vil kunne utvides” og ”det å sikre [barnet] ro og stabilitet i hennes nåværende fase, legge[r] det beste grunnlaget for en vesentlig økt kontakt med biologisk mor senere”. Uttalelsene viser at Høyesterett aktivt vurderte foreldrenes samværsrett, og forsøkte å tilrettelegge for en samværsordning som ivaretok foreldrenes rett til familieliv, i lys av hensynet til barnets beste. Dommen er et godt eksempel på at det ble foretatt en konkret

⁶⁷ Rt.1996 s.1684 på s.1694

skjønnsmessig vurdering, hvor både hensynet til foreldrene og barnet inngår i vurderingen, med hovedfokus på barnets beste.

Til tross for at Høyesterett har fremhevet utgangspunktet om en *individuell* skjønnsmessig vurdering i spørsmålet om samværsfastsettelse etter barnevernloven § 4-19 andre ledd, har det utviklet seg en tendens i praksis mot fastsatt samvær på tre til seks ganger i året ved langvarige omsorgsplasseringer⁶⁸. Spørsmålet er om høyesterettspraksis kan tas til inntekt for at det er en standardnorm på tre til seks årlige samvær ved langvarige omsorgsplasseringer.

I Rt.2012 s.1832 vedrørende samværsfastsettelse uttalte Høyesterett i avsnitt 37:

”Selv om det ikke kan trekkes opp klare grenser for hvor mye samvær barn generelt bør ha med sine foreldre, har det interesse å se på nivået av rettspraksis. Høyesterett har behandlet flere saker om samværsrett, og antallet samvær ved langvarige fosterhjems plasseringer har i de fleste variert mellom tre og seks per år (...).”

Høyesterett foretok en konkret vurdering videre i dommen, og konkluderte med at moren skulle tilkjennes samvær fire ganger i året, og at faren skulle tilkjennes samvær to ganger i året. Høyesterett trakk inn en rekke ulike momenter, og overholdt utgangspunktet om at det skal foretas en individuell skjønnsmessig vurdering av samværets omfang.

Etter Rt.2012 s.1832 har Høyesterett bare i én av dommene vedrørende samværsfastsettelse henvist til at det normalt tilkjennes samvær på tre til seks ganger i året ved langvarige omsorgsplasseringer. I HR-2019-788-U, har Høyesterett innledningsvis fremhevet at ”[d]et er i barnevernssaker *vanlig* at antall samvær ved [en] langvarig plassering [...] varierer mellom tre og seks ganger i året” (min utheving). Saken for Høyesterett dreide seg imidlertid om samvær som likestilles med nullsamvær, og vurderingen Høyesterett foretok var derfor om det forelå ”spesielle og sterke grunner” for å nekte samvær. Høyesterett foretok en konkret skjønnsmessig vurdering i saken, og opphevet lagmannsrettens avgjørelse på bakgrunn av en mangelfull begrunnelse for å nekte samvær.

Til tross for at Høyesterett i Rt.2012 s.1832 fremhevet at ”det *ikke* kan trekkes opp klare grenser for hvor mye samvær barn generelt bør ha med sine foreldre” (min utheving), har den generelle henvisningen til nivået i rettspraksis dannet grunnlag for en uheldig praksis i fylkesnemnda. Analyser av fylkesnemndsvedtak fra 2019 gir en tydelig indikasjon på at

⁶⁸ NOU 2016:16 s.185 Ny barnevernslov, sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

nemnda tolker uttalelsen i Rt.2012 s.1832 som en fastsatt standard for samvær ved langvarige omsorgsovertakelser⁶⁹. Fylkesnemnda synes å praktisere en regulering av barn og foreldres samværsrett på tre til seks ganger i året, uten at det fremkommer ytterligere begrunnelse for det fastsatte samværet. Det er problematisk i lys av at barnevernloven § 4-19 andre ledd er ment å tilrettelegge for konkrete individuelle vurderinger. I stedet for å fokusere på de konkrete momentene i saken, kan argumentasjonen bli påvirket av at det ”normalt” fastsettes samvær på tre til seks ganger i året. Det kan føre til at samværet begrenses til tre til seks ganger i året uten gode konkrete holdepunkter. Dette er ikke i samsvar med de hensyn den brede og sammensatte skjønnsmessige vurderingen etter barnevernloven § 4-19 annet ledd er ment å ivareta.

4.5.1 Presisering i Høyesterett storkammer

I HR – 2020 – 662 – S trakk Høyesterett frem Rt.2012 s.1832 og uttalte i avsnitt 123:

”Selv om det i avsnitt 37 [i Rt.2012 s.1832] uttales at det ikke kan trekkes opp klare grenser for hvor mye samvær barn og foreldre bør ha etter omsorgsovertakelser, har nok avgjørelsen blitt oppfattet som en slags standardnormering. Det er derfor grunn til å understreke at den ikke kan forstås slik. Hvor omfattende samværet skal være, må fastsettes konkret ut fra omstendighetene i hver enkelt sak”

Uttalelsen viser at Høyesterett tar klar avstand fra en standardnormering på tre til seks samvær i året ved langvarige omsorgsovertakelser. Uavhengig av omsorgsovertakelsens varighet skal det foretas en individuell og sammensatt skjønnsmessig vurdering av samværets omfang.

Praksis fra Høyesterett kan derfor *ikke* tas til inntekt for at det er en standardnorm på tre til seks årlige samvær ved langvarige omsorgsplasseringer. Det skal foretas en *individuell* skjønnsmessig vurdering slik barnevernloven § 4-19 gir anvisning på.

4.6 En minimumsrett

Fylkesnemndas fastsettelse av samværsrettens omfang er et vedtak som gir foreldrene rett på det fastsatte samværsomfanget. Det medfører at barnevernet ikke kan begrense antall samvær

⁶⁹ Gerds-Andresen (2020) s.125-153 på s. 134 – 135.

uten å fremme ny sak for nemnda jf. Rt.1998 s.1420. Spørsmålet er om barnevernet kan gi et større samværsomfang enn det som fremgår av fylkesnemndas vedtak.

Det fremgår av Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) på side 112 – 113:

”§4-19 gjelder spørsmålet om *rett* til samvær og [er] ikke til hinder for at barneverntjenesten praktiserer samværsretten mer fleksibelt og i større omfang dersom dette ikke er i strid med de forutsetninger som er lagt til grunn i fylkesnemndas vedtak”.

Uttalelsen er fulgt opp i en rekke Høyesterettsdommer jf. eksempelvis Rt.2006 s.247 som fremholder at ”samværet som her blir fastsatt, er et minimumssamvær, og barneverntjenesten – om forholdene senere skulle ligge til rette for det – vil kunne samtykke i et mer omfattende samvær” og Rt.2012 s.1832 som presiserer at ”dommen skal fastsette et minimumssamvær. Dersom mors utvikling fortsetter i riktig retning – og forutsatt at det er til Cs beste – kan barneverntjenesten vurdere å utvide samværsordningen”.

Samværsomfanget fastsatt av fylkesnemnda er følgelig en minimumsrett som medfører at barnevernet kan gi ytterligere samvær så fremt det ikke er i strid med de forutsetninger som er lagt til grunn i fylkesnemndas vedtak. Dette tilrettelegger for at barnevernet kan oppfylle sin lovpålagte oppfølgingsplikt etter barnevernloven § 4-16. Etter lovendringen i 2018⁷⁰ pålegger barnevernloven § 4-16 siste setning at ”der hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet jf. § 4-21”. En viktig del av barnevernets plikt til å arbeide for gjenforening er å tilrettelegge for økt samvær dersom hensynet til barnets beste tilsier det.

4.7 Oppsummering

Med bakgrunn i analysen over mener jeg at de rettslige utgangspunktene for fastsettelse av samværsrettens omfang etter barnevernloven § 4-19 andre ledd kan oppsummeres slik:

Fylkesnemnda skal foreta en konkret og sammensatt skjønnsmessig vurdering ved fastsettelsen av samværets omfang. At vurderingen skal foretas konkret medfører at alle momenter som er relevante i den enkelte saken skal inngå i vurderingen. Fastsettelsen av samværets omfang er følgelig individuell, og det skal ikke anvendes en standardnorm med

⁷⁰ Lov om endringer i barnevernloven mv.(bedre rettssikkerhet for barn og foreldre) av 20.april 2018 nr.5

utgangspunkt i tidligere avgjørelser. Fylkesnemndas fastsetter et minimumssamvær, som barnevernet kan utvide dersom det er til barnets beste.

Det biologiske prinsipp er et sentralt og grunnleggende prinsipp i barnevernloven. Som utgangspunkt er det barnets beste å bo sammen med sine foreldre. Myndighetene skal derfor arbeide for en gjenforening av foreldrene og barnet. Det har frem til Høyesteretts storkammeravgjørelser i 2020 vært uklart om det er et formål om gjenforening ved langvarige omsorgsovertakelser. Etter storkammeravgjørelsene avsagt i 2020 er det klart at formålet ved alle omsorgsovertakelser er en tilbakeføring av barnet til foreldrene, med mindre det foreligger spesielle og sterke grunner. Samværene skal tilrettelegge for denne gjenforeningsmålsetningen. Dette medfører at det skal gis så mye samvær som det er mulig å gi uten å tilsidesette hensynet til barnets beste.

4.8 En avsluttende kommentar til barnevernloven §4-19 andre ledd

Det kan spørres om lovteksten i §4-19 annet ledd delegerer for mye makt til fylkesnemnda, uten å angi de rettslige rammene for fastsettelsen av samværets omfang. På bakgrunn av at begrensninger i samværsretten er et inngrep i retten til familieliv, kan det være problematisk med en vid lovtekst i lys av legalitetsprinsippet. Lovbestemmelsen må imidlertid leses i sammenheng med barnevernloven som helhet. Formålet med loven er å sikre at barn og unge som utsettes for omsorgssvikt får nødvendig hjelp og beskyttelse til rett tid. Ved avgjørelsen av hvor strengt hjemmelskrav som kan oppstilles, må det foretas en avveining av den klassiske rettssikkerhetstenkingen og hensynet til barnets beste. Et for strengt hjemmelskrav, kan undergrave hensynet til barnets beste⁷¹. Det må derfor anses som legitimt at de rettslige rammene for begrensninger av samvær er vide. Gjennom velbegrunnede vedtak som er saklig motivert og fremmer lovens formål, vil hensynet til barnets interesser kunne forenes med foreldrenes rettssikkerhet⁷². Fylkesnemndas begrunnelse av samværets omfang er derfor særlig viktig for å ivareta foreldrenes rettssikkerhet.

⁷¹ Haugli (2000) på s. 215

⁷² Ibid

5 De rettslige utgangspunktene for omfanget av samværsretten etter EMK artikkel 8 nr. 2

Gjennomgangen av EMK artikkel 8 nr.1 i kapittel 3.2 viser at konvensjonen hjemler en samværsrett mellom foreldre og barn. En begrensning av denne samværsretten vil derfor være et inngrep i familielivet. EMK artikkel 8 nr.2 legitimerer inngrep i familielivet på gitte vilkår. Spørsmålet er på hvilke vilkår myndighetene kan begrense samværet mellom foreldre og barn med hjemmel i EMK artikkel 8 nr.2. Bestemmelsen lyder:

”There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

I henhold til bestemmelsen er det tre vilkår som må være innfridd for at myndighetenes inngrep i familielivet er i tråd med EMK. Inngrepet må være ”in accordance with the law”, ivareta et legitimt formål listet opp i bestemmelsen, og være ”necessary in a democratic society”. Vilkårene er ment som en skranke for – og kvalitetssikring av – myndighetsutøvelse.

I norske barnevernssaker for EMD har domstolen konstatert at lovkravet og formålsskravet er innfridd. Barnevernloven § 4-19 anses som tilstrekkelig tilgjengelig og presis, og formålet med samværsbegrensningene har vært å sikre barnets ”rights and freedoms” og ”health and morals”⁷³. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på disse vilkårene. Det springende punkt i dommene har vært om vedtaket på samværsomfanget fastsatt av norske myndigheter har vært ”necessary in a democratic society”⁷⁴.

5.1 Statens skjønnsmargin i barnevernssaker

Før jeg går inn på tolkningen av vilkåret ”necessary in a democratic society”, er det relevant å si noe om hvilken skjønnsmargin staten har ved tolkningen av EMK artikkel 8 i barnevernssaker. EMD har utviklet et tolkningsprinsipp om at staten innenfor gitte rammer har mulighet til å tolke og anvende EMK med et visst skjønn, basert på den enkelte rettsstats

⁷³ Eksempelvis *K.O og V.M mot Norge* avsnitt 57 og *Hernehult mot Norge* avsnitt 58 – 60

⁷⁴ Eksempelvis *Jansen mot Norge 2018* (sak 2822/16) avsnitt 87 og *K.O og V.M mot Norge* avsnitt 58

forståelse av formålet med bestemmelsen⁷⁵. Dette tolkningsprinsippet defineres som statens skjønnsmargin. Statens skjønnsmargin handler om at nasjonale myndigheter skal gis et visst rom for å utøve politisk skjønn om hvordan bestemmelsene i EMK skal tolkes for å best ivareta individuelle rettigheter og nasjonale samfunnsbehov. EMD skal ikke detaljstyre myndighetenes vurderinger, men heller vurdere om myndighetene har foretatt en samvittighetsfull avveining av rettighetene som inngår i EMK slik de er tolket av EMD. Statens skjønnsmargin varierer ut fra hva slags rettighet det er tale om, hvor tyngende inngrepet i rettigheten er og hvor godt nasjonale myndigheter har begrunnet inngrepet i rettigheten⁷⁶. EMD betegner dette som statens ”margin of appreciation”. Vedrørende statens skjønnsmargin i barnevernssaker har EMD uttalt⁷⁷:

”The margin of appreciation to be accorded to the competent national authorities will vary in the light of the nature of the issues and the seriousness of the interests at stake, such as, on the one hand, the importance of protecting a child in a situation which is assessed as seriously threatening his or her health or development and, on the other hand, the aim to reunite the family as soon as circumstances permit. The Court thus recognises that the authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care [...]. A stricter scrutiny is called for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by the authorities on parental rights of access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed”.

Uttalelsen tilsier at EMD er mer tilbakeholden med å overprøve nasjonale domstolars vedtak som foretas på bakgrunn av en akutt fare for barnets helse og utvikling, som eksempelvis en omsorgsovertakelse etter barnevernloven §4-12. Nasjonale myndigheter har ved akuttvedtak en nødvendig nærhet til situasjonen, og må foreta raske beslutninger. EMD vil i større grad overprøve ytterligere begrensninger i familielivet, som eksempelvis fastsettelsen av samværrets omfang etter en omsorgsovertakelse. Slike ytterligere begrensninger i familielivet representerer en fare for at familielivet vil opphøre i sin helhet, og en domstolskontroll fra EMD kan derfor være nødvendig for å sikre at foreldrene og barnas rettigheter etter EMK

⁷⁵ *Sunday Times mot Storbritannia* (sak 6538/74) avsnitt 59

⁷⁶ Aall (2015) s.157 flg.

⁷⁷ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 211

artikkel 8 blir ivaretatt. Det fremgår tydelig av EMDs dommer mot Norge at EMD har foretatt en inngående vurdering av om norske myndigheter ivaretar sine forpliktelser etter EMK artikkel 8 ved fastsettelse av samværsrettens omfang⁷⁸.

5.2 Vurderingen av samværsomfangets forholdsmessighet

En naturlig forståelse av “necessary in a democratic society” tilsier at inngrepet skal være nødvendig, sett i lys av demokratiet og demokratiske verdier. For å beskrive innholdet av vilkåret vil jeg primært anvende to dommer avsagt av EMD mot Norge:

*Strand Lobben mfl. mot Norge*⁷⁹ ble avsagt av EMD i storkammer 10. september 2019. Saken omhandlet fratakelse av foreldrerett og tvangsadopsjon. Et flertall på tretten dommere, delt i to fraksjoner, kom til at artikkel 8 var krenket, mens fire dommere kom til motsatt resultat. I dommens avsnitt 202 til 213 gjengir EMD de generelle prinsippene som følger av konvensjonspraksis ved inngrep i familielivet etter EMK artikkel 8. Det var ikke uenighet om de rettslige prinsippene i storkammer. De generelle rettslige prinsippene er blitt henvis til i en rekke etterfølgende EMD dommer som gjelder samværsbegrensninger etter omsorgsovertakelse⁸⁰. Dommen har stor rettskildemessig verdi, og gir derfor god veiledning ved tolkningen av EMK artikkel 8 nr.2.

K.O og V.M mot Norge gjaldt klage over omsorgsovertakelse og samværsfastsettelse. Dommen er i kjernen av oppgavens tema fordi den omhandler samværsrettens omfang ved en omsorgsovertakelse som ble antatt å være langvarig. Barnevernet overtok omsorgen for barnet da hun var ni dager gammel på bakgrunn av bekymring for foreldrenes psykiske helse og rusmisbruk. Fylkesnemnda la til grunn at omsorgsovertakelsen ville bli langvarig og fastsatte én times samvær fire ganger i året. Foreldrene brakte vedtaket inn for tingretten, som utvidet samværsretten til to timer seks ganger i året. Foreldrenes anke til lagmannsretten ble nektet fremmet, og videre anke til Høyesterett var forgjeves. På tidspunktet saken ble behandlet av EMD, var barnet tilbakeført foreldrene. EMD kom til at omsorgsovertakelsen ikke krenket EMK artikkel 8, men at det fastsatte samværet innebar en krenkelse av retten til familieliv etter konvensjonens artikkel 8.

⁷⁸ Eksempelvis *K.O og V.M mot Norge*

⁷⁹ *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13)

⁸⁰ Eksempelvis *K.O og V.M mot Norge* avsnitt 59 og *Hernehult mot Norge* avsnitt 61

Jeg vil primært anvende de generelle rettslige prinsippene fremholdt i *Strand Lobben* mfl. mot Norge for å beskrive innholdet av vilkåret ”necessary in a democratic society”. Der det er nødvendig med en ytterligere redegjørelse i tilknytning til begrepets innhold i lys av samværsfastsettelse, vil jeg trekke inn vurderinger og uttalelser fra andre dommer, primært K.O og V.M mot Norge.

Om kravet til at inngrepet må være nødvendig (”necessary”) uttalte EMD i *Strand Lobben* avsnitt 203:

”the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (...). The notion of necessity further implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests”

Uttalelsen viser at samværsbegrensningen må være relevant og tilstrekkelig for å oppnå formålet etter EMK artikkel 8 nr.2; å verne om barnets interesser. Videre er vilkåret om at inngrepet må være nødvendig, tolket som et krav om at inngrepet må stå i et rimelig forhold til formålet. Det er det sammenlignende perspektivet som er sentralt i forholdsmessighetsvurderingen. Inngrepets styrke i forhold til den som rammes, må veies mot de samfunnsmessige eller individuelle interesser som tilsier inngrep⁸¹.

Vedrørende avveiningen som må foretas uttalte EMD i *Strand Lobben* avsnitt 206:

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

Uttalelsen tilsier at myndighetene må foreta en reell avveining av interessene foreldrene har av å gjennomføre samvær med barnet og opprettholde familielivet, mot de negative konsekvensene samvær kan påføre barnet. EMD fastholdt at hensynet til barnets beste er det overordnede hensynet, som ved motstrid vil få forrang for foreldrenes interesser. Vedrørende

⁸¹ Aall (2015) på s.157

hensynet til barnets beste uttalte EMD i *Strand Lobben* avsnitt 207:

“Generally, the best interests of the child dictate, on the one hand, that the child’s ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to “rebuild” the family. 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”.

Uttalelsen viser at EMD bygget på det biologiske prinsipp og utgangspunktet om at barnets beste er å bevare kontakt med sine biologiske foreldre. Myndighetene skal derfor tilrettelegge for å gjenopprette familielivet etter en omsorgsovertakelse, og en oppgivelse av gjenforeningsformålet kan bare skje i ekstraordinære tilfeller (“very exceptional circumstances”). Samvær mellom foreldre og barn er en naturlig del av å tilrettelegge for gjenforening av foreldrene og barnet. Samværene kan imidlertid ikke utsette barnet for skader på dets helse eller utvikling.

5.2.1 Særlig vedrørende gjenforeningsmålsetningen

EMD har i stor grad vektlagt myndighetenes positive plikt til å tilrettelegge for gjenforening etter en omsorgsovertakelse. Spørsmålet er hvilke krav EMD stiller til at nasjonale myndigheter fastsetter et samværsomfang som underbygger formålet om gjenforening. I *Strand Lobben* avsnitt 205 uttalte domstolen:

“regard for family unity and for family reunification in the event of separation are inherent considerations in the right to respect for family life under Article 8. Accordingly, in the case of imposition of public care restricting family life, a positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible”

EMD fremhevet i dommen at statens positive plikt til å tilrettelegge for en gjenforening vil øke i takt med varigheten på omsorgsovertakelsen⁸². Faren for at familielivet utsettes for irreversible skader øker etterhvert som tiden går. I tillegg fremhevet EMD at ”successful

⁸² *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 208

reunification will perforce be weakened if impediments are placed in the way of their having easy and regular access to each other”⁸³. Uttalelsen tilsier at manglende eller begrenset samvær mellom foreldre og barn svekker muligheten for en vellykket gjenforening av foreldrene og barnet. Myndighetene bør derfor som hovedregel avstå fra å begrense samværet betydelig, med mindre hensynet til barnet tilsier det. I *K.O og V.M mot Norge* var manglende tilrettelegging for gjenforening en av grunnene til at samværsfastsettelsen ble ansett å stride mot EMK artikkel 8. I avsnitt 68 uttalte EMD:

“in determining the extent of the applicants’ contact rights, both the County Social Welfare Board and the City Court largely based their decisions on the consideration that the placement in care would be long-term and that A would therefore require stability in her foster home. It would appear to the Court that, instead of carrying out serious contemplation of the possibility of reunification of the family, the Board and the City Court implicitly gave up reunification as the ultimate goal at a very early stage, without demonstrating why the ultimate aim of reunification was no longer compatible with A’s best interests.”

Uttalelsen tilsier at formålet etter en omsorgsovertakelse som utgangspunktet alltid vil være gjenforening, også ved langvarige omsorgsplasseringer. Dersom situasjonen og hensynet til barnet tilsier at det ikke bør være et mål om å gjenforene barnet og foreldrene, må dette begrunnes særskilt.

EMD uttalte videre i *K.O og V.M* avsnitt 69 vedrørende myndighetenes manglende tilrettelegging av gjenforening:

”While the domestic authorities were obliged to facilitate contact to the extent possible without exposing A to undue hardship, in order to guard, strengthen and develop family ties, thus enhancing the prospect of being able to reunify the family in the future, the decisions on contact rights in this case aimed instead only at upholding A’s cognitive and intellectual understanding of who her parents were”

EMD retter i dommen kritikk mot at norske myndigheter ikke eksplisitt vektlegger gjenforeningsformålet ved fastsettelse av samværets omfang. Myndighetene har i stedet trukket frem kognitiv og intellektuell forståelse av biologiske opphav som formålet med samværene

⁸³ Ibid

etter en omsorgsovertakelse.

EMDs praksis viser at formålet om gjenforening er en stor del av forholdsmessighetsvurderingen i EMK artikkel 8 nr.2. Myndighetene er pålagt å tilrettelegge for gjenforening av foreldrene og barnet, med mindre hensynet til barnet tilsier at det foreligger særlige grunner for å oppi gjenforeningsmålsetningen. Å fastsette et tilstrekkelig samværsomfang etter en omsorgsovertakelse, er en viktig del av å tilrettelegge for gjenforening.

5.2.2 Er det et minstenivå for antall samvær?

I henhold til EMD må nasjonale myndigheter, med mindre det foreligger ekstraordinære omstendigheter, fastsette et samvær som ivaretar gjenforeningsmålsetningen. Spørsmålet er om myndighetene må fastsette et minimum av samvær for at gjenforeningsmålsetningen er ivaretatt. I *K.O og V.M* uttalte domstolen:

”The Court emphasises that family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even – as in the instant case – as much as months, between each contact session.”.

I en annen dom fra EMD, *Abdi Ibrahim mot Norge*⁸⁴ som gjaldt klage over tvangsadopsjon, foretok EMD en vurdering av samværsfastsettelsen etter omsorgsovertakelsen og konkluderte med at et samvær på seks ganger i året var ”very restrictive”⁸⁵ og ”contrary to the principle under Article 8 that the regime of contact ought to guard, strengthen and develop family ties”⁸⁶. Og i *Hernehult mot Norge* uttalte EMD at samvær fire ganger i året ”did not aim to facilitate the children’s return to their parents”⁸⁷.

Uttalelsene kan isolert sett trekke i retning av at dersom det går flere uker eller måneder mellom hvert samvær vil det stride mot gjenforeningsmålsetningen. Uttalelsene må imidlertid leses i den sammenhengen de fremkom. I *K.O og V.M* gjaldt saken et velfungerende barn, og samværene mellom foreldrene og barnet hadde fungert godt. Det fremstod derfor som uklart for EMD hvorfor norske myndigheter hadde begrenset samværene til seks ganger i året uten en nærmere begrunnelse. I *Abdi Ibrahim* hadde myndighetene et svakt grunnlag for å konkludere

⁸⁴ *Abdi Ibrahim mot Norge* (sak 15379/16)

⁸⁵ *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 60

⁸⁶ *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 61

⁸⁷ *Hernehult mot Norge* avsnitt 73

med at samværene mellom barnet og moren påvirket barnet negativt. I *Hernehult* hadde myndighetene også sviktet med en mangelfull begrunnelse av det fastsatte samværets omfang. Grunnlaget for at EMD konstaterte krenkelse av EMK artikkel 8 i sakene kan derfor også forstås som at norske myndigheter ikke hadde begrunnet samværsfastsettelsen tilstrekkelig.

EMD har i en rekke saker godtatt at det etter konkrete vurderinger fastsettes et like begrenset, eller mer begrenset, samværsomfang enn i *K.O og V.M, Abdi Ibrahim og Hernehult*. I *I.D mot Norge*⁸⁸ avviste EMD klagen som åpenbart ugrunnet ("inadmissible"). Samværsretten var fastsatt til seks ganger i året. EMD fastslo at tingrettens avgjørelse var "sufficiently reasoned and does not disclose any arbitrary or manifestly unreasonable conclusions in light of the relevant domestic legislation"⁸⁹. Dommen tilsier at EMD vektlegger myndighetenes begrunnelser og beslutningsgrunnlag i vurderingen av om samværsfastsettelsen utgjør en krenkelse av EMK artikkel 8. At EMD aksepterte et samværsomfang på seks ganger i året trekker i retning av at uttalelsene i *K.O og V.M og Abdi Ibrahim* ikke kan tas til inntekt for at EMD oppstiller et minstenivå for antall samvær. I *Levin mot Sverige*⁹⁰ ble et samvær på fire ganger i året godtatt. EMD konkluderte med at svenske myndigheter hadde foretatt en konkret vurdering og avveining av alle de relevante hensyn i saken. I lys av hensynet til barnets beste, ble et samværsomfang på fire ganger i året godtatt av EMD.

Praksis fra EMD trekker i retning av at spørsmålet om tilstrekkelig samværsomfang må vurderes konkret i lys av hensynet til barnets beste. Gjenforeningsmålsetningen tilsier at det skal gis så mye samvær som mulig, uten å tilside sette hensynet til barnets beste. På bakgrunn av det rettskildematerialet som foreligger fra EMD, mener jeg at det ikke er holdepunkter for at det er et absolutt minstenivå for samværsrettens omfang i EMK artikkel 8⁹¹. Det avgjørende er at myndighetene begrunner samværsomfanget gjennom konkrete vurderinger i lys av gjenforeningsformålet og hensynet til barnets beste, hvor hensynet til barnets beste får avgjørende betydning.

5.3 Oppsummering

⁸⁸ *I.D. mot Norge* (sak 51374/16)

⁸⁹ *I.D mot Norge* avsnitt 64

⁹⁰ *Levin mot Sverige* (sak 35141/06)

⁹¹ I samme retning HR-2020-662-S avsnitt 132 – 134.

Med bakgrunn i analysen over mener jeg at de rettslige utgangspunktene for fastsettelse av samvær etter EMK artikkel 8 nr.2 er:

Myndighetene må ha hjemmel i lov, og begrunne omfanget av det fastsatte samværet i et legitimt formål – å beskytte barnet. Det fastsatte samværsomfanget må være nødvendig og forholdsmessig i lys av formålet om å beskytte barnet, og ivareta hensynet til barnets beste. EMD legger til grunn at forholdsmessighetskravet innebærer at en omsorgsovertakelse som hovedregel er et midlertidig tiltak, og pålegger myndighetene en positiv forpliktelse til å arbeide for gjenforening (“[a] positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible”⁹²). Regelmessige samvær mellom foreldrene og barna er en grunnleggende forutsetning for å tilrettelegge for gjenforening. Tiltak som strider mot gjenforeningsformålet, som eksempelvis å nekte eller sterkt begrense samvær mellom barn og foreldre, skal bare vedtas i ekstraordinære tilfeller (“exceptional circumstances”⁹³), og kan bare forsvares i lys av hensynet til barnets beste. Barnets beste er av overordnet betydning (“paramount importance”⁹⁴), og foreldrene kan ikke kreve tiltak som utsetter barnet for en urimelig belastning (“undue hardship”⁹⁵) eller skader barnets helse og utvikling. EMD oppstiller ikke et minstenivå for samværets omfang, men gjenforeningsmålsetningen tilsier at det skal gis så mye samvær som mulig, uten å tilsidesette hensynet til barnets beste.

⁹² *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 205

⁹³ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 207

⁹⁴ *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 204

⁹⁵ *K.O og V.M mot Norge* avsnitt 69

6 Sammenligning av de rettslige utgangspunktene etter barnevernloven § 4-19 andre ledd og EMK artikkel 8 nr.2

6.1 Er barnevernloven § 4-19 andre ledd i tråd med EMK artikkel 8 nr.2?

Etter en analyse av barnevernloven § 4-19 andre ledd og EMK artikkel 8 nr.2 er min konklusjon at det ikke er motstrid mellom EMDs tolkning av EMK artikkel 8 nr.2 og de rettslige utgangspunktene som følger av barnevernloven § 4-19 andre ledd. Etter min mening tilrettelegger barnevernloven for at myndighetene kan foreta konkrete og individuelle vurderinger, hvor formålet om å gjenforene barnet og foreldrene blir vurdert i lys av hensynet til barnets beste. Jeg mener derfor at barnevernloven balanserer hensynet til barnets rett på beskyttelse mot barnet og foreldrenes rett til familieliv og samvær på en tilstrekkelig måte. Tolkningen og praktisering av barnevernloven § 4-19 kan imidlertid på enkelte punkter kritiseres, noe jeg vil kommentere i punkt 6.3.

6.2 Samsvarer begrepet ”urimelig belastning” med hensynet til barnets beste?

I storkammeravgjørelsen HR-2020-662-S trakk Høyesterett frem som et rettslig utgangspunkt at det ikke kan fastsettes et samvær som utsetter barnet for en urimelig belastning – ”undue hardship” med henvisning til tilsvarende uttalelse i *K.O og V.M.* Kriteriet ”urimelig belastning” kan tilsi at barnet kan utsettes for en belastning, så fremt denne ikke er urimelig. Det kan gi anvisning på at det skal gis samvær opp til barnets tålegrense, fremfor å fastsette et samvær som etter en helhetsvurdering er til barnets beste⁹⁶. Spørsmålet er om begrepet ”urimelig belastning” strider mot hensynet til barnets beste.

På den ene siden kan et samvær som er belastende for barnet stride mot barnevernlovens formål om å sikre barnet nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse. En belastning for barnet kan videre stride mot hensynet til barnets beste slik det er hjemlet i barnevernloven § 4-1 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1. Det kan anføres at et samvær som utsetter barnet for en

⁹⁶ Kristen Sandberg, *Storkammeravgjørelsens om barnevern*, Tidsskriftet for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2020/2, Årgang 18, side 148 – 159 på s. 157

belastning vil forhindre formålet om å fremme barnets menneskeverd og å sikre barnets ”helhetlige fysiske, psykologiske, moralske og åndelige integritet”⁹⁷.

På den andre siden er det fremhevet i både EMD - praksis og Høyesterettspraksis at foreldre ikke kan kreve tiltak som skader barnets helse eller utvikling.

Videre er det i utgangspunktet også i barnets interesse å ha samvær med foreldrene for å opprettholde familiebandene. På lengre sikt kan det derfor være til barnets beste å utsettes for en viss belastning for å opprettholde tilknytningen til foreldrene.

Avslutningsvis må det fremheves at når begrepet ”urimelig belastning” anvendes som et rettslig utgangspunkt for samværfastsettelse, må begrepet tolkes i lys av hensynet til barnets beste. Terskelen for hva som anses å være ”urimelig” vil da ikke kunne settes for høyt.⁹⁸

Konklusjonen er at så fremt begrepet ”urimelig belastning” (”undue hardship”) tolkes i lys av hensynet til barnets beste, vil det ivareta hensynet til barnet i tilstrekkelig grad. Også ved anvendelsen av begrepet ”urimelig belastning” vil det avgjørende være å fastsette et samvær som ikke strider mot hensynet til barnets beste.

6.3 Kommentar til praktiseringen av barnevernloven § 4-19

6.3.1 Standardnormen ved langvarige omsorgsplasseringer

Standardnormen anvendt ved langvarige omsorgsovertakelser kan ha ført til at det er blitt fastsatt et samværsomfang mellom tre til seks ganger i året uten tilstrekkelige begrunnelser. Dette kan medføre at det ikke tilkjennes så mye samvær som er mulig i lys av hensynet til barnets beste. En slik praktisering strider mot EMK artikkel 8.

6.3.2 Manglende fokus på gjenforeningsmålsetningen

Rettskildenes uklarhet vedrørende formålet ved langvarige omsorgsplasseringer er uheldig. Jeg mener de konkrete vurderingene foretatt av Høyesterett i tilstrekkelig grad har ivare tatt gjenforeningsmålsetningen, også ved langvarige omsorgsovertakelser. Men jeg åpner for at et

⁹⁷ Barnekomiteens generelle kommentarer nr.14 (2013) om barnets rett til at han eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art.3, para.1)

⁹⁸ Kristen Sandberg, *Storkammeravgjørelsens om barnevern*, Tidsskriftet for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål 2020/2, Årgang 18, side 148 – 159 på s. 157

manglende fokus på gjenforening kan ha ført til utilstrekkelige vurderinger og avveininger i praktiseringen av barnevernloven § 4-19 i andre instanser. Praktiseringen kan ha før til at det gis mindre samvær enn det hensynet til barnet åpner for. En slik praktisering strider mot EMK artikkel 8.

6.3.3 Vedtakets begrunnelse

Oppgaven min har ikke tatt ikke sikte på å vurdere kravet til de konkrete begrunnelsene i vedtak eller dom om samværsrettens omfang. Jeg velger likevel å kommentere kort at Norge er blitt kritisert av EMD for at beslutningsgrunnlaget, begrunnelsene og dokumentasjonen har vært utilstrekkelig i samværssaker.

7 Forslag til ny barnevernlov

Barne- og familiedepartementet tar sikte på å legge fram forslag til ny barnevernlov for Stortinget våren 2021. Det foreløpige forslaget ble sendt på høring i april 2019, og tar utgangspunkt i NOU 2016:16 Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

I høringsforslaget foreslår departementet en rekke endringer i barnevernloven § 4-19. Departementet foreslår blant annet at reglene om kontakt og samvær etter en omsorgsovertakelse skal utgjøre et eget kapittel i ny barnevernlov. Dette skal bidra til å synliggjøre at beslutninger om samvær er viktige for barnet, og at disse beslutningene utgjør et vesentlig ledd i beslutninger om omsorgsovertakelse.

Jeg skal kort kommentere hvordan forslagene bidrar til at samværsretten er i tråd med EMK artikkel 8.

Lovfesting av minimumssamvær (ny §7-2 første ledd)

Departementet foreslår å lovfeste at fylkesnemnda fastsetter en minste rett til samvær. Formålet er å synliggjøre at barneverntjenesten kan åpne for samvær i større omfang dersom det ikke strider mot de forutsetninger som er lagt til grunn i fylkesnemndas vedtak. Forslaget er en lovfesting av gjeldende rett, og medfører ingen realitetsendring.

Presisering av at samværsspørsmålet skal vurderes konkret (ny §7-2 tredje ledd)

Slik barnevernloven §4-19 andre ledd er formulert i dag, har fylkesnemnda vid adgang til å bestemme hva som er avgjørende for samværets omfang. Departementet foreslår at det lovfestes at vedtak om samvær skal baseres på en konkret vurdering av det enkelte barns behov. Formålet er å forhindre ensartede og generelle vurderingsnormer, som for eksempel en standard for antall årlige samvær.

Vurdering

Lovforslagene vil innebære en økt bevisstgjøring om at samværsomfanget skal vurderes konkret, og at det skal foretas fortløpende vurderinger av det fastsatte samværet. Jeg mener lovforslagene er positive fordi det tilrettelegges for at det kan foretas hyppige og individuelle vurderinger av hvilket samværsomfang som er best for det konkrete barnet. Forslagene bidrar

til at barneverntjenesten kan tilrettelegge for gjenforening gjennom økt samvær, så fremt det er i tråd med hensynet til det konkrete barnets beste. Dette bidrar til å styrke gjenforeningsmålsetningen, og bidrar derfor til at samværsretten er i tråd med EMK artikkel 8.

8 Avslutning

Gjennom arbeidet med denne oppgaven har jeg kommet til at det norske regelverket er i tråd med menneskerettighetene. Jeg har sett på hvordan rettskildene forsøker å balansere retten som barnet og foreldrene har til et familieliv, mot den retten som barnet har på beskyttelse og omsorg. Jeg har kommet til at det norske regelverket i tilstrekkelig grad balanserer foreldrene og barnets til tider motstridende hensyn, der hensynet til barnets beste får avgjørende betydning.

Kritikken fra EMD vedrørende tolkningen og praktiseringen av samværsbestemmelsen tas likevel på alvor av norske myndigheter, all den tid en ny barnevernlov skal fremlegges for Stortinget med endringer som adresserer kritikken. Etter min vurdering vil den nye loven bidra til en klar og enhetlig praktisering av samværsbestemmelsen, i tråd med våre internasjonale forpliktelser.

Det blir spennende å følge den norske utviklingen av foreldre og barns rett til samvær. Det er tydelig at både lovgiver og domstolen har et økt fokus på innholdet, tolkningen og utviklingen av samværsretten i kjølvannet av kritikken fra EMD. Forvaltningen må følge etter, og kanskje vil antallet saker vedrørende samvær i rettssystemet gå ned på grunn av et klarere regelverk som er enklere å forholde seg til både for barneverntjenesten og fylkesnemnda, men også for de involverte private parter.

Til tross for at barneverntjenesten skal tilrettelegge for at familielivet til foreldrene og barnet kan opprettholdes, vil det alltid være formålsparagrafen til barnevernloven som fremsetter barneverntjenesten sin viktigste oppgave; å arbeide for at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse.

Litteraturliste

Norske lover

- | | |
|------|---|
| 1814 | Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17.mai 1814 |
| 1915 | Lov om domstolene (domstolloven) av 13.august 1915 nr.5 |
| 1953 | Lov om barnevern (barnevernloven) av 17.juli 1953 nr.14 |
| 1981 | Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8.april 1981 nr.7 |
| 1992 | Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17.juli 1992 nr.100 |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21.mai 1999 nr.30 |
| 2010 | Lov om vergemål (vergemålsloven) av 26.mars 2010 nr.9 |
| 2018 | Lov om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre) av 20.april 2018 nr.5 |

Forarbeider og offentlige dokumenter

- | | |
|----------------------------|---|
| NOU 1985:18 | Lov om sosiale tjenester m.v. |
| Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) | Om lov om barneverntjenester (barnevernloven) |
| Ot.prp.nr.69 (2008 – 2009) | Om lov om endringer i barnevernloven |
| NOU 2012:5 | Bedre beskyttelse av barns utvikling |
| Prop.106 L (2012 – 2013) | Endringer i barnevernloven |
| NOU 2016:16 | Ny barnevernslov, sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse |

Prop.169 L (2016 – 2017)	Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)
Høringsnotat av 4.april utgitt av Barne – og likestillingsdepartementet (2019)	Høringsnotat – Ny barnevernlov, 4.april 2019

Internasjonale konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4.november 1950
BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16.desember 1966
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16.desember 1966

Kommentarer

Barnekomiteens generelle kommentarer nr.14 (2013) om barnets rett til at han eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art.3, para.1)

Norsk rettspraksis

Rt.1996 s.1684

Rt.1998 s.787

Rt.2002 s.908

Rt.2004 s.1046

Rt.2006 s.247

Rt.2012 s.1832

Rt.2014 s.976

HR-2017-2015-A

HR-2019-788-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

Dommer fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstol

Sunday Times mot Storbritannia	Case of the Sunday Times v. The United Kingdom (No.1), Application no.6538/74, 26.april 1979
Marckx mot Belgia	Case of the Marcks v. Belgium, Application no. 6833/74, 13.juni 1979
Olsson mot Sverige	Case of Olsson v. Sweden (No.1), Application no. 10465/83, 24.mars 1988
Gül mot Sveits	Case of Gül v. Switzerland, Application no. 23218/94, 19.februar 1996
Johansen mot Norge	Case of Johansen v. Norway (1), Application no. 17383/90, 7.august 1996
K. og T. mot Finland	Case of K. and T. v. Finland, Application no. 25702/94, 12.juli 2001
Levin mot Sverige	Case of Levin v. Sweden, Application no. 35141/06, 15.mars 2012
I.D mot Norge	Fifth section decision of I.D against Norway, Application no. 51373/16, 4.april 2017
Jansen mot Norge	Case of Jansen v. Norway, Application no. 2822/16, 6.september 2018
Strand Lobben mfl. mot Norge	Case of Strand Lobben and others v. Norway, Application no. 3728/13, 10.september 2019

K.O og V.M mot Norge	Case of K.O and V.M v. Norway, Application no. 60371/15, 17.desember 2019
Abdi Ibrahim mot Norge	Case of Abdi Ibrahim v. Norway, Application no. 15379/16, 17.desember 2019
Hernehult mot Norge	Case of Hernehult v. Norway, Application no. 14652/16, 10.mars 2020

Juridisk litteratur, artikler og rapporter

Aall (2015)	Jørgen Aall, <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 4.utg., Fagbokforlaget 2015
Fleischer (1998)	Carl August Fleischer, <i>Rettskilder og juridisk metode</i> , Ad Notam Gyldendal 1998
Gerds-Andresen (2020)	Tina Gerds-Andresen, <i>Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse</i> , Kritisk juss årgang 46 nr.2, s. 125-153, Universitetsforlaget 2020
Graver (2006)	Hans Petter Graver, <i>I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper</i> , Tidsskriftet for rettsvitenskap 02-03 volum 119, s.189 – 221, 2006
Haugli (2000)	Trude Haugli, <i>Samværsrett i barnevernssaker</i> , 2.utg., Universitetsforlaget 2000
Haugli og Havik (2010)	Trude Haugli og Toril Havik, <i>Samvær i barnevernsaker</i> , Universitetsforlaget 2010
Lindboe (2012)	Knut Lindboe, <i>Barnevernrett</i> , 6 utg., Universitetsforlaget 2012
Nygaard (2004)	Nils Nygaard, <i>Rettsgrunnlag og rettsstandpunkt</i> , 2 utg., Universitetsforlaget 2004

- Sandberg (2020) Kristen Sandberg, *Storkammeravgjørelsens om barnevern*, Tidsskriftet for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål 2020/2, Årgang 18, side 148 – 159
- Stang og Baugerud (2018) Elisabeth Gording Stand og Gunn-Astrid Baugerud, *Samvær etter omsorgsovertakelse – en barnefaglig og juridisk utredning*, OsloMet Rapport 2018 nr.10
- Sørensen (2020) Christian Børge Sørensen, *Langvarige fosterhjemsplasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art.8*, Lov og rett vol.59, nr.2 2020, s.103-122

Nettsteder

Statistisk sentralbyrå (SSB) oversikt over hovedtall for barnevernsstatistikken, <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barnevern> Hentet den 07.11.2020.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Årsmelding 2019 <https://www.nhri.no/arsmelding/arsmelding2019/emd-og-norge-en-historisk-oversikt/> Hentet den 11.11.2020

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Høringsuttalelse om forslag til ny barnevernslov 05.07.2019 <https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2019/07/Høringsuttalelse-forslag-til-ny-barnevernlov-.pdf> Hentet den 20.10.2020

Karl Harald Søvig. Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge, <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høstens-barnevernssaker-mot-norge> Hentet den 01.09.2020

