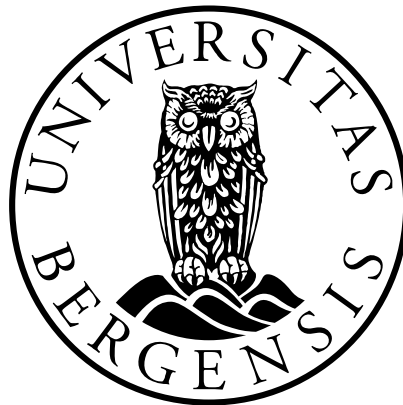


«Urimelig belastning» som modererende faktor for samvær og gjenforeningsmålsettingen

*- Med særlig fokus på utviklingen fra nyere
rettspraksis i Høyesterett og Den europeiske
menneskerettighetsdomstol*

Kandidatnummer: 120

Antall ord: 14970



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07. juni 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema	4
1.2 Problemstillinger	4
1.3 Aktualitet	5
1.4 Metodebruk.....	7
1.5 Avgrensning og definisjon.....	7
2 Aktuelle rettsregler for fastsettelse av samvær	9
2.1 Overordnede rettslige utgangspunkt om retten til familieliv og hensynet til barnets beste 9	
2.1.1 Grunnloven.....	9
2.1.2 FNs barnekonvensjon.....	9
2.1.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – artikkel 8	10
2.2 Barnevernsloven om retten til samvær etter omsorgsovertakelse	11
2.2.1 Barnevernslovens prinsipper – det biologiske prinsipp, prinsippet om barnets beste og det mildeste inngreps prinsipp	12
3 Samværsfastsettelsen etter den tradisjonelle rettspraksis	14
3.1 Innledning.....	14
3.2 Rt. 1998 s. 787.....	14
3.3 Rt. 2012 s. 1832.....	15
3.4 HR-2019-788-U.....	17
3.5 Oppsummering av den tradisjonelle rettspraksis om samværsfastsettelse	17
4 Gjenforeningsmålsettingen og utviklingen av «undue hardship» fra EMDs sentrale samværsdommer.....	19
4.1 Innledning.....	19
4.2 Strand Lobben og andre v. Norway (Storkammer 37283/13) 10. september 2019... 19	
4.3 K.O. og V.M. v. Norway (EMDN-2016-64808) 5. november 2019	22
4.4 M.L. v. Norway (EMDN-2016-64639-J) 22. desember 2020	23
4.5 Oppsummering av EMDs samværspraksis – hensynet til barnets beste, målet om gjenforening og «undue hardship»	25
5 Høyesterett i storkammer om betydningen av EMDs gjenforeningsmålsetting, barnets beste og «undue hardship»	27

5.1	HR-2020-661-S	27
5.2	HR-2020-662-S	29
5.3	HR-2020-663-S	31
5.4	Oppsummering av Høyesterett i storkammer	33
5.4.1	Nærmere om Høyesterett i storkammer om betydningen av EMDs «undue hardship»	34
6	Anerkjenner EMD «undue hardship» som et rettslig prinsipp?	37
7	Nyere nasjonal rettspraksis	38
7.1	Innledning	38
7.2	HR-2021-474-A	38
7.3	HR-2021-475-A	40
7.4	HR-2021-476-A	41
8	Oppsummering og refleksjoner rundt den nyere nasjonale rettspraksis	43
8.1	Hvordan står «urimelig belastning» i forhold til gjenforeningsformålet og hensynet til barnets beste	43
8.2	Hvordan vil EMDs gjenforeningsformål og spørsmålet om «urimelig belastning» stå seg opp mot barnets medvirkningsrett	45
9	Avsluttende kommentarer	48
	Litteraturliste	49

1 Innledning

1.1 Tema

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har i løpet av de siste årene behandlet en rekke norske barnevernssaker, og Norge har i flere av dem blitt domfelt. En vesentlig årsak til domfellelsen har vært på bakgrunn av at norske myndigheter har fastsatt et samvær i strid med et gjenforeningsformål, noe som i liten grad har vært ansett som en del av barnets beste. I tillegg har EMD funnet det kritikkverdig at Norge ved motstrid mellom foreldrene og barnets interesser i for liten grad har vektlagt hensynet til foreldrene i avveiningen, men slik at EMD har anerkjent at barnets interesser har forrang hvis noe annet er til skade for barnet.

Domfellelsene fra EMD reiste spørsmål om hvordan samværsfastsettelsen skulle praktiseres, og Høyesterett bestemte seg derfor å behandle tre samværsaker i storkammer den 27.mars 2020.¹ I sak HR-2020-662-S tar Høyesterett for seg uttalelsen «undue hardship» fra saken K.O. og V.M. mot Norge.² Uttalelsen har fra Høyesterett blir oversatt til «urimelig belastning» og blir satt opp som et kriterium i de rettslige utgangspunktene for samværsfastsettelsen.³

Hensikten med denne oppgaven er å utforske «undue hardship» / «urimelig belastning». Er dette et kriterium i henhold til EMDs praksis, og vil dette være noe som begrenser et samvær i henhold til gjenforeningsmålsettingen. Oppgaven vil dermed ha fokus på denne problemstillingen ved samværsfastsettelsen.

1.2 Problemstillinger

Den første problemstillingen oppgaven reiser er om «urimelig belastning» er å anse som et kriterium ifølge praksis fra EMD. Deretter er neste problemstilling hvordan «urimelig belastning» står i forhold til gjenforeningsformålet og hensynet til barnets beste. Sist reises

¹ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S

² K.O. og V.M v. Norge (64808/16) -5 november 2019 avsnitt 69

³ HR-2020-662-S avsnitt 129

det spørsmål om hvordan EMDs gjenforeningsformål og spørsmålet om «urimelig belastning» vil stå seg opp mot barnets medvirkningsrett.

1.3 Aktualitet

Det norske barnevernet har i løpet av de siste årene fått stor oppmerksomhet i nyhetsbildet. Det har særlig vært preget av heftige debatter fra frustrerte familier som mener at myndighetenes omsorgsovertakelser, samværsbegrensninger og adopsjonsvedtak strider med deres rett til familieliv. På den andre siden står barnevernet og treffer tiltak de mener er til det beste av hensyn til barnet. Det er her tale om saker som er svært inngripende og når foreldre og barns interesser er motstridende involverer det også sterke følelser, og sakene blir da særlig betente.

Kritikken mot det norske barnevernet gjelder ikke bare nasjonalt, men også internasjonalt. EMD har derfor kommunisert flere klager mot Norge i løpet av de siste årene, og flere av dem har resultert i domfellelse. Dette har medført til at Norge har måttet sett hen til sin egen barnevernspraksis for å gjøre de endringer som må til for å være i overensstemmelse med EMK art. 8 og målet om gjenforening. Fra 2020 og frem til idag har det derfor vært en rekke barnevernssaker oppe for Høyesterett hva gjelder samværsfastsettelse, hvorav tre av dem har som nevnt blitt behandlet i storkammer.

Bare i løpet av de siste årene har EMD tatt inn 39 norske barnevernssaker til behandling hvor Norge har blitt domfelt i syv av dem. Sett ut fra et historisk perspektiv har det vært 52 dommer mot Norge i sin helhet og barnevernssakene utgjør derfor et svært høyt tall. Bakgrunnen for sakene er myndighetenes manglende ivaretagelse av retten til familieliv og det utgjør dermed en gjentatt menneskerettsutfordring i Norge.⁴ Kritikken fra EMD gjelder særlig samværsfastsettelsen hvor EMD mener at Norge på et for tidlig stadium har oppgitt målet om omsorgsovertakelsens midlertidighet og gjenforening ved at det er satt et for lite samvær mellom foreldre og barn.

Den grunnleggende avgjørelsen fra EMD er storkammerdommen Strand Lobben og andre v. Norge, hvor Norge ble dømt for å ha krenket EMK art. 8 om retten til familieliv. Årsaken til

⁴ NIM-rapport – hvorfor dømmes Norge i EMD?

domfellelsen var blant annet at det restriktive samværet norske myndigheter hadde fastsatt ikke var i overensstemmelse med målet om gjenforening. I denne forbindelse uttalte likevel EMD at hensynet til barnets beste skal være av «paramount importance» i saker som gjelder «the care of children and contact restrictions».⁵

At norske myndigheter på et for tidlig stadium hadde implisitt oppgitt målet om gjenforening, uten å begrunne hvorfor det var forenlig med hensynet til barnets beste var også sentralt i domfellelsen i K.O. og V.M. v. Norge. Uttrykket «undue hardship» og at gjenforeningsmålsettingen ikke kan forventes å være ivaretatt dersom «there are intervals of weeks, or even – as in the instant case – as much as months, between each contact session» har vært gjenstand for senere tema i norsk rettspraksis.

Da Høyesterett den 27. mars 2020 behandlet tre barnevernssaker i storkammer om samvær var blant annet uttalelsene fra K.O. og V.M.-dommen tema. I HR-2020-662-S anvender Høyesterett uttrykket «undue hardship», oversatt til urimelig belastning, som en del av de rettslige utgangspunkter ved samværsfastsettelsen. Høyesteretts anvendelse av uttrykket «urimelig belastning» har skapt flere debatter i juridisk teori hvor det ikke er en samstemt oppfatning av hva uttrykket egentlig innebærer. Hovedpoenget synes likevel å være at hensynet til barnets beste kan etter en konkret vurdering tilsi at samværet kan begrenses eller i ytterste konsekvens nektes helt. Hensynet til barnets beste skal være av overordnet betydning og fra dette synes det uavklart hvor grensen for å belaste barnet går.

Etter storkammersakene falt det en ny dom den 22. desember 2020 i EMD, M.L. mot Norge.⁶ I denne saken viser EMD selv, som en del av de rettslige utgangspunktene, til uttalelsen i K.O. og V.M.-dommen om «undue hardship» og at gjenforeningsmålsettingen «cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session».⁷ Dette reiser spørsmål om gjenforeningsmålsettingen oppstiller et krav om minstesamvær og om EMD anerkjenner «undue hardship» / «urimelig belastning» som et rettslig kriterium.

Etter M.L. mot Norge-dommen har Høyesterett behandlet flere barnevernssaker. Høyesterett

⁵ EMD: Strand Lobben og andre v. Norge (37283/13) avsnitt 207

⁶ EMD: M.L. v. Norge (64639/17)

⁷ M.L. mot Norge avsnitt 72

fant det nødvendig å se nærmere på samværsvurderingen om gjenforeningsmålsettingen og urimelig belastning, og behandlet derfor tre nye samværsdommer den 2. mars 2021.⁸ I sak HR-2021-474-A viser høyesterett til momenter av betydning i samværsfastsettelsen.⁹ Herunder fremheves at barnets egen mening er sentral og Høyesterett viser til forandringsfabrikkens rapport som inneholder uttalelser fra 100 barn som har vært under barnevernets omsorg.¹⁰ Dette reiser spørsmål om hvordan gjenforeningsmålsettingen og urimelig belastning står seg opp mot barnets medvirkningsrett.

1.4 Metodebruk

Analysen i denne masteroppgaven vil basere seg på alminnelig juridisk metode. Det vil gjennom lovtekst, forarbeider, rettspraksis, internasjonale konvensjoner og juridisk teori utforskes nærmere det som har betydning for å klarlegge «undue hardship» / «urimelig belastning». Hovedvekten vil imidlertid foreligge på rettspraksis.

For å forstå de aktuelle avgjørelsene Norge har blitt dømt for i EMD vil det kort gjøres rede for barnevernsloven og den tradisjonelle rettspraksis. Deretter vil det gjøres rede for de tre avgjørelsene fra EMD som er aktuelle for denne oppgaven. Herunder den grunnleggende avgjørelsen i storkammersaken Strand Lobben mot Norge, deretter K.O. og V.M-dommen og M.L.-dommen angående «undue hardship». Til slutt vil det ses hen til nyere nasjonal rettspraksis om hvordan sakene fra EMD senere er behandlet av Høyesterett og vurdere det opp mot barnets medvirkningsrett. Avslutningsvis vil det også ses hen til det nye lovforslaget som er videresendt til lovbehandling i Stortinget.¹¹

1.5 Avgrensning og definisjon

Denne oppgaven behandler samværet mellom barnet og de biologiske foreldrene. Oppgaven avgrenses derfor mot øvrige personer som også har en rett til samvær med barnet jf. bvl. § 4-19 tredje og fjerde ledd og EMK art. 8. Videre vil oppgaven konsentrere seg om de tilfellene hvor retten til samvær er ivaretatt og ikke om de tilfelle hvor det foreligger sterke og spesielle

⁸ HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A

⁹ HR-2021-474-A avsnitt 57

¹⁰ Forandringsfabrikkens rapport av 2021 «det handler om oss – 100 barn 7-18 år om samvær i barnevernet».

¹¹ Innst. 625 L (2020-2021) - behandlet av stortingskomiteen den 30. mai 2021 og videresend til lovbehandling i Stortinget.

grunner som tilsier samværsnekt.

Definisjonen av «samvær» vil i denne masteroppgaven forstås som fysiske treff mellom foreldrene og barnet, og rammene rundt for hvordan disse fysiske treffene tillates gjennomført. Det vil derfor avgrenses mot elektroniske kommunikasjonsmidler.

2 Aktuelle rettsregler for fastsettelse av samvær

2.1 Overordnede rettslige utgangspunkt om retten til familieliv og hensynet til barnets beste

2.1.1 Grunnloven¹²

Den grunnleggende retten til familieliv er vernet i Grl. § 102. Vernet gjelder «enhver» og er derfor en gjensidig rettighet som tilfaller både barnet og foreldrenes rett til familieliv.

Bestemmelsen må også ses i sammenheng med barnets rett til familieliv etter Grl. § 104 tredje ledd hvor barnet nyter et særskilt vern. Staten skal her legge til rette for barnets utvikling og sikre at barnet får nødvendig økonomisk, sosial og helsemessig trygghet. Det fremgår også at det som er til barnets beste skal være et «grunnleggende hensyn» i de avgjørelser som gjelder barn, jf. annet ledd. Barnet har også etter første ledd en rett å bli hørt i saker som gjelder dem selv og deres mening skal tillegges vekt.

2.1.2 FNs barnekonvensjon¹³

Av FNs barnekonvensjon (BK) artikkel 3 nr. 1 legges det til grunn at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som gjelder barn. Det følger av annet ledd at staten har en positiv sikringsplikt til å gi barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til foreldrenes rettigheter og forpliktelser. Barnets rett til familieliv har også et vern i BK art. 16 hvor staten ikke kan utsette barnets familieliv for «vilkårlig eller ulovlig innblanding». Ut fra BK art. 9 fremgår det også at et barn ikke skal bli skilt fra sine foreldre såfremt ikke kompetente myndigheter beslutter i samsvar med loven at en atskillelse er nødvendig ut fra hensynet til barnets beste jf. nr. 1. Dersom en adskillelse er nødvendig, for eksempel en omsorgsovertakelse, har myndighetene likevel en plikt til å ivareta barnets rett til å opprettholde en «personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste» jf. nr. 3.

¹² Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.)

¹³ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barns rettigheter (barnekonvensjonen - BK)

Dette innebærer at til tross for at det offentlige har overtatt den daglige omsorgen for barnet opphører likevel ikke retten til familieliv.¹⁴ Selv om foreldrene ikke lenger har den daglige omsorgen har barnet likevel rett til å ha kontakt med sine foreldre, eksempelvis ved samvær, så lenge dette er i samsvar med hva som er til det beste for barnet. Det følger også av BK art. 12 nr. 1 at barnet har en rett til å bli hørt i saker som gjelder dem selv, og myndighetene skal vektlegge deres mening i samsvar med barnets alder og modenhet.

2.1.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon¹⁵ – artikkel 8

Av den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8 nr.1 følger det også et vern om barns og foreldres rett til familieliv jf. «enhver». Utgangspunktet er derfor at den enkelte skal kunne leve ut sitt familieliv i fred uten vilkårlig eller uforholdsmessig inngrep fra staten. Imidlertid er ikke rettigheten absolutt da annet ledd åpner for at staten legitimt kan gjøre inngrep når de tre vilkår som her er oppstilt er innfridd. Følgelig utgjør en omsorgsovertakelse og en begrensning i samvær et inngrep i retten til familieliv. Likevel er det ikke en krenkelse dersom inngrepet er «i samsvar med loven», «av hensyn til» et nærmere angitt formål og «nødvendig i et demokratisk samfunn» jf. EMK art. 8 nr.2.

Hvordan EMK art. 8 er å forstå fastlegges av EMD som har til oppgave å tolke konvensjonen jf. EMK art. 32. Hvilke plikter EMK pålegger statene presiseres derfor nærmere gjennom EMDs praksis. Ettersom Norge har ratifisert EMK ved inkorporering i menneskerettsloven¹⁶ (mrl.) § 2 gjelder EMK art. 8 som norsk rett og Norge plikter derfor å være i overensstemmelse og respektere rettighetene. Praksis fra EMD vil derfor være viktig i tolkningen når innholdet i retten til familieliv skal fastlegges. Ved den nasjonale forståelsen av EMDs praksis gjelder imidlertid to viktige tolkningsprinsipper, herunder subsidiaritetsprinsippet og prinsippet om skjønnsmargin.

¹⁴ Sørensen 2016 punkt 5.1

¹⁵ Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950 (EMK)

¹⁶ Menneskerettsloven av 21. mai nr. 30 (mrl.)

2.2 Barnevernsloven¹⁷ om retten til samvær etter omsorgsovertakelse

Hovedregelen om samvær følger av bvl. § 4-19 første ledd hvor barn og foreldre har rett til samvær med hverandre etter en omsorgsovertakelse. Dette gjelder så lenge ikke annet er bestemt jf. bvl. § 4-19 første ledd. Når omsorgen er overtatt av det offentlige fra de biologiske foreldrene er det fylkesnemnda som har til oppgave å treffe vedtak som fastsetter omfanget av samværsretten, jf. bvl. § 4-19 annet ledd. Fylkesnemnda kan også ut fra omstendighetene bestemme at det ikke skal være samvær hvis det er av hensyn til barnet, jf. annet ledd. Når fylkesnemnda skal ta stilling til omfanget av det konkrete samværet må den verdi det har for barnet å opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre vektlegges. Det må understrekes at fylkesnemndas vedtak i hovedsak gjelder retten barnet og foreldrene har til samvær. Innholdet i samværsretten behøver derfor ikke fylkesnemnda å ta stilling til i detalj da enkelte avgrensings- og gjennomføringsspørsmål kan overlates til barnevernstjenesten. Det konkrete vedtaket fylkesnemnda kommer frem til er derfor ikke til hinder for at barnevernstjenesten kan praktisere samværsretten mer fleksibelt og i et større omfang. Dette gjelder i den grad det ikke strider mot de forutsetningene fylkesnemnda bygget sitt vedtak på. Dersom samværsretten stiller seg forskjellig for foreldrene, eksempelvis ved at de ikke er sammen lenger, vurderes de hver for seg. Resultatet kan derfor bli at den ene får samværsrett og den andre ikke.¹⁸

Hvor mye samvær som skal fastsettes i den enkelte sak må vurderes konkret ut fra omstendighetene. I vurderingen som foretas skal likevel hensynet til barnets beste være av «avgjørende vekt» jf. bvl. § 4-1. Dette innebærer at dersom foreldrene og barnets interesser er motstridende skal barnets interesser settes først. Hensynet til barnets beste kan derfor i ytterste konsekvens tilsi en samværsnekt. I spørsmålet om hva som er til det beste for barnet skal det «herunder (...) legges vekt på» at barnet skal få stabil og god voksenkontakt og en kontinuitet i omsorgen jf. bvl. § 4-1. Ordlyden «herunder (...) legges vekt på» tilsier at bestemmelsen ikke er uttømmende og det er flere momenter som kan tas inn i vurderingen av hva som er til barnets beste. Det må derfor foretas en bred og konkret helhetsvurdering av det enkelte barn. Av rettspraksis kan det utledes noen momenter som er veiledende i vurderingen av hva som er

¹⁷ Barnevernsloven av 17. juli 1992 nr. 100 (bvl.)

¹⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) videreført til Ot.prp.nr.76 (2005-2006)

til det beste for barnet i sammenheng med samværsfastsettelsen. Når omsorgsovertakelsen først har funnet sted har barnevernstjenesten ansvar for å løpende følge opp barnet og utviklingen mellom foreldre og barn. Det tillegges også barnevernet et ansvar for å vurdere om det er nødvendig med endring eller nye tiltak, jf. bvl. § 4-16.

I vurderingen av samvær er også barnets rett til å bli hørt et førende prinsipp i forbindelse med hensynet til barnets beste. Dette innebærer at myndighetene må respektere barnets rett til å uttrykke sine synspunkter fritt og at deres mening tillegges tilstrekkelig vekt. For at barnet skal kunne uttrykke seg må det også få tilstrekkelig informasjon om hva saken gjelder. Viktigheten av barnets medbestemmelsesrett er også uttrykt i GrL. § 104, BK art. 12 og bvl. §§ 6-1 og 6-3 og fremstår her som ubetinget og unntaksfri. Dette gjelder såfremt det er forsvarlig og i tråd med barnets beste jf. § bvl. §§ 1-4 og 4-1.

2.2.1 Barnevernslovens prinsipper – det biologiske prinsipp, prinsippet om barnets beste og det mildeste inngreps prinsipp

For å komme frem til best mulig løsning hva gjelder fastsettelse av samvær og samværets omfang er det flere grunnleggende prinsipper i barnevernsretten som virker styrende frem til avgjørelsen. I den tradisjonelle barnevernsretten er det særlig det biologiske prinsipp, det mildeste inngrepsprinsipp og prinsippet om barnets beste som gjør seg særlig gjeldende.

Grunntanken bak det biologiske prinsipp er at det beste for barnet er å vokse opp i sin biologiske omsorgsbasis. Det offentlige har det subsidiære ansvaret dersom foreldrene ikke evner å ha den daglige omsorgen for barnet. Retten til familieliv er ikke direkte nedfelt i barnevernsloven, men det biologiske prinsipp er likevel et utslag av dette og har på sin side et dypt rotfeste i barnevernsretten. Det biologiske prinsipp gjelder fremdeles etter en omsorgsovertakelse slik at foreldrene og barnet likevel har en rett til samvær med hverandre. Dette er fordi det er ansett som en egenverdi for barnet å ha en relasjon, tilknytning, kontakt og kjennskap til sine biologiske foreldre. Prinsippet er imidlertid ikke absolutt og uten grenser fordi det i vurderingen skal legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste.

Prinsippet om barnets beste er et overordnet rettslig prinsipp både nasjonalt og internasjonalt. Prinsippet innebærer at det ved alle avgjørelser som omhandler barn skal hensynet til barnets beste være det grunnleggende. Barnet har selvstendige rettigheter og dersom barnets og

foreldrenes interesser er motstridende må foreldrenes interesser vike for hva som er til det beste for barnet. Ordlyden «barnets beste» er en rettslig standard og vurderingen vil derfor være relativ alt etter hvilken avgjørelse det er tale om. Hva gjelder barnets beste i samværsvurderingen er et resultat av en bred skjønnsmessig vurdering. For å fastlegge det nærmere innholdet og momenter som inngår i vurderingen vil det være nødvendig å se hen til rettspraksis.

Det mildeste inngreps prinsipp innebærer at tiltak etter barnevernsloven må stå i et rimelig forhold til det mål som ønskes oppnådd. Dette vil si at det eventuelle tiltaket ikke må være mer inngripende enn det som er nødvendig for å oppnå målet.¹⁹ Dersom et mindre inngripende tiltak er egnet til å oppnå målet skal dette prioriteres. Det må dermed være en forholdsmessighet mellom retten til samvær og hensynet til hva som er det beste for barnet. Nødvendighetsvilkåret kan dermed i ytterste konsekvens innebære at foreldrene ikke har rett til samvær når det ikke vil være til barnets beste. Reglene om hjelpetiltak er forankret i det mildeste inngreps prinsipp. Det innebærer at dersom samværene ikke fungerer på en tilfredsstillende måte skal barnevernet sette inn alternative tiltak ved gjennomføringen av samværene som for eksempel tilsyn eller tilrettelegging.

¹⁹ NOU 2012: 5 Punkt 4.6.3

3 Samværsfastsettelsen etter den tradisjonelle rettspraksis

3.1 Innledning

En vesentlig årsak til domfellelsen i EMD er fordi norske myndigheters samværsfastsettelse strider med EMK art. 8 om retten til familieliv. For å forstå hvorfor Norge har blitt domfelt i EMD vil det derfor være hensiktsmessig å se nærmere på den tradisjonelle rettspraksis om samvær frem til sakene i EMD.

Nedenfor vil det derfor gjøres rede for noen dommer som bidrar til å kaste lys på hvordan samværsfastsettelsen var i den tidligere rettspraksis, og samtidig bidra til å belyse den utvikling samværsfastsettelsen har vært gjennom.

3.2 Rt. 1998 s. 787

En av de tidligere samværsdommene Høyesterett behandlet var Rt. 1998 s. 787. Saken gjaldt spørsmål om en far skulle ha rett til samvær med sin ti år gamle sønn etter en omsorgsovertakelse, og isåfall hvilket omfang. Før Høyesterett går inn på den konkrete vurderingen nevner de innledningsvis at omsorgsovertakelsen må anses som varig. I spørsmålet om fastsettelsen av samværet tar Høyesterett utgangspunkt i det rettslige grunnlaget av bvl. § 4-19 hvor hovedregelen er at faren og sønnen har rett til samvær, såfremt hensynet til barnets beste ikke tilsier noe annet.

I forbindelse med fastsettelsen av samvær uttaler Høyesterett at «lovens utgangspunkt medfører at en varig eller langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig til å nekte samvær». Høyesterett ser deretter hen til det konkrete barnet, og de uttalelser han har gitt overfor den sakkyndige i forbindelse med samværsspørsmålet. Gutten har imidlertid en noe skiftende mening. Først ser de hen til barnevernets saksbehandlers uttalelser i november 1997 om at han «var helt klar i sin avvisning av samvær.» På den annen side sa han senere overfor den sakkyndige for Høyesterett at han derimot har gitt «eksplisitt uttrykk at han ikke opplever deres besøk som mas, men at han tvert imot gleder seg til besøkene.» Den sakkyndige er i tvil om den skiftende meningen skyldes at gutten synes «det nå får være nok

mas om saken». Videre uttaler den sakkyndige at «det er som tidligere ikke noe som tyder på at det kan være til skade for C å treffe A. Det vil fortsatt være til ulempe for ham å bli konfrontert med spørsmålet om å komme på besøk til A, men denne ulempen er nå liten, og antagelig nærmest eliminert hvis fosterforeldrene deltar aktivt i planleggingen av besøkene og han opplever samarbeid mellom dem og A. Da vil besøksordningen kunne oppleves som en naturlig del av tilværelsen.» Ettersom guttens mening om samværene var uklare vektla Høyesterett hensynet til en fremtidig tilknytning og konkluderte på denne bakgrunn med at faren hadde rett til samvær.

Høyesterett gikk deretter over til spørsmålet om samværets omfang, og viser til bvl. § 4-1 om at hensynet til barnets beste kan tilsi et begrenset samvær. Samtidig presiseres skillet mellom en midlertidig og langvarig omsorgsovertakelse ytterligere. I denne sammenheng uttales det at: «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. Hovedmålsettingen over tid må være at også mer begrensede samvær fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov».

I denne saken mente de sakkyndige et samvær fastsatt til en gang i måneden. Fosterforeldrene mente imidlertid at dette var for mye. Høyesterett uttaler i denne forbindelse at «jeg bemerker 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. C stiller seg avventende til et eventuelt samvær med faren, og overlater i følge de sakkyndige i stor grad avgjørelsen til fosterforeldrene.» Høyesterett legger derfor «vekt på fosterforeldrenes vurdering» i spørsmålet om samværets omfang. Ettersom Høyesterett tidlig la til grunn at omsorgsovertakelsen ville være varig ble konklusjonen et samvær fastsatt til seks timer en dag hver fjerde måned.

3.3 Rt. 2012 s. 1832

Saken gjaldt foreldrenes samværsrett med sin snart seks år gamle datter etter en omsorgsovertakelse. Spørsmålet i saken var av hvilket omfang samværet skulle fastsettes

mellom jenta og de biologiske foreldrene.

Høyesterett viser innledningsvis til det rettslige utgangspunktet i bvl. § 4-19 om foreldre og barns rett til samvær, men at det likevel kan gjøres unntak. Høyesterett viser deretter til de kriterier som er oppstilt i Rt.1998 s.787 og uttaler igjen at «ved vurderingen av samværets omfang må det skilles mellom midlertidige plasseringer og langtidsplasseringer.»²⁰ Dersom det er tale om langtidsplasseringer skal barnet og foreldrene «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.»²¹ Likevel skal ikke samværet fastsettes slik at det «er til hinder for å etablere en trygg og god relasjon til fosterforeldrene. Samtidig må det ivareta hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav.» Hensynet til barnets tilsier at også «kontinuitet og stabilitet vil legge begrensninger på antallet samvær med biologiske foreldre».²²

I forbindelse med samværets omfang uttaler Høyesterett først at det «må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, der det etter barnevernsloven § 4-1 skal legges avgjørende vekt på barnets beste. Hvor mange samvær som er til det beste for barnet, vil nødvendigvis variere fra sak til sak. Jeg finner det på den bakgrunn klart at det ikke er mulig å etablere en fast «tålegrense»».²³ På den annen side uttaler Høyesterett at «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 i 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. Dette gjelder saker der det bare er fastsatt samvær for en forelder eller felles samvær for begge. I Rt-2006-1672 behandlet Høyesterett en sak der foreldrene krevde samvær hver for seg. Resultatet i den saken ble seks årlige samvær for hver av foreldrene av seks timers varighet.»²⁴

²⁰ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 31

²¹ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 31

²² Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 34 til 36

²³ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 36

²⁴ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 37

I den konkrete vurderingen konkluderte Høyesterett med at det her var tale om en langvarig plassering, og at barnet ble ansett som sårbart og hadde derfor behov for stabilitet og ro rundt sin situasjon. På denne bakgrunn fikk mor fastsatt et samvær til fire ganger i året med en varighet på tre timer. Far på sin side fikk to årlige samvær med to timers varighet.

3.4 HR-2019-788-U

Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse og samvær mellom de biologiske foreldrene og deres tre barn. Denne ankeutvalgsdommen er av særlig interesse for denne oppgaven på grunn av at det følger den tradisjonelle samværsfastsettelsen som nevnt ovenfor, til tross for at den er truffet så sent som i 2019. I denne forbindelse uttaler Høyesterett også her at «det er i barnevernssaker vanlig at antall samvær ved langvarig plassering, slik som i den foreliggende saken varierer mellom tre og seks ganger i året».²⁵

3.5 Oppsummering av den tradisjonelle rettspraksis om samværsfastsettelse

Ut fra den tradisjonelle samværspraksis som nevnt ovenfor var utgangspunktet en konkret vurdering ut fra de omstendighetene som forelå. Dette utgangspunktet forenes godt med gjenforeningsmålsettingen. Likevel ble det i et flertall av sakene tidlig konkludert med antatte langtidsplasseringer og det utviklet seg en tilsynelatende standardisert samværsfastsettelse. Dette er ikke nødvendigvis forenelig med det overordnede målet om gjenforening. I forhold til barnet var hensynet til ro, stabilitet og mulighet for reetablering hos fosterforeldrene ansett som det beste. Formålet med samværet var alene at barnet skulle ha en kjennskap til sine biologiske foreldre og dette ble ansett som ivare tatt med et samvær fastsatt til mellom tre og seks ganger i året.

Det er ikke tvilsomt at Høyesteretts vurderinger i samværsfastsettelsen har av andre rettsanvendere blitt oppfattet som normgivende. Avgjørelsen fra 2012 har nok derfor i senere rettspraksis blitt «oppfattet som en slags standardnormering».²⁶ Dette har fått den konsekvens at flere samværsfastsettelser ikke er egnet til å ivareta målet om gjenforening. Tina Gerds-

²⁵ HR-2019-788-U

²⁶ HR-2020-662-S avsnitt 124

Andresen har undersøkt fylkesnemndas begrunnelser for begrensninger i samværsretten av 91 fylkesnemndsvedtak fra perioden 1. juli 2018 til 31. desember 2019. Av de 91 gjennomgåtte vedtakene konkluderte fylkesnemnda med at det i 83 av sakene var tale om langvarige omsorgsplasseringer, og at det derfor var tilstrekkelig at barnet hadde kjennskap til sine biologiske foreldre for å oppfylle det biologiske prinsipp. Begrunnelsen for at samværene var fastsatt mellom tre til seks ganger i året var av hensyn til barnet som skulle reetablere seg og samtlige vedtak viser til høyesterettsdommen av 2012.²⁷

²⁷ Artikkel i kritisk juss «fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse» av Tina Gerds-Andresen s. 134-135

4 Gjenforeningsmålsettingen og utviklingen av «undue hardship» fra EMDs sentrale samværsdommer

4.1 Innledning

En av de sentrale årsakene for at Norge ble domfelt i EMD er fordi de norske barnevernssakene har oppgitt gjenforeningsmålsettingen på et for tidlig tidspunkt. Det var også først i EMDs praksis at uttalelsen om «undue hardship» kom til. Det vil nedunder gjøres rede for de sakene som har særlig betydning for oppgavens problemstilling. Herunder først den sentrale storkammersaken Strand Lobben-dommen. Deretter K.O. og V.M.-dommen og M.L.-dommen som er av særlig betydning for «undue hardship» / «urimelig belastning».

4.2 Strand Lobben og andre v. Norway (Storkammer 37283/13) 10. september 2019

Den grunnleggende avgjørelsen fra EMD er storkammersaken Strand Lobben og andre v. Norge. Saken gjaldt primært norske myndigheters avgjørelse om å frata den biologiske moren foreldreansvaret og samtykke til fosterforeldrenes adopsjon av hennes sønn. Kravet den biologiske moren reiste var tilbakeføring av sønnen etter bvl. §§ 4-20 og 4-21. I saken gikk imidlertid EMD inn på hele det historiske saksforløpet slik at samværsfastsettelsen også ble et tema. Det er særlig EMDs vurdering av spørsmålet om samvær som her vil være av relevans.

Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var grunnet i bekymringer rundt morens omsorgsevne. Bekymringene startet allerede før fødsel fordi moren blant annet ønsket å ta abort i 28 uke, slet med en hjerneskade, hadde ikke egen bolig og var i et komplisert forhold med barnets antatte far. Moren ønsket hjelp og tok derfor et frivillig opphold på et familiesenter. Her økte bekymringene og da hun tre uker senere ikke lenger ønsket veiledning, fattet fylkesnemnda akuttvedtak om omsorgsovertakelse. Fylkesnemnda konkluderte med at omsorgsovertakelsen ville være langvarig og at samværet måtte fastsettes slik at barnets behov for ro, stabilitet og tilknytning til fosterforeldrene ikke ble forstyrret. Samværets formål var at gutten skulle ha kjennskap til sin biologiske mor og det ble derfor satt samvær til seks ganger årlig på to timer

under tilsyn. Moren klaget vedtaket først til tingretten hvor hun fikk medhold, men myndighetene anket videre til lagmannsretten som opprettholdt fylkesnemndas vedtak og samtidig reduserte samværet til fire ganger i året på to timer.

Noen år senere ønsket moren en opphevelse av omsorgsovertakelsen og subsidiært en utvidelse av samværsretten. Barnevernet på sin side begjærte at moren skulle fratas foreldreansvaret og at fosterforeldrene skulle adoptere barnet. Til tross for at moren i løpet av den siste tiden hadde hatt en positiv utvikling fattet fylkesnemnda vedtak i tråd med barnevernet om at fosterforeldrene skulle adoptere gutten. Moren klaget deretter vedtaket inn til tingretten som opprettholdt fylkesnemndas vedtak. Begrunnelsen var fordi det forelå sterke og spesielle grunner. Herunder hadde gutten vært hos fosterfamilien siden han var tre uker gammel, han ble ansett som sårbar og hadde reaksjoner etter samvær med moren. Sammenholdt med morens manglende omsorgsevne ble det ansett å være til barnets beste at gutten ble adoptert. Moren anket først vedtaket inn til lagmannsretten som ikke ga samtykke til å fremme anken, og deretter til Høyesterett som nektet anken fremmet.

Saken kom deretter til EMD og spørsmålet var om avgjørelsen Norge hadde tatt vedrørende adopsjonen og omsorgsovertakelsen av barnet var en krenkelse av barnets og morens rett til familieliv etter EMK art. 8. Saken ble først behandlet av EMD i kammer, som under sterk dissens (4-3) kom til at art. 8 ikke var krenket. Etter at Norge var frikjent i kammer anket moren saken videre, og den ble sluppet inn til storkammer.

Norge ble i EMDs storkammer domfelt med dissensene 7 og 6 som utgjorde flertallet, og 4 som var mindretallet og ville frifinne Norge. I vurderingen av hva som er til barnets beste anvender EMD BK art. 3 om at hensynet til barnets beste skal være grunnleggende i alle saker som gjelder barn. I denne forbindelse viser EMD til at barnets beste har bred konsensus i internasjonal rett og skal være av «paramount importance». Og videre i saker som gjelder «the care of children and contact restrictions» skal hensynet til barnets beste «come before all other considerations». ²⁸ Hva som inngår i hensynet til barnets beste er etter EMD en tosidig vurdering. På den ene siden er det generelt det beste for barnet å opprettholde familiebandet til sin biologiske familie, såfremt de ikke har vist seg spesielt uegnet. På den annen side kan det ikke kreves at det iverksettes tiltak som er til skade for barnets helse og utvikling.

²⁸ Strand Lobben og andre v. Norge (37283/13) avsnitt 207

Herunder skal det ikke settes samvær mellom barn og foreldre som kan «harm the child's health and development».²⁹

Hva gjelder omsorgsovertakelser uttaler EMD at utgangspunktet er at omsorgsovertakelser skal anses som et «temporary measure» og at myndighetene plikter å treffe tiltak etter gjenforeningsformålet. Utgangspunktet om gjenforening gjelder så fremt det ikke tilsidesetter hensynet til barnets beste.³⁰ Det overordnede målet om gjenforening innebærer at foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse skal kunne gjenforenes med hverandre. Det skal derfor være et grunnleggende hensyn i den konkrete samværsfastsettelsen. Med dette som utgangspunkt vil en begrunnelse om at gjenforening ikke er mulig fordi barnet ikke lenger har kjennskap til eller en relasjon til foreldrene etter EMD ikke være tilstrekkelig. EMD har derfor hatt kritiske bemerkninger til norsk barnevernsrett da myndighetene har gitt opp gjenforeningsmålsettingen på et for tidlig tidspunkt, og uten en tilstrekkelig grundig vurdering.³¹

I den konkrete vurderingen ble uttalelsen fra tingretten om at morens samvær ytterligere skulle begrenses og at målet med samværet var at gutten skulle ha kjennskap til sine «røtter», trukket frem av EMD som kritikkverdig. Dette var fordi fastsettelsen av samværet ikke ble begrunnet i en målsetting om gjenforening mellom den biologiske moren og barnet. Videre anså EMD det som kritikkverdig at norske myndigheter i for liten grad hadde bidratt til en tilfredsstillende gjennomføring av samværene slik at moren kunne knytte seg til barnet på en fri og avslappet måte.

Resultatet EMD kom frem til i saken var at samværsreguleringen norske myndigheter hadde foretatt var en krenkelse av morens og barnets rett til familieliv etter EMK art. 8.

Begrunnelsen var fordi det var for ensidig fokusert på hensynet til barnets beste og at myndighetene ikke hadde gjort nok for at barnet kunne gjenforenes med sin mor. Årsaken til dette var fordi at EMD mente det forelå flere mangler ved beslutningsgrunnlaget for vedtaket. Det ble lagt til grunn at det restriktive samværsregimet ga begrensede muligheter til å trekke

²⁹ Strand Lobben og andre v. Norge (37283/13) avsnitt 207

³⁰ Strand Lobben og andre v. Norge (37283/13) avsnitt 208

³¹ NIM-rapport «hvorfør dømmes Norge i EMD» pkt. 5

konklusjoner om morens omsorgsevne og at det var mangler ved tingrettens beskrivelse og vurdering av barnets sårbarhet.

4.3 K.O. og V.M. v. Norway (EMDN-2016-64808) 5. november 2019

Saken gjaldt de biologiske foreldrenes rett til samvær med datteren de fikk i 2015. Forut fødselen og etterpå hadde barnevernet mottatt en rekke bekymringsmeldinger rundt foreldrenes omsorgsevne. Moren samtykket til en plass på familiesenter, men da hun en uke senere trakk tilbake sitt samtykke ble det fattet hastevedtak om akutt plassering. Fylkesnemnda fattet deretter vedtak om omsorgsovertakelse. Fylkesnemnda konkluderte med at omsorgsovertakelsen ville være langvarig og fastsatte derfor omfanget av samværet til fire ganger i året. Foreldrene klaget vedtaket til tingretten som kom frem til at det var en rekke risikofaktorer hos foreldrene. På bakgrunn av dette konkluderte også tingretten med at omsorgsovertakelsen ville være langvarig, og at et for omfattende samvær ikke ville være til det beste for barnet. Tingretten presiserte at samværets formål var at barnet skulle ha kjennskap til sine foreldre og konkluderte derfor med en noe mer utvidet samværsrett enn fylkesnemndas vedtak til to timer seks ganger i året. Foreldrene anket tingrettens avgjørelse inn til lagmannsretten som nektet å fremme anken. Deretter anket foreldrene lagmannsrettens ankenektelse inn for Høyesterett som også nektet anken fremmet.

Saken ble deretter anket inn for EMD. Spørsmålet EMD skulle ta stilling til var om beslutningen om omsorgsovertakelse og samværsomfanget var et urettmessig brudd på EMK art. 8 om retten til familieliv.

EMD konkluderte med at Norge hadde krenket foreldrene og barnets rett til familieliv etter EMK art. 8. Sentralt for domfellelsen var, som i Strand Lobben-saken, at myndighetene på et for tidlig stadium hadde oppgitt gjenforeningsmålsettingen, uten å begrunne hvorfor et slikt fremtidig mål ikke lenger var forenlig med barnets beste. EMD uttalte om dette at «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».³² Norge burde dermed i større grad ha vurdert muligheten for en fremtidig gjenforening mellom barnet og foreldrene.

Videre presiserer EMD at det normalt ikke vil være i tråd med gjenforeningsmålsettingen dersom det går for lang tid mellom samværene. Formålet med samværene er etter gjenforeningsmålsettingen nettopp det at barnet og foreldrene skal være så mye sammen at det er mulig med en gjenforening. Om dette uttaler EMD at «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».³³ Uttalelsen må forstås slik at dersom det er perioder over måneder og til og med uker mellom samværene vil dette ikke være i tråd med gjenforeningsmålsettingen. I spørsmålet om hvor mye samvær som skulle fastsettes i den konkrete saken uttalte EMD at «the domestic authorities were obliged to facilitate contact to the extent possible without exposing A to undue hardship».³⁴ Det er særlig uttalelsen om at barnet her ikke skulle utsettes for «undue hardship» som har vært tema i senere saker for Høyesterett og EMD. Ut fra denne konkrete dommen kan hensynet til barnets beste etter EMDs praksis forstås slik at det beste for dette konkrete barnet var å ha samvær med sine biologiske foreldre slik at det var mulig med en gjenforening, såfremt samværene ikke utsatte barnet for en urimelig belastning.

4.4 M.L. v. Norway (EMDN-2016-64639-J) 22. desember 2020

Saken gjelder adopsjon og fratakelse av en mors foreldreansvar av en fire år gammel jente. Årsaken til at fosterforeldrene overtok omsorgsansvaret for jenta, som da bare var ni dager gammel, var på bakgrunn av en rekke bekymringer rundt morens omsorgsevne. Moren samtykket til å ta opphold på et familiesenter hvor de ansatte fant at moren hadde betydelige utfordringer med å ta vare på datteren sin hva gjaldt hygiene, sikkerhet og omsorg. Etter en uke konkluderte barnevernstjenesten med at det var nødvendig å fatte et akuttvedtak. Moren klaget vedtaket inn til fylkesnemnda som opprettholdt akuttvedtaket og det restriktive samværet med en gang hver tredje uke. Senere begjærte barnevernstjenesten en omsorgsovertakelse av barnet noe også fylkesnemnda besluttet og ga moren et samvær med

³² K.O og V.M. v. Norge (64808/16) avsnitt 68

³³ K.O og V.M. v. Norge avsnitt 69

³⁴ K.O og V.M v. Norge avsnitt 69

barnet fire ganger årlig med en varighet på to timer. Moren klaget så vedtaket inn til tingretten som opprettholdt fylkesnemndas vedtak. I forbindelse med samværsspørsmålet uttalte tingretten at det her var tale om en langvarig omsorgsovertakelse og at formålet derfor ikke var å bygge en relasjon mellom mor og datter som kunne legge til rette for gjenforening.

Noen år senere ga fylkesnemnda samtykke til at fosterfamilien fikk adoptere jenta. Bakgrunnen var fordi jenta hadde bodd der siden hun var ni dager gammel, hadde tilknytning til fosterfamilien, ble ansett som særlig sårbar og det var bekymringer rundt morens omsorgsevne. En tilbakeføring ville derfor medføre store konsekvenser for jenta. Moren klaget vedtaket inn til tingretten som konkluderte med at det beste for barnet var en adopsjon. Moren klaget deretter tingrettens dom til lagmannsretten hvor anken ble nektet, og deretter videre til Høyesterett som også nektet anken fremmet.

Saken ble deretter anket videre til EMD hvor spørsmålet som var gjenstand for klage var om myndighetens beslutning om fratakelse av morens foreldreansvar og samtykke til adopsjon var en krenkelse av retten til familieliv etter EMK art. 8. Selv om klagen omhandler adopsjon uttaler likevel EMD at adopsjonsprosessen må ses i sin helhetlige kontekst slik at det også må ses hen til samværsfastsettelsen.

I vurderingen av om det foreligger en krenkelse av EMK art. 8 gjør EMD først rede for de generelle prinsipper som har betydning for saken. EMD viser her til sin tidligere avgjørelse i Strand Lobben-saken om at hensynet til barnets beste skal være av «paramount importance» og «in cases involving the care of children and contact restriction, the child's interests must come before all other considerations».³⁵ Deretter det overordnede målet om gjenforening. Herunder dersom det er for lite samvær og det foreligger hindringer for foreldrene og barnet til enkel og regelmessig kontakt vil ikke dette la seg forene med gjenforeningshensynet.

Videre viser EMD til K.O. og V.M.-dommen og uttaler at: "It is crucial that the contact regime, without exposing the child to any undue hardship, effectively supports the goal of reunification until – after careful consideration, and taking account of the authorities' positive duty to take measures to facilitate family reunification – the authorities are justified in concluding that the ultimate aim of reunification is no longer compatible with the best

³⁵ EMD: M.L. v. Norge avsnitt 78

interests of the child. Family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session.”³⁶

Det er imidlertid her verdt å understreke at EMDs henvisning til K.O. og V.M.-dommen ble her anvendt som en del av EMDs rettslige prinsipper og ikke bare som en del i den konkrete vurderingen slik som i K.O. og V.M.-dommen.

I den konkrete vurderingen konkluderte EMD med at det forelå en krenkelse av morens rett til familieliv etter EMK art. 8. Det ble av EMD ansett som særlig kritikkverdig at tingretten hadde basert sitt beslutningsgrunnlag på at tilknytningen mellom mor og datter nå var svak, men ikke hvorfor den var svak. Dette gjaldt også det begrensede samværet og myndighetenes totale fravær av å finne andre tiltak som kunne forhindre at tilknytningen og relasjonen mellom mor og datter ble brutt.

4.5 Oppsummering av EMDs samværspraksis – hensynet til barnets beste, målet om gjenforening og «undue hardship»

Ut fra EMDs praksis og særlig fra de sakene som nevnt ovenfor kan det legges til grunn at hensynet til barnets beste skal være av «paramount importance». I saker som gjelder «the care of children and contact restrictions» skal barnets beste «come before all other considerations». Det kan derfor ikke fastsettes samvær som kan «harm the child’s health and development.»³⁷ Som et grunnleggende prinsipp følger det også fra EMDs praksis at en omsorgsovertakelse skal anses midlertidig, og at fastsettelsen av samværet må være i samsvar med den overordnede målsettingen om gjenforening. For at målet om gjenforening skal være ivaretatt uttalte EMD i den konkrete vurderingen i K.O. og V.M.-dommen at “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. While the domestic authorities were obliged to facilitate contact to the extent possible without exposing A to undue hardship”.³⁸ Uttalelsen ble imidlertid gjentatt av EMD i M.L. mot Norge-dommen som en del av de rettslige prinsippene.³⁹ Siden EMD gjentok «undue hardship» som en del av

³⁶ EMD M.L. mot Norge avsnitt 79

³⁷ EMDs oppsummering i Strand Lobben og andre v. Norge (37283/13) avsnitt 207

³⁸ K.O. og V.M.-dommen avsnitt 69

³⁹ M.L. mot Norge avsnitt 79

de rettslige prinsippene kan det derfor reises spørsmål om det er anerkjent som et rettslig prinsipp.⁴⁰

For at gjenforeningsmålsettingen skal være ivaretatt må det derfor fastsettes så mye samvær at forholdet mellom barnet og foreldrene kan utvikles. Men på grunn av gjentakelsen av «undue hardship» i M.L.-dommen kan det reises spørsmål om hensynet til barnets beste tilsier en begrensning i samværet. Dommen kom etter storkammersakene i Høyesterett og det vil derfor ses nærmere på dette spørsmålet etter gjennomgangen av storkammersakene i oppgaven. Spørsmålet i denne forbindelse er om «undue hardship» innebærer en lavere terskel for å begrense samværet enn den tradisjonelle begrensningen i EMDs praksis om skade.

Ut fra gjennomgangen av de tre samværs sakene for EMD kan det trekkes et klart skille mellom den tradisjonelle norske samværs praksis og EMDs samværs praksis. Fra den tradisjonelle norske retts praksis ble det i et flertall av sakene tidlig konkludert med at omsorgsovertakelsen skulle være langvarig og at det ut fra denne forutsetning skulle fastsettes samvær. Formålet med samværet var kun at barnet skulle ha tilstrekkelig kjennskap til sine foreldre. Dette rimer dårlig med EMDs overordnede prinsipp om midlertidighet og gjenforening. Den manglende ivaretagelsen av gjenforeningsmålsettingen av de norske sakene har vært den bærende årsaken for at EMD konkluderte med at Norge i flere saker hadde brutt retten til familieliv etter EMK art. 8.

⁴⁰ M.L. mot Norge avsnitt 79

5 Høyesterett i storkammer om betydningen av EMDs gjenforeningsmålsetting, barnets beste og «undue hardship»

I de tre storkammersakene fra Høyesterett ville domstolen vurdere om norsk barnevernsrett og praksis var innenfor kravene i EMD. Sakene reiste spørsmål om retten til familieliv etter EMK art. 8 var krenket. I denne forbindelse behandlet Høyesterett gjenforeningsmålsettingen, hensynet til barnets beste og «undue hardship». Sakene ble behandlet samme dag den 27. mars 2020 og alle de tre avgjørelsene var enstemmige.

5.1 HR-2020-661-S

Saken gjaldt tvangsadopsjon av en nå tre år og ni måneder gammel jente fra hennes biologiske mor og far. Foreldrene hadde flyttet fra hverandre, men hadde felles foreldreansvar. Anførlene foreldrene reiste bygget i stor grad på Strand Llobben-dommen og saken reiser derfor en rekke prinsipielle spørsmål rundt betydningen av EMDs praksis i norsk rett. Selv om saken primært gjelder tvangsadopsjon er spørsmålet om prosessen som ledet frem til adopsjonen er kritikkverdig. Herunder om begrensningen i foreldrenes samværsrett. Dette var den første av de tre sakene Høyesterett behandlet i storkammer og på grunn av de prinsipielle vurderingene viser de to andre dommene i en viss grad til denne.

Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var på grunn av en rekke bekymringsmeldinger rundt omsorgssituasjonen til den da syv måneder gamle jenta. Fylkesnemnda kom frem til i vedtaket at omsorgsovertakelsen ville bli langvarig. Moren fikk derfor et minstesamvær på tre ganger i året på to timer under tilsyn. Far på sin side fikk ikke samvær med begrunnelse i særlige og sterke grunner. Foreldrene klaget vedtaket inn til tingretten som opprettholdt fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse, men far ble imidlertid gitt et samvær på to ganger i året i en time under tilsyn. Foreldrene anket saken videre til lagmannsretten som nektet å fremme anken.

Noen år senere samtykket fylkesnemnda til adopsjon av jenta til fosterforeldrene. Foreldrene

klaget vedtaket inn til tingretten som under dissens opprettholdt fylkesnemndas vedtak. Deretter anket de videre inn til lagmannsretten som nektet å fremme anken. Sist anket de saken inn til Høyesterett som besluttet å behandle saken i storkammer.

I storkammersaken sammenfatter Høyesterett hvordan EMDs praksis er å forstå for norsk rettstilstand. Hva gjelder omsorgsovertakelsens midlertidighet og målet om gjenforening er etter EMD og den nasjonale rett overordnet. Dette innebærer at samvær og hjelpetiltak er viktige slik at myndighetene kan tilrettelegge for hyppige samvær av god kvalitet. Videre uttaler Høyesterett at så lenge gjenforening er målet er det ikke tilstrekkelig at barna kun har kjennskap til hvem foreldrene er, men samværet må fastsettes slik at muligheten for gjenforening er bevart.⁴¹

Høyesterett viser til de generelle prinsippene fra EMDs praksis som inngår i den balanserte avveien mellom foreldrenes og barnets interesser. Prinsippene får etter norsk rett «anvendelse ved omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvar og adopsjon». Herunder viser Høyesterett til Strand Lobben-dommen hvor det i vurderingen særlig skal «legges vekt på barnets beste, som ifølge avsnitt 204 er av overordnet betydning. Generelt vil dette hensynet ifølge avsnitt 207 på den ene side tilsi at familiebandene opprettholdes, med mindre foreldrene er særlig uegnet («particularly unfit»). Brudd på familieband kan bare skje helt unntaksvis («very exceptional circumstances»). På den annen side kan foreldrene ikke kreve tiltak som vil skade barnets helse eller utvikling («harm the child's health and development»). Disse to hovedelementene inngår i hensynet til barnets beste. Statene plikter dessuten å sørge for prosessuelle garantier som på praktisk og effektivt vis beskytter barnets interesser».⁴²

Om EMDs gjenforeningsmålsetting og samvær uttaler Høyesterett om sin tidligere praksis at «det har utviklet seg en uheldig praksis: ved langtidsplasseringer av barn under skolealder har det ofte vært praksis å anbefale samvær fire til seks ganger i året, uten at det finnes grunnlag i forskning for å anbefale denne normen». Høyesterett går derfor bort fra sin tidligere tradisjonelle praksis og understreker at «det ved beslutninger om samvær ikke skal legges opp til ensartede eller generelle vurderingsnormer, som for eksempel et bestemt omfang eller en standard når det gjelder årlige samvær. I stedet skal det foretas en konkret vurdering ut fra

⁴¹ HR-2020-661-S avsnitt 143 og 144

⁴² HR-2020-661-S avsnitt 94 og 95

barnets beste».⁴³

Høyesterett konkluderte enstemmig i den konkrete dommen med at lagmannsrettens nektelse av ankebehandling skulle oppheves. Bakgrunnen for konklusjonen var at det var svakheter rundt tingrettens beslutningsgrunnlag vedrørende morens endrede situasjon og det ikke var foretatt en tilstrekkelig avveining av de sentrale spørsmål i saken.

5.2 HR-2020-662-S

Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse og de biologiske foreldrenes rett til samvær med sin tre år gamle datter, sett i lys av nyere praksis fra EMD. Kontakten med barnevernstjenesten ble etablert direkte etter fødselen og familien flyttet derfor inn på et barne- og familiesenter. Under oppholdet kom en rekke bekymringsmeldinger og det ble derfor fattet akuttvedtak. Fylkesnemnda fattet deretter vedtak om omsorgsovertakelse. Ettersom tilbakeføring ikke kunne forventes innen rimelig nær fremtid fastsatte fylkesnemnda et samvær på fire ganger i året under tilsyn. Foreldrene anket saken inn til tingretten som opphevet vedtaket, men kommunen anket saken videre inn til lagmannsretten som, under dissens, konkluderte med at fylkesnemndas vedtak skulle stadfestes. Foreldrene anket saken videre inn til Høyesterett som besluttet at anken skulle avgjøres av Høyesterett i storkammer.

I den konkrete samværsvurderingen viser Høyesterett til det samme rettslige utgangspunktene som fremgår av HR-2020-661-S. Utgangspunktet i samværsvurderingen er derfor at samværet må fastsettes konkret i hver sak og at hensynet til barnets beste skal i balanseringen være det overordnede hensynet. For barnet er det som utgangspunkt det beste å bo med sine foreldre og samværene må derfor fastsettes slik at det tilrettelegger for en gjenforening. Staten har herunder en positiv plikt for å tilrettelegge for samvær av god kvalitet og må foreta justeringer eller alternativer dersom samværene ikke fungerer tilfredsstillende. Som overordnet utgangspunkt skal omsorgsovertakelsen også anses som midlertidig, men uavhengig av utsiktene til gjenforening anses det likevel som en egenverdi for barnet å ha kontakt med sine biologiske foreldre.

Som en del av de rettslige utgangspunkter viser Høyesterett her til uttalelsene fra K.O. og

⁴³ HR-2020-661-S avsnitt 125

V.M.-dommen. Det fremgår at myndighetene ikke kan «fastsette samvær som utsetter barnet for en urimelig belastning – «undue hardship», jf. K.O. og V.M.-dommen avsnitt 69.»

Uttalelsen fra K.O. og V.M.-dommen blir i denne forbindelse anvendt som et argument for at EMD aksepterer å begrense samværet. Deretter trekkes det inn mer tradisjonelle argumenter, som «både barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgssituasjonen og foreldrenes manglende samværskompetanse kan etter en konkret vurdering derfor tilsi at samværet begrenses.»⁴⁴

Høyesterett viser også til uttalelsen om at gjenforening «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» og stiller spørsmål om dette skal forstås som et minstesamvær. Imidlertid ser Høyesterett denne uttalelsen i den kontekst den kom frem i, og at det ikke var en del av de rettslige utgangspunktene, men en del av den konkrete vurderingen. I denne forbindelsen om minstesamvær uttaler Høyesterett «at målsettingen om gjenforening forutsetter at det blir satt så mye samvær som det er mulig uten å tilsidesette hensynet til barnets beste.»⁴⁵ Med dette toner Høyesterett ned betydningen av uttalelsen om minstesamvær, i motsetning til «undue hardship». Det kan derfor forstås slik at Høyesterett med dette modererer samværene.

Deretter viser Høyesterett igjen til «undue hardship» ved at «det er grunn til å understreke at samvær mellom foreldre og barn ikke bare skal skje fordi det tilrettelegger for gjenforening. Selv om dette formålet må oppgis, vil samvær – med mindre det utsetter barnet for «undue hardship» - ha en egenverdi som det må tas betydelig hensyn til ved fastsettelsen».

Høyesterett understrekker også betydningen av «undue hardship» i oppsummeringen av de rettslige utgangspunktene ved at «samvær har dessuten en egenverdi uavhengig av utsiktene til gjenforening, men det må ikke utsette barnet for en urimelig belastning – «undue hardship». Bare der det foreligger spesielle og sterke grunner, kan formålet om gjenforening oppgis og samværet på det grunnlaget begrenses eller falle helt bort».⁴⁶

I den konkrete samværvurderingen kom Høyesterett enstemmig frem til at samværet skulle fastsettes til åtte ganger i året på to timer under tilsyn. Bakgrunnen for fastsettelsen var på

⁴⁴ HR-2020-661-S avsnitt 125

⁴⁵ HR-2020-662-S avsnitt 131-133

⁴⁶ HR-2020-662-S avsnitt 137 og 138

grunn av hensynet til barnets beste fordi barnet ble ansett som særlig sårbart, og at samværene ikke skulle bli så omfattende at barnet ble skadelidende. Imidlertid presiserte Høyesterett at samværet på åtte ganger var det som ble ansett som forsvarlig nå, men at barnevernet kan øke hyppigheten dersom dette anses forsvarlig og ikke utsetter barnet for en urimelig belastning.

5.3 HR-2020-663-S

Saken gjaldt de biologiske foreldrenes rett til samvær med datteren på åtte år.

Etter en sak for tingretten etter barnelova⁴⁷ fikk moren omsorgen over jenta, og faren fikk ikke samvær med datteren. Bakgrunnen til farens samværsnekt var på grunn av bekymringsmeldinger fra fengselet faren sonet i. Deretter begynte bekymringene å øke rundt morens mangelfulle omsorgsevne og jentas negative utvikling. På bakgrunn av disse bekymringene fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse da jenta bare var syv måneder gammel. Moren fikk da samvær med datteren på seks ganger i året på to timer under tilsyn, mens far fikk fremdeles ikke samvær med datteren.

I forbindelse med at fosterforeldrene sa opp oppdraget som fosterhjem begjærte både far og mor fylkesnemndas vedtak til overprøving for tingretten. Tingretten konkluderte med at fylkesnemndas vedtak skulle stadfestes, og foreldrene anket saken videre til lagmannsretten som ikke ga samtykke til å fremme anken. Saken kom deretter til Høyesterett og det ble besluttet at saken skulle behandles i storkammer. Begge foreldrene reiste anførsler om samvær og Høyesterett behandlet disse separat.

Høyesterett kom frem til at omsorgsovertakelsen var rettmessig og i samsvar med nødvendighetskravet i EMK art. 8 nr. 2. Herunder fordi beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen for omsorgsovertakelsen var tilstrekkelig. Spørsmålet var dermed først om begrensningen i morens samvær var i strid med retten til familieliv, og deretter det samme om farens samværsnektelse.

Som rettslig utgangspunkt viser Høyesterett til sin tidligere praksis i HR-2020-662-S. De rettslige utgangspunktene for samværsfastsettelsen er at «samvær må fastsettes konkret i hver sak. Ved vurderingen skal barnets beste være det overordnede hensyn. Som utgangspunkt er

⁴⁷ Barnelova av 8. april 1981 (bl.)

det barnets beste å bo sammen med sine foreldre. Målsettingen med samværene må derfor være å tilrettelegge for gjenforening. Samvær har dessuten en egenverdi uavhengig av utsiktene til gjenforening, men det må ikke utsette barnet for urimelig belastning - 'undue hardship'. Bare der det foreligger spesielle og sterke grunner, kan formålet om gjenforening oppgis og samværet på det grunnlag begrenses sterkt eller falle helt bort». ⁴⁸ Høyesterett presiserer her igjen at «myndighetene kan altså ikke fastsette et samvær som utsetter barnet for urimelig belastning». ⁴⁹

I morens konkrete samværsfastsettelse mener Høyesterett at tingrettens tidligere vurdering er for snever med at omsorgsovertakelsen ble ansett langvarig og henvisningen til Rt. 2012-1832 om samværets omfang. Da samværet skal være av midlertidig karakter, fastsettes etter en konkret vurdering, med krav til samværenes hyppighet og kvalitet slik at gjenforeningsmålsettingen er ivaretatt. Om dette uttaler Høyesterett at «dette formålet kan likevel ikke medføre at det fastsettes et samvær som er urimelig belastende for barnet. Hensynet til barnets behov for ro til å etablere seg i sin nye omsorgsbasis kan da – dersom hyppig samvær blir urimelig belastende – tilsa at samværet begrenses, i alle fall, når vi som her, er i en helt innledende fase». ⁵⁰ Til tross for tingrettens snevre utgangspunkt vektla de å finne samvær som ikke var urimelig belastende for barnet. Ettersom jenta hadde levd under store belastninger i en overveiende del av sitt liv og det har skjedd en negativ utvikling over tid kom Høyesterett frem til at tingrettens vurdering av morens samvær var i samsvar med intern norsk rett og EMK art. 8, og konkluderte med at anken skulle forkastes.

Den konkrete samværsvurderingen stiller seg noe annerledes for far da han ikke har hatt foreldreansvaret eller samvær med jenta siden hun var fire måneder. Dersom jenta blir tilbakeført, er det til moren. Dette tilsier at gjenforening ikke er målsettingen for fars sak. Etter norsk rettspraksis krever samværsnekt at det foreligger «spesielle og sterke grunner». ⁵¹ Høyesterett viser her til EMDs praksis om at «vernet etter EMK artikkel 8 ikke er absolutt, og at ikke-eksisterende eller svake familiebånd er mindre beskyttet enn et etablert familieliv». ⁵² Til tross for at målet om gjenforening ikke foreligger «vil samvær – med mindre det utsetter

⁴⁸ HR-2020-663-S avsnitt 141 og 142 med videre henvisning til HR-2020662-S avsnitt 137 og 138.

⁴⁹ HR-2020-663-S avsnitt 142

⁵⁰ HR-2020-663-S avsnitt 146

⁵¹ HR-2020-663-S avsnitt 160

⁵² HR-2020-663-S avsnitt 161.

barnet for «undue hardship» - ha en egenverdi som det må tas hensyn til ved fastsettelsen av samvær.»⁵³

Tingretten konkluderte med en samværsnekt på bakgrunn av at det forelå spesielle og sterke grunner som tilsa at det var til barnets beste at det «nå» ikke skulle være samvær. Høyesterett mente at tingretten hadde foretatt en tilstrekkelig avvenning av de motstridende hensyn. Det var her tale om et særlig sårbart barn «med et særskilt omsorgsbehov og en begynnende skjevutvikling» og med «et stort behov for en stabil omsorgssituasjon med ro, forutsigbarhet og trygge rammer. Også verdien for jenta til å opprettholde sine biologiske bånd ble vurdert, og senere konkludert med at jenta «for tiden trenger ro til å etablere seg i sitt nye fosterhjem». Jentas ønske om samvær med faren ble imidlertid av tingretten ikke drøftet videre. Dette fordi faren sonet en straffedom for seksuelle overgrep mot to barn under fjorten år og tingretten mente at jenta ikke skulle få informasjon om denne dommen før hun var gammel nok til å forstå innholdet i den. Jentas «ukritiske adferd og manglende grensesetting for egen kropp» sammenholdt farens straffedom vurderte tingretten til en risiko for skadevirkninger. Høyesterett stiller seg bak tingrettens vurdering om at jentas ønske ikke skal drøftes mer inngående og uttaler at «det dreier seg om en midlertidig utsettelse av samvær inntil jenta har falt til ro i sitt nye hjem og har nådd en alder da det er forsvarlig og hensiktsmessig å informere henne om farens straffedom».

Høyesterett mente at tingretten hadde foretatt en tilstrekkelig bred vurdering, herunder hvorfor barnet var særlig sårbart, hvorfor samværskompetansen til faren ikke var av betydning og hvorfor samværene nå ville være skadelig for barnet. «De ulike interessene er veid mot hverandre. Blant annet er det fremhevet at relasjonen mellom far og barn ville kunne bli skadelidende om samværet ble satt i gang nå.»⁵⁴ Høyesterett konkluderte derfor med at anken fra foreldrene skulle forkastes.

5.4 Oppsummering av Høyesterett i storkammer

Ut fra de tre sakene som ble behandlet av Høyesterett i storkammer erkjenner Høyesterett at den tradisjonelle rettspraksis, hva gjelder fastsettelsen av langvarige omsorgsovertakelser og

⁵³ HR-2020-663-S avsnitt 164 med videre henvisning til HR-2020-662-S avsnitt 135, med videre henvisning til Abdi ibrahim mot Norge avsnitt 57 (EMD-2016-15379)

⁵⁴ HR-2020-663-S avsnitt 175

en standardnormering av samværsomfanget hadde utviklet seg i en uheldig retning. For å være i samsvar med EMD går Høyesterett her bort fra det tradisjonelle og reiser istedet et krav om midlertidighet og mål om gjenforening. Dette samsvarer med det overordnede hensynet om barnets beste, da det beste for barnet vil være å vokse opp med sin biologiske familie. Hensynet til gjenforening og barnets beste tilsier derfor hyppige samvær av god kvalitet. Dette gjelder også der gjenforeningsmålsettingen er oppgitt da det blir ansett som en egenverdi for barnet å ha samvær med sine biologiske foreldre.

På den annen side tilsier imidlertid hensynet til barnets beste en begrensning i samværet. Nedenfor vil betydningen av EMDs «undue hardship» i Høyesteretts storkammer utforskes nærmere.

5.4.1 Nærmere om Høyesterett i storkammer om betydningen av EMDs «undue hardship»

Det følger av Strand-Lobben-dommen at hensynet til barnets beste er en tosidig vurdering. På den ene siden er det til beste for barnet å opprettholde familiebåndet med sin biologiske familie, med mindre de har vist seg å være «particularly unfit». På den annen side skal det ikke fastsettes samvær som kan «harm the child's health and development.»⁵⁵ Dette tilsier at EMD setter en begrensning for samvær som er egnet til å skade barnet.

I denne forbindelse trekker Høyesterett i HR-2020-662-S inn uttalelsen fra K.O. og V.M.-dommen om «undue hardship» ved at «myndighetene kan imidlertid ikke fastsette et samvær som utsetter barnet for urimelig belastning.»⁵⁶ Uttalelsen om urimelig belastning fremstår imidlertid her som en lavere terskel for å begrense samværet sett opp skadevilkåret om at samvær ikke skal «harm the child's health and development». Forståelsen av Høyesterett innebærer at dersom interessene i avveiningen mellom foreldrene og barnets beste er motstridende vil prinsippet om «urimelig belastning» gjør at barnets beste får en større betydning.

Det kan her reises spørsmål om hensikten med EMDs uttalelse i K.O. og V.M.-dommen om «undue hardship» var ment som et rettslig prinsipp slik Høyesterett har anvendt det.

⁵⁵ Strand Lobben og andre v. Norge (37283/13) avsnitt 208

⁵⁶ HR-2020-662-S avsnitt 129

Som tidligere nevnt var uttalelsen i K.O. og V.M.-dommen om «undue hardship» for det første en del av EMDs konkrete vurdering. Dette tilsier at hensikten til EMD ikke var at «undue hardship» skulle være en del av de rettslige utgangspunktene slik Høyesterett har forstått det. Høyesterett har med dette vektlagt uttalelsen mer enn det som var tilsiktet fra EMDs side.

For det andre må uttalelsen fra EMD settes i sin rette kontekst. Dette anerkjenner Høyesterett i forbindelse med uttalelsen om at gjenforeningsmålsettingen «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.»⁵⁷ Spørsmålet for Høyesterett i denne sammenheng var om EMD her mente å oppstille en minstestandard for gjenforeningsmålsettingen. Konsekvensen av et minstemål innebærer at norsk samværspraksis måtte ha endret seg mer radikalt enn det Høyesterett har gjort i de nevnte sakene. Dette fordi EMD har fremhevet som ytterste konsekvens at det ikke kan gå uker mellom samværene. I spørsmålet om minstemål uttaler Høyesterett at «det er gjort gjeldende at denne uttalelsen tyder på at det gjelder et minstenivå, der selv det å la det gå uker mellom hvert samvær blir for lenge. Jeg er enig i at det siterte isolert sett kan trekke i den retningen. Uttalelsen må imidlertid leses i den sammenhengen den fremkom. Den er ikke en del av rettens redegjørelse for de generelle rettslige prinsippene, men en del av den konkrete vurderingen i saken.»⁵⁸ Med dette legger Høyesterett til grunn at EMDs gjenforeningsprinsipp ikke mente å oppstille en minstestandard for samværsomfanget på bakgrunn av den kontekst uttalelsen fremkom.

Spørsmålet er om EMD mente det samme hva gjelder «undue hardship» dersom uttalelsen blir satt i sin rette kontekst.

Ut fra de barnevernssakene som har vært oppe for EMD er K.O. og V.M.-dommen den første saken som anvender begrepet «undue hardship». EMD har imidlertid anvendt lignende begreper som ligger tett på en skadeklausul. Av flere saker kan S.J.P og E.S v. Sverige og Gnahoré v. Frankrike tjene som illustrerende eksempel. I den førstnevnte saken uttalte EMD

⁵⁷ K.O. og V.M. mot Norge avsnitt 69

⁵⁸ HR-2020-662-S avsnitt 131 og 132

at svenske myndigheter hadde tatt tilstrekkelig hensyn til foreldrene, samtidig som de hadde sikret at barnas «well-being was not put at risk.»⁵⁹ I den andre saken fant EMD det forståelig at franske myndigheter hadde vært tilbakeholden med å utsette barnet for samvær «which he would find disturbing.»⁶⁰ Dette taler for at uttalelsen om «undue hardship» i den konkrete saken var ment som et obiter dictum.

Ettersom «undue hardship» i K.O. og V.M.-dommen var en del av den konkrete vurderingen og et begrep EMD ikke hadde anvendt i tidligere saker, tilsier det at det neppe var hensikten til EMD å oppstille «undue hardship» som et rettslig prinsipp slik Høyesterett har forstått det.

Spørsmålet er om dette har endret seg i ettertid. Det som tilsier at det har endret seg er som tidligere nevnt at EMD selv har gjentatt uttalelsen om «undue hardship» i M.L.-dommen, etter K.O. og V.M.-dommen og storkammersakene fra Høyesterett.

⁵⁹ S.J.P og E.S v. Sverige (8610/11) avsnitt 119

⁶⁰ Gnahoré v. Frankrike (40031/98) avsnitt 62.

6 Anerkjenner EMD «undue hardship» som et rettslig prinsipp?

Som tidligere nevnt avsa EMD saken M.L. mot Norge etter storkammersakene i Høyesterett. I denne saken gjentar EMD uttalelsen fra K.O. og V.M.-dommen med «It is crucial that the contact regime, without exposing the child to any undue hardship, effectively supports the goal of reunification until – after careful consideration, and taking account of the authorities’ positive duty to take measures to facilitate family reunification – the authorities are justified in concluding that the ultimate aim of reunification is no longer compatible with the best interests of the child. Family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session (see *K.O. and V.M. v. Norway*, cited above § 69).”⁶¹

Den store forskjellen mellom K.O. og V.M.-dommen og M.L. mot Norge-dommen er at EMD nå anvender «undue hardship» som en del av de rettslige utgangspunktene og ikke bare som del i den konkrete vurderingen. Ettersom EMD viser tilbake til uttalelsen «undue hardship» i K.O. og V.M.-dommen etter storkammersakene i Høyesterett virker det også som at det er form for vekselsutvikling mellom EMD og Høyesterett. Det at EMD nå anvender «undue hardship» som en del av de rettslige utgangspunkter for samværsfastsettelsen tilsier følgelig at det får mer vekt og betydning for senere rettspraksis. Dette taler for at EMD har anerkjent «urimelig belastning» som et rettslig prinsipp.

Imidlertid venter en ny sak, Abdi Ibrahim v. Norge, på behandling i EMDs storkammer og denne saken kan bidra til å avklare om EMD har anerkjent «undue hardship» som rettslig prinsipp.

⁶¹ M.L. mot Norge avsnitt 79

7 Nyere nasjonal rettspraksis

7.1 Innledning

Etter at EMD i M.L-dommen gjentok «undue hardship» som en del av rettsutredningen, behandlet Høyesterett på nytt tre barnevernssaker hvor de tok for seg «undue hardship» og utviklet det videre. Den 2. mars 2021 behandlet Høyesterett sakene HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A. Det vil nedunder gjøres rede for disse sakene.

7.2 HR-2021-474-A

Saksforholdet gjelder samværsfastsettelse mellom en jente på seks og et halvt år og hennes biologiske foreldre. Kommunen overtok omsorgen for jenta allerede da hun var syv måneder, og hadde ved behandlingen i Høyesterett bodd seks år i fosterhjem. Fylkesnemnda fastsatte samværet mellom jenta og hennes biologiske foreldre til tre ganger i året på to timer.

Foreldrene anket fylkesnemndas vedtak til tingretten som fastsatte samværet til fire ganger per år på to timer. Deretter anket foreldrene tingrettens dom videre inn til lagmannsretten som gikk tilbake til det fastsatte samværet av fylkesnemnda til tre ganger i året på to timer. Saken ble deretter anket videre til Høyesterett hvor den ble tatt opp til behandling.

Før Høyesterett går inn i den konkrete vurderingen starter Høyesterett med å se hen til de generelle rettslige utgangspunkter som gjelder for samværsfastsettelse. Utgangspunktet for vurderingen er målet om gjenforening som tilsier at det skal fastsettes så mye samvær at det ikke tilsidesetter hensynet til barnets beste. Samværet må samtidig «ikke fastsettes slik at det utsetter barnet for en urimelig belastning.»⁶² Om urimelig belastning uttaler Høyesterett at «uttrykket «urimelig belastning» - «undue hardship» - ikke betyr at samværsomfanget skal legges nært opp til denne grensen, jf. HR-2020-1967-A avsnitt 61 og HR-2020-2081-A avsnitt 74. Dette har sammenheng med at det under ingen omstendighet kan gis et samvær som vil skade barnets helse eller utvikling, jf. Strand Lobben-dommen (EMD-2013-37-283-2) avsnitt 207.» og videre herunder at «det er grunn til å presisere at det ikke er en nødvendig motsetning mellom begrenset samvær i en periode og gjenforening, når gjenforening ikke er

⁶² HR-2021-474-A avsnitt 43 og 44 med videre henvisning til HR-2020-662-S med videre henvisning til K.O. og V.M.-dommen.

realistisk på kort sikt. Samværene kan trappes opp når det er forsvarlig av hensyn til barnet». Høyesterett trekker deretter frem noen forhold fra rettspraksis som er av særlig betydning for samværsfastsettelsen. Først må det skilles mellom saker der gjenforeningsmålsettingen fremdeles står ved lag og der gjenforening ikke lenger lar seg gjøre. Men det vil imidlertid mellom dem være en glidende overgang og det vil være avhengig av hvordan forholdene utvikler seg. Til tross for at det gis et begrenset samvær nå innebærer ikke det nødvendigvis at gjenforeningsmålsettingen er oppgitt. Deretter må det skilles mellom hva som er til «barnets beste på kort og lang sikt. Hensynet til barnets beste kan gjøre at samværet må begrenses ut fra situasjonen her og nå, selv om den langsiktige målsettingen er tilbakeføring». Og sist dersom målet om gjenforening er oppgitt vil likevel en opprettholdelse av familieband ha en egenverdi.⁶³

Ettersom det ved samværsfastsettelsen er tale om en bred vurdering viser Høyesterett her til tidligere rettspraksis og gjør rede for de momenter som er av betydning for helhetsvurderingen. Et viktig moment er barnets sårbarhet, behov og tilknytning. Det må også understrekes at barnets eget syn og mening blir i denne saken fremhevet som et moment av stor betydning. I denne forbindelse viser Høyesterett til Forandringsfabrikkens rapport som ble utgitt i 2021 og inneholder uttalelser fra 100 barn som har vært under barnevernets omsorg. Andre momenter av betydning er foreldrenes funksjon og utvikling. Videre om foreldrene lar seg veilede, om det er god kvalitet på samværene og at det ikke er sterk konflikt mellom fosterfamilien og den biologiske familien slik at sistnevnte evner å samarbeide og skjerme barnet fra konflikter og lojalitetspress. Det vil også være viktig at barnet får en trygg og god relasjon til fosterfamilien og at belastningen på fosterhjemmet ikke blir for stor. Sist uttaler Høyesterett at et viktig moment er om det er tale om en kortvarig eller langvarig plassering.⁶⁴

I den konkrete samværsfastsettelsen kom Høyesterett frem til at gjenforeningsmålet ikke var oppgitt, men at en tilbakeføring likevel ikke var realistisk på kort sikt. Bakgrunnen var foreldrenes manglende evne til veiledning, jentas utrygghet under samværene, jentas egne uttalelser om at hun synes samværsordningen som var fungerte fint og at hun hadde bodd i

⁶³ HR-2021-474-A avsnitt 45 til 50

⁶⁴ HR-2021-474-A avsnitt 52 til 58

fosterhjemmet i snart seks år. Høyesterett konkluderte derfor med et samvær seks ganger i året på to timer under tilsyn.

7.3 HR-2021-475-A

Saken gjaldt fastsettelse av samvær mellom to barn på syv og elleve år og deres biologiske foreldre etter en omsorgsovertakelse. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var basert på en rekke bekymringsmeldinger fra ulike instanser vedrørende fars alkoholmisbruk, vold i hjemmet og barnas utvikling. Etter en rettslig prosess fastsatte fylkesnemnda samværet til seks ganger i året på tre timer under tilsyn. Vedtaket ble videre klaget inn til tingretten som stadfestet fylkesnemndas vedtak. Foreldrene klaget deretter til lagmannsretten som reduserte samværet til fire ganger i året på tre timer. Sist anket foreldrene til Høyesterett som godtok behandlingen av saken i sammenheng med HR-2021-474-A og HR-2021-476-A.

Denne konkrete saken viser i stor grad til den tidligere HR-2021-474-A og bygger videre på denne. Det som imidlertid skiller denne saken fra den forrige er den sentrale vurderingen av minoritetskultur. Foreldrene mente at barna hadde rett til å ivareta sin tamilske identitet etter BK art. 30, art. 20 nr. 3 og bvl. § 4-15 første ledd og at dette ikke ble overholdt med et så begrenset samvær.

Hva gjelder de rettslige utgangspunktene for fastsettelse av samvær og samværets omfang viser Høyesterett til den tidligere presiseringen i HR-2021-474-A. I de tilfellene hensynet til barnets beste og foreldrenes interesser er motstridende må det skje en balansert avveining. Høyesterett uttaler at det i denne «avveiningen skal hensynet til å nå målet om gjenforening gjennom hyppige samvær veie tungt, men samtidig kan samværsomfanget ikke fastsettes slik at barnet utsettes for urimelige belastninger, verken på kort eller lang sikt. Samværene kan heller ikke fastsettes slik at det vil skade barnets helse eller utvikling. Den endelige samværløsningen skal, etter de ulike hensynene er vurdert og avveid være i samsvar med barnets beste». Høyesterett skiller her på ulike utfordringer med samværskvaliteten med «urimelig belastning på kort og lang sikt og skade barnets helse og utvikling».⁶⁵ Deretter viser Høyesterett til førstevoterende tidligere uttalelser i HR-2021-474-A hva gjelder relevante momenter som inngår i vurderingen.

⁶⁵ HR-2021-475-A avsnitt 38

Hva gjelder barnas identitet uttaler Høyesterett at «ved fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse må barnets kulturelle rettigheter ut fra dette respekteres og sikres så langt det er i samsvar med barnets beste og ikke kommer i konflikt med barnets grunnleggende rett til forsvarlig omsorg og beskyttelse.»⁶⁶ Ved valg av tiltak og fastsettelse av samvær etter en omsorgsovertakelse må derfor barnets kulturelle rettigheter ut fra dette respekteres og sikres. Det må derfor foretas en løpende vurdering av om det skal settes inn andre bevarende tiltak som er egnet til å ivareta dette hensynet.

I den konkrete samværsfastsettelsen kom Høyesterett frem til at gjenforeningsmålsettingen ikke var oppgitt, men at tilbakeføring likevel ikke var realistisk i nærmeste fremtid. Den elleve år gamle gutten ble ansett som særlig sårbar og den syv år gamle jenta hadde noen sårbarhetsfaktorer. I vurderingen så Høyesterett hen til barnas egen mening om samværene hvor gutten ga uttrykk for at han ønsket å opprettholde samværsordningen mens jenta hadde ingen formening om omfanget men uttalte samværene som kjedelige og ikke morsomme. Høyesterett vektla barnas mening om samvær og konkluderte med et samvær på fem ganger i året på tre timer under tilsyn. Omfanget begrunnes av Høyesterett med at det fastsatte samværet ikke vil utsette barna for en urimelig belastning.

7.4 HR-2021-476-A

Saksforholdet gjelder fastsettelse av samvær mellom en far og hans fire barn på en alder mellom fem til ti år etter en omsorgsovertakelse. Fylkesnemnda fattet vedtak om omsorgsovertakelse på bakgrunn av en rekke bekymringsmeldinger vedrørende foreldrenes voldsutøvelse, manglede omsorgsevne og barnevernets mislykkede forsøk på hjelpetiltak. Fylkesnemnda fastsatte samværet til fire ganger i året på mellom tre og fire timer. Faren klaget vedtaket inn til tingretten som stadfestet fylkesnemndas vedtak. Deretter anket han videre til lagmannsretten som forkastet anken og sist til Høyesterett som tok saken inn til behandling.

Høyesterett viste til tidligere rettspraksis hva gjelder de rettslige utgangspunktene om samværsfastsettelse jf. HR-2021-474- A. Også her har barna en annen kultur og Høyesterett

⁶⁶ HR-2021-475-A avsnitt 46

viser her til den vurdering som må foretas av barn med minoritetskultur etter HR-2021-475-A.

Ettersom barna ble ansett som sårbare, sammenholdt med fars mangelfulle samværskompetanse, at barna selv synes at samværet som var nå var «passelig» og at samværene ikke skulle utsette dem for en urimelig belastning konkluderte Høyesterett med et samvær på seks ganger i året med en varighet mellom to og fire timer for de yngste barna og et samvær på fire ganger i året med en varighet på fire timer med de to eldste barna. Dette ble ansett som egnet til å ivareta gjenforeningsmålsettingen på den ene siden og ikke utsette barna for en urimelig belastning på den annen side.

8 Oppsummering og refleksjoner rundt den nyere nasjonale rettspraksis

8.1 Hvordan står «urimelig belastning» i forhold til gjenforeningsformålet og hensynet til barnets beste

Etter den nyere rettspraksis viser Høyesterett til at det er bred enighet om at hensynet til barnets beste skal være av overordnet betydning i samværsvurderingene. Dette følger som tidligere nevnt fra BK art. 3 nr. 1, Grl. § 104 annet ledd, bvl. § 4-1 og EMDs praksis jf. «paramount importance».

Videre understreker Høyesterett viktigheten av målet om gjenforening og at det skal fastsettes så mye samvær som mulig uten at det tilsidesetter hensynet til barnets beste.

Gjenforeningsformålet innebærer et mål om at barnet skal tilbakeføres sin biologiske og dette anses som utgangspunkt til barnets beste. Gjenforeningsmålsettingen oppfyller både barnets og foreldrenes rett til familieliv og er forenelig med EMD. Der gjenforeningsmålet enda ligger fast skal omsorgsovertakelsen som utgangspunkt være av midlertidig karakter og det stilles krav til samværenes kvalitet og hyppighet.⁶⁷

Ettersom samværsvurderingen må foretas konkret har ikke Høyesterett fastsatt et generelt minstesamvær men uttaler likevel at «et så begrenset samvær som tre til seks ganger i året er i utgangspunktet ikke egnet til å ivareta målet om å legge til rette for å styrke og utvikle båndene mellom foreldre og barn.»⁶⁸ Der gjenforeningsformålet er oppgitt «har det en egenverdi å bevare familieband dersom dette ikke er til skade for barnet.»⁶⁹ Dette innebærer at «i noen saker kan det være til barnets beste å ha omfattende samvær med foreldrene også om gjenforeningsmålet er oppgitt.»⁷⁰ Gjenforeningsformålet tilsier også mer samvær dersom barnet er et minoritetsbarn fordi barnets kulturelle rettigheter må respekteres og sikres, men likevel ikke slik at det i konflikt med hensynet til barnets beste.⁷¹

⁶⁷ HR-2021-474-A

⁶⁸ HR-2021-474-A

⁶⁹ HR-2021-474-A

⁷⁰ HR-2021-474-A

⁷¹ HR-2021-475-A avsnitt

Selv om gjenforeningsformålet er utgangspunktet skal likevel hensynet til barnets beste komme foran dersom barnets og foreldrenes interesser er motstridende. Høyesterett viser her til tidligere rettspraksis og uttaler i denne forbindelse at samværet ikke må fastsettes slik at det utsetter barnet for en «urimelig belastning».⁷²

Etter den nyere rettspraksis blir «urimelig belastning» imidlertid videreutviklet. Høyesterett uttaler her at «uttrykket «urimelig belastning» - «undue hardship» - ikke betyr at samværsomfanget skal legges nært opp til denne grensen, jf. HR-2020-1967-A avsnitt 61 og HR-2020-2081-A avsnitt 74. Dette har sammenheng med at det under ingen omstendighet kan gis et samvær som vil skade barnets helse eller utvikling, jf. Strand Lobben-dommen (EMD-2013-37283-2) avsnitt 207. Det er grunn til å presisere at det ikke er en nødvendig motsetning mellom begrenset samvær i en periode og gjenforening, når gjenforening ikke er realistisk på kort sikt. Samværene kan trappes opp når det er forsvarlig av hensynet til barnet.»⁷³

Med dette holder Høyesterett fast på gjenforeningsformålet, men at samværsfastsettelsen må ta høyde for om det er tale om gjenforening på kort og lang sikt. Videre skiller Høyesterett mellom de tilfellene når barnet utsettes for en skade og en urimelig belastning. Det kan her reises spørsmål om Høyesterett med dette i realiteten går tilbake til sin tradisjonelle samværspraksis, ved å bruke som prinsipp at barnet ikke skal utsettes for urimelig belastning som en modererende faktor for samværsomfanget.

I de tre sakene HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A konkluderte Høyesterett med at gjenforeningsformålet ikke var oppgitt fordi samværene ikke utsatte barnene for en skade. Likevel ble det fastsatt et samvær i HR-2021-474-A på seks ganger i året, i HR-2021-475-A fem ganger i året for begge barna og i HR-2021-476-A fire ganger i året for to eldste av barna og seks ganger i året for de to andre. Til tross for at gjenforeningsformålet i alle de tre sakene ikke var oppgitt ble det likevel fastsatt et samvær mellom fire og seks ganger i året som følge av utfordringer med samværene.

Høyesterett har som tidligere nevnt at et samvær på mellom «tre til seks ganger i året» ikke

⁷² HR-2021-474-A avsnitt 44 med videre henvisning til HR-2020-662-S avsnitt 129

⁷³ HR-2021-474-A avsnitt 45

egnet til å styrke og utvikle båndene mellom barn og foreldre slik at det ikke er forenelig med gjenforeningsmålsettingen. Samværene som ble fastsatt i den nyere rettspraksis er derfor ikke egnet til å ivareta målet om gjenforening. Ettersom gjenforeningsformålet likevel var ivaretatt i alle sakene taler dette for at Høyesterett anvender «urimelig belastning» som en modererende faktor for samværsomfanget.

Høyesteretts anvendelse av «urimelig belastning» tilsier at hensynet til barnets beste slår inn på et tidligere tidspunkt enn etter den tradisjonelle praktiseringen til EMD. Kritikken fra EMDs praksis omhandlet jo nettopp at den norske samværsfastsettelsen hadde tatt for lite hensyn til foreldrene i samværsvurderingen. Det at gjenforeningsmålsettingen må ta hensyn til at barnet ikke skal utsettes for et urimelig belastende samvær tilsier at Høyesterett setter barnets beste høyere enn EMDs tradisjonelle rettspraksis. Herunder synes terskelen for å begrense samværet å være overskredet når samværet nærmer seg en urimelig belastning og ikke bare når barnet utsettes for en skade. Det synes derfor å være en bedre harmoni mellom BK. Art. 9 nr. 3, BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 enn EMDs praksis. Spørsmålet er imidlertid om EMD selv anerkjenner «urimelig belastning» / «undue hardship» som et rettslig prinsipp.

8.2 Hvordan vil EMDs gjenforeningsformål og spørsmålet om «urimelig belastning» stå seg opp mot barnets medvirkningsrett

Etter den nyere rettspraksis fremhever Høyesterett viktigheten av barnets medvirkningsrett. I denne forbindelse viser Høyesterett blant annet til forandringsfabrikkens rapport «det handler om oss – 100 barn 7-18 om samvær i barnevernet».⁷⁴ Det kan her reises spørsmål om hvordan EMDs gjenforeningsformål og spørsmålet om «urimelig belastning» vil stå i forhold til barnets medbestemmelsesrett.

Høyesterett uttaler at «barnets egen mening» vil være helt sentral for å finne ut hvilket samvær som er til barnets beste. I denne forbindelse vises det til barnas uttalelser i Forandringsfabrikkens rapport om viktigheten av at barna «gis riktig informasjon, får uttale seg fritt og blir lyttet til, og at deres rett til privatliv respekteres.»⁷⁵ Av rapporten fremgår det

⁷⁴ HR-2021-474 avsnitt 57

⁷⁵ HR-2021-474-A avsnitt 57

blant annet at 60% av de 100 barna ikke hadde fått være med å bestemme hvor ofte samværet skulle være, 84% har ikke fått vite hvorfor samværet ble som det ble og 65% har ikke fått være med på å bestemme hva de skal gjøre på samværet.⁷⁶ Dette taler for at flesteparten av barna ikke får den tilstrekkelige informasjonen og trygghet som må til for at barnet kan gjøre opp sin egen mening.

Ettersom barnet selv er nærmest til å vurdere når samværene utsetter det for en urimelig belastning kan tilstrekkelig informasjon og medvirkning redusere sjansen for at denne terskelen overskrides. Dette fordi barnet gjerne opplever det som mindre belastende dersom det blant annet er tilsyn under samværene, at samværene finner sted på en annen lokasjon, at barnet får være med på å bestemme hva de skal gjøre under samværene eller at fosterforeldrene er med. Det at samværene skjer på barnets premisser vil bidra til å styrke og utvikle båndene mellom barnet og foreldrene slik at det igjen styrker målet om gjenforening.

På den annen side kan barnets medbestemmelsesrett representere en ytterligere modererende faktor i samværsfastsettelsen og gjenforeningsmålsettingen. Ettersom den nyere rettspraksis setter hensynet til barnets beste fremfor gjenforeningsmålsettingen, og barnets medvirkningsrett står i forbindelse med hva som er til barnets beste vil barnets uttalelser kunne representere en ytterligere begrensning i samværsfastsettelsen. Det at Høyesterett understreker viktigheten av barnets medbestemmelsesrett taler for at vurderingene tar større hensyn til barnets beste enn det EMDs tradisjonelle rettspraksis tilsier.

Spørsmålet er deretter hvordan «urimelig belastning» står i forhold til barnets medvirkningsrett.

Ut fra Forandringsfabrikkens rapport uttaler barna at det også «noen ganger kan være vanskelig å si sin mening.»⁷⁷ Dette reiser spørsmål om barnets medvirkningsrett i seg selv kan utgjøre en urimelig belastning for barnet. Grunnlaget for en omsorgsovertakelse vil i utgangspunktet være at barnet har opplevd en belastende omsorgssituasjon og barnet vil derfor ha behov for ro og mulighet til å reetablere seg hos fosterforeldrene. Flere av barna har også bodd hos fosterforeldrene i flere år og har på denne bakgrunn knyttet tette bånd til dem.

⁷⁶ «100 barn 7-18 år om samvær i barnevernet – det handler om oss», rapport fra forandringsfabrikkens kunnskapssenter, Januar 2021.

⁷⁷ HR-2021-474-A avsnitt 58

Dersom fosterforeldrene og foreldrenes interesser er motstridende kan det at barnets medvirkningsrett skal ha avgjørende vekt sette barnet i en ubehagelig lojalitetskonflikt. At barnet ofte blir konfrontert med et samværsspørsmål kan også gjøre at det til slutt «gir etter» slik at det i realiteten ikke er i samsvar med barnets mening.

For at barnets mening skal komme tydeligere frem bør det derfor tilrettelegges slik at medvirkningsretten i seg selv ikke utsetter barnet for en urimelig belastning. Det bør derfor foretas en jevnlig forsvarlighetsvurdering av om barnets medvirkningsrett i den konkrete situasjonen er til barnets beste. Dersom det er forsvarlig, vil barnets medvirkningsrett kunne innebære en ny modifikasjon i samværsomfanget. Det er imidlertid avhengig av hva barnet mener men barnets uttalelser kan imidlertid bidra til at samværet både økes eller reduseres alt etter hva barnet selv opplever som urimelig belastende.

9 Avsluttende kommentarer

Etter den tradisjonelle forståelsen fra EMD skal samværet fastsettes i et omfang som er egnet til å ivareta det overordnede målet om gjenforening. Hensynet til barnets beste tilsier at det beste for barnet er å vokse opp med sin biologiske familie. Ved motstrid mellom barnet og foreldrenes interesser begrenses samværet dersom det utsetter barnet for en skade. Med andre ord vil et samvær som utsetter barnet for en skade ikke være forenlig med hensynet til barnets beste. Dette tilsier at EMDs tradisjonelle samværsfastsettelse setter en høy terskel for når samværet kan begrenses.

Hvis prinsippet om urimelig belastning anerkjennes av EMD tilsier Høyesteretts forståelse av dette i HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A en lavere terskel for at samværet kan begrenses, og dermed et bedre vern for barnet. Selv om prinsippet om urimelig belastning innebærer at barnet må tåle en belastning, vil det likevel harmonere bedre med BK. Art. 9 nr. 3, BK. Art 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd.

Selv om den siste dommen, M.L. mot Norge, fra EMD tilsier at urimelig belastning anerkjennes som et rettslig prinsipp, vil de gjenstående sakene som er til behandling hos EMD sannsynligvis avklare det.

I forbindelse med samværsfastsettelsen understreker også Høyesterett viktigheten av barnets medvirkningsrett. Viktigheten av barnets medvirkningsrett i forbindelse med hensynet til barnets beste har medført at stortingskomiteen den 05. mai 2021 har fremmet et nytt lovforslag om § 1-3 som skal lyde at «barnets mening er et sentralt moment i vurderingen av barnets beste».⁷⁸ Lovforslaget er nå til lovbehandling i Stortinget.

⁷⁸ Innst 625 L (2020-2021) punkt 2.4 «medvirkning og barns rettigheter» § 1-3

Litteraturliste

Norske lover

Grunnloven. Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Barnevernloven. Lov om barnevernstjenester av 17. juli 1992 nr. 100

Barnelova. Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7

Menneskerettsloven. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), The European Convention of Human rights, Roma 4. November 1950.

Barnekonvensjonen (BK), UN convention on the Rights of the Child, General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989

Forarbeider og offentlige dokumenter

Ot.prp.nr.45 (2002-2003), *om lov i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)*

Ot.prp.nr.76 (2005-2006), *om endringer i barnevernsloven og sosialtjenesteloven mv.*

NOU 2009:21, *Adopsjon – til barnets beste. En utredning om de mange ulike sidene ved adopsjon*

Prop.106 L (2012-2013), *endringer i barnevernsloven*

NOU 2016:16, *Ny barnevernslov. Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse*

Prop.169 L (2016-2017), *endringer i barnevernsloven mv.*

Innst. 652 L (2020-2021)

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

FN's barnekomitee

General Comment No. 12 (2009), *The right of the child to be heard* (UN doc. CRC/C/GC/12)

General Comment No. 14 (2013), *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (UN doc. CRC/C/CG/14)

Høyesterettspraksis

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1998 s. 787

Rt. 2006 s. 1672

Rt. 2012 s. 1832

HR-2019-788-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-1788-A

HR-2020-1789-A

HR-2020-1967-A

HR-2020-2081-A

HR-2021-610-U

HR-2021-474-A

HR-2021-475-A

HR-2021-476-A

Underrettspraksis

LB-2020-47210

Rettsavgjørelser fra EMD

Strand Lobben mfl. Mot Norge – Case of Strand Lobben and others v. Norway, Application no. 37283/13, 10. september 2019

K.O. og V.M. mot Norge – Case of K.O. and V.M. v. Norway, Application no. 64808/16, 19 November 2019

M.L. mot Norge – Case of M.L. v. Norway, Application no. 64639/16, 22. December 2020

Gnahoré mot Frankrike – Case of Gnahoré v. France, Application no. 40031/98, 19. september 2000

S.J.P. og E.S. mot Sveirge – Case of S.J.P. and E.S. v. Sweden, application no. 8610/11, 28. november 2018

Abdi Ibrahim mot Norge – Case of Abdi Ibrahim v. Norway, Application no. 15379/16, 10. mars 2020

Jansen mot Norge – Case of Jansen v. Norway, Application no. 2822/16, 6. September 2018

Juridisk litteratur, artikler, rapporter og annet

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4 utg., Fagbokforlaget 2015

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak, *Velferdsrett 1 - grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Gyldendal 2014

Haugli, Trude og Havik, Toril, *Samvær i barnevernssaker*, universitetsforlaget 2010

Gording Stang, Elisabeth og Baugerud Gunn-Astrid, *Samvær etter omsorgsovertakelse – en barnefaglig og juridisk utredning*, OsloMet rapport 2018 nr. 10.

Kolsrud, Kjetil «*barn i barnevernet får ikke snakket fritt om foreldrene*», Rett24 20. januar 2021. <https://rett24.no/articles/barnevernsbarn-far-ikke-snakket-fritt-om-foreldrene>

Norges institusjon for menneskerettigheter, «*hvorfor dømmes Norge i EMD? En statusrapport om barnevernsfeltet*», 21. desember 202 <https://www.nhri.no/rapport/barnevern/>

Forandringsfabrikkens Kunnskapssenter «*det handler om oss – 100 barn 7-18 år om samvær i barnevernet*» utgitt 2021.

Bejer Engh, Inga fra barneombudet debattartikkel fra dagbladet «*Hvor mye skal et barn tåle?*» 21. desember 2020 <https://www.dagbladet.no/meninger/hvor-mye-skal-et-barn-tale/73194683>

Gerdts-Andresen, Tina, Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse, kritisk juss årgang 46 nr. 2, 5. februar 2020

Reinertsen, Marianne «§ 39 Barnevernssakene – hvorfor bryter Norge menneskerettighetene? Del 1 og 2», jusspodden, 15.04.2021, 02.04.2021