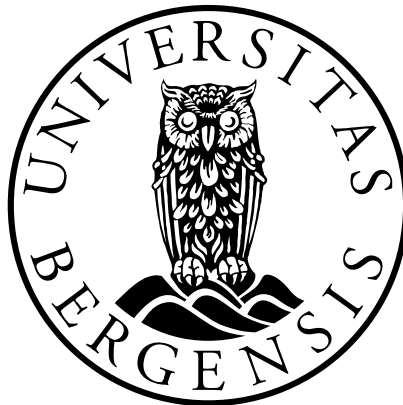


Fastsettelse av samvær etter vedtak om omsorgsovertakelse

Hvorvidt har det skjedd endringer i norsk rettspraksis ved samværsfastsettelse etter flere domfellelser i EMD?

Kandidatnummer: 84

Antall ord: 14 565



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Bakgrunn.....	4
1.3 Reparering ved brudd på menneskerettighetene.....	5
1.4 Avgrensninger.....	5
2 Rettslige utgangspunkter.....	7
2.1 EMK artikkel 8.....	7
2.2 Barnevernloven § 4-19.....	8
2.2.1 Innledning.....	8
2.2.2 Saksgangen ved samværsfastsettelse.....	8
2.2.3 Unntak fra hovedregelen.....	9
3 Bærende hensyn og prinsipp ved samværsfastsettelse.....	11
3.1 Barnets beste.....	11
3.1.1 Generelt om hensynet.....	11
3.1.2 Hensynet til barnets beste i den nye barnevernloven.....	12
3.2 Det biologiske prinsipp.....	12
3.2.1 Generelt om prinsippet.....	12
3.2.2 Det biologiske prinsipp i den nye barnevernloven.....	13
3.3 Barnets rett til medvirkning.....	14
3.4 Det mildeste inngreps prinsipp.....	14
4 Samværsfastsettelse i tidligere rettspraksis.....	16
4.1 Innledning.....	16
4.2 Formålet med samværet.....	16
4.3 Sentrale momenter i begrunnelsen.....	17
4.3.1 Barnets sårbarhet, og behovet for en stabil og forutsigbar hverdag.....	17
4.3.2 Omsorgsovertakelsens antatte varighet.....	18
4.4 Samværets omfang ved langtidsplasseringer.....	19
4.5 Oppsummert.....	20
5 Kritikken fra EMD.....	21
5.1 Innledning.....	21

5.2	Samværets formål	21
5.2.1	Gjenforeningsmålsetting	21
5.2.2	Vilkår for oppgivelse av gjenforeningsmålsettingen	22
5.3	Beslutningsgrunnlaget.....	23
5.4	Begrunnelsen.....	25
5.4.1	Kravet til en balansert avveining	25
5.4.2	Begrunnelsen for barnets sårbarhet.....	26
5.5	Oppsummert.....	27
6	Samværsfastsettelse i norsk rettspraksis etter domfellelsene i EMD.....	28
6.1	Innledning	28
6.2	HR-2020-661-S.....	28
6.2.1	Generelt.....	28
6.2.2	Gjenforeningsmålsettingen	29
6.2.3	Kravet som stilles til beslutningsgrunnlaget	29
6.2.4	Kravene som stilles til begrunnelsen	30
6.2.5	Oppsummert.....	31
6.3	HR-2020-662-S.....	31
6.3.1	Generelt.....	31
6.3.2	Gjenforeningsmålsettingen	32
6.3.3	Beslutningsgrunnlaget.....	33
6.3.4	Begrunnelsen.....	33
6.3.5	Oppsummert.....	35
6.4	HR-2021-474-A	35
6.4.1	Generelt.....	35
6.4.2	Gjenforeningsmålsettingen	35
6.4.3	Begrunnelsen.....	36
6.4.4	Oppsummert.....	37
6.5	HR-2021-475-A	37
6.5.1	Generelt.....	37
6.5.2	Gjenforeningsmålsettingen	38
6.5.3	Begrunnelsen.....	38
6.5.4	Avveiningen av de ulike interessene.....	39
6.5.5	Oppsummert.....	40

6.6	HR-2021-476-A	40
6.6.1	Generelt.....	40
6.6.2	Gjenforeningsmålsetting	40
6.6.3	Begrunnelsen.....	41
6.6.4	Avveiningen av de ulike interessene.....	42
6.6.5	Oppsummert.....	43
7	Konsekvensene av Høyesteretts nye retningslinjer.....	44
7.1	Innledning	44
7.2	Opphevelse på grunn av mangler ved beslutningsgrunlaget.....	44
7.2.1	HR-2020-1962-U	44
7.2.2	HR-2020-916-U	45
7.3	Opphevelse på grunn av mangler ved begrunnelsen.....	46
7.3.1	HR-2020-1418-U	46
7.3.2	HR-2020-998-U	47
7.4	Har lagmannsrettene rettet seg etter praksis fra Høyesterett?.....	48
8	Konklusjon.....	50
8.1	Hvorvidt har norsk rettspraksis endret seg ved samværsfastsettelse etter domfellelsene i EMD?	50
	Litteraturliste.....	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven behandler samværsfastsettelse mellom et barn og dets biologiske foreldre, etter at det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse. Problemstillingen som reises er hvorvidt det har skjedd endringer ved fastsettelsen av samvær i norsk rett, etter flere domfellelser i Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) siden høsten 2019.

For å besvare problemstillingen redegjøres det i kapittel én til tre for de rettslige utgangspunktene, samt de bærende hensynene og prinsippene ved samværsfastsettelsen i norsk rett. Kapittel fire inneholder analyser av hvordan samværsfastsettelsen ble vurdert i rettspraksis forut for domfellelsene i EMD. Deretter omhandler kapittel fem analyser av hvorfor EMD har domfelt Norge flere ganger for å ha krenket retten til familieliv, etter Den europeiske menneskerettskonvensjon, 4.november 1950 (EMK) artikkel 8 når det har blitt fastsatt samvær. For å finne ut hvilke krav som nå stilles til samværsfastsettelsen, som en konsekvens av domfellelsene i EMD, er det i kapittel seks og syv gjort analyser av høyesterettsavgjørelser, samt avgjørelser fra lagmannsrettene, som avsagt mellom 2020 og 2022. Masteroppgaven avsluttes med en konklusjon i kapittel åtte.

1.2 Bakgrunn

Norge har de siste årene blitt dømt gjentatte ganger i EMD for brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Per 20. januar 2022 er Norge domfelt i totalt 15 barnevernssaker.¹ Flere av de konstaterte krenkelsene gjelder spørsmålet om samværsfastsettelse etter at det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse. Kritikken har i hovedsak rettet seg mot at staten på et tidlig stadium har konkludert med at plasseringen ville bli langvarig, og dermed gitt opp gjenforeningsmålsettingen uten en tilstrekkelig begrunnelse.² Videre er det rettet kritikk mot for svake begrunnelser, herunder blant annet for barnets sårbarhet. EMD har også rettet

¹ Norges institusjon for menneskerettigheter, *Nye EMD-avgjørelser i norske barnevernssaker*, 20.januar 2022, <https://www.nhri.no/2022/nye-emd-avgjorelser-i-norske-barnevernssaker/> (lest 10.februar 2022).

² Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021) s. 203.

kritikk mot at samværsretten praktiseres for strengt, ved at det fastsettes få samvær i året, og uten at foreldrenes gis en mulighet til å bevise at situasjonen har bedret seg.³

Spørsmålet om hvorvidt domfellelsene i EMD har ført til endringer i norsk rettspraksis, har særlig aktualitet fordi høyesterettsavgjørelsene som er avsagt etter domfellelsene er relativt nye. Våren 2020 avsa Høyesterett tre storkammeravgjørelser hvor de klarla retningslinjene for blant annet samværsfastsettelse i barnevernssaker. Storkammeravgjørelsene har hatt betydning for de samværs spesifikke avgjørelsene fra 2021,⁴ og for at Høyesterett i ettertid har opphevet flere beslutninger om ankenektelse fra lagmannsrettene etter Lov 17.juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 36-10 tredje ledd. Temaet fortjener derfor en dyptgående analyse for å frem hvorfor norsk rettspraksis har blitt kritisert i EMD, og for å finne ut hvorvidt, og i tilfelle hvilke, konkrete endringer som har skjedd i rettspraksis.

1.3 Reparering ved brudd på menneskerettighetene

Avgjørelser som er avsagt i EMD er bindende for sakens parter, men EMD har ikke revisjonsmyndighet over avgjørelsen til den norske domstolen.⁵ Det betyr at avgjørelser som er avsagt i EMD i utgangspunktet står ved siden av den norske avgjørelsen. Likevel følger det av EMK artikkel 46, at staten har en plikt til å rette seg etter den endelige avgjørelsen hvor myndighetene selv er part. Det innebærer en plikt til å rette opp i krenkelsen, samt at den krenkende part skal stilles som om at krenkelsen ikke har skjedd. Dette er likevel sjelden mulig i barnevernssaker. Det er fordi hensynet til barnets beste ofte taler mot at barnet automatisk tilbakeføres til sine biologiske foreldre, eller at samværet økes. Kompensasjonen består derfor ofte av en statuering av krenkelsen, og eventuelt en økonomisk kompensasjon.

1.4 Avgrensninger

I denne masteroppgaven behandles ikke vilkårene for omsorgsovertakelse etter Lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-12. Når det gjelder fastsettelsen av samvær er det bare barnevernloven § 4-19 første og andre ledd som behandles. Det avgrenses

³ Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021), s. 203.

⁴ HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A.

⁵ Norges institusjon for menneskerettigheter, *Prøving og reparasjon av menneskerettighetskrenkelser*, <https://www.nhri.no/rapport/barnevern/9-proving-og-reparasjon-av-menneskerettighetskrenkelser/> (lest 17.april 2022)

mot de øvrige leddene i bestemmelsen som omhandler samvær med andre enn barnets biologiske foreldre.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 fastslår at «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv». Et vedtak om omsorgsovertakelse utgjør utvilsomt et inngrep i barnas og foreldrenes rett til familieliv. Videre utgjør det et ytterligere inngrep at myndighetene bestemmer hvor ofte barnet kan ha kontakt med sine biologiske foreldre. Dette har EMD blant annet uttalt seg om i *Strand Lobben med flere mot Norge*. Her fremgår det at:

«[...] the mutual enjoyment by a parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by this provision».⁶

Før myndighetene kan gjøre inngrep i retten til familieliv, må tre vilkår som fremgår av EMK artikkel 8 nr. 2 være oppfylt. Det første vilkåret er at inngrepet må være «[...] i samsvar med loven». Det andre vilkåret er at inngrepet må være begrunnet i et legitimt formål, jf. henvisningen til blant annet «[...] for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter». Det siste kumulative vilkåret er at inngrepet må være «[...] nødvendig i et demokratisk samfunn [...]». I norsk rett er dette «[...] tolket som et krav om forholdsmessighet mellom mål og middel, slik at det må skje en balansert avveining av de kryssende interesser», jf. HR-2020-661-S avsnitt 76. Det betyr at det må foretas en interesseavveining mellom behovet for inngrep, det vil si barnets behov for å nekte samvær, sett opp mot konsekvensene det kan ha for familielivet.⁷ Det er forholdsmessighetsvurderingen, om inngrepet er «[...] nødvendig i et demokratisk samfunn [...]», som hovedsakelig har medført at Norge har blitt domfelt i EMD.⁸

⁶ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 202.

⁷ Merete Havre, *Norsk lovkommentar: Barnevernloven*, note 248, Rettsdata.no (lest 26.april 2022).

⁸ Blant annet *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 214 og 226, *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 58 og 71, *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 58 og 70, *M.L. mot Norge* [J] no. 43701/14 avsnitt 76 og 100 og *Hernehult mot Norge* [J] no. 14652/16 avsnitt 77.

2.2 Barnevernloven § 4-19

2.2.1 Innledning

Barn og foreldres rett til samvær etter at det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse er forankret i barnevernloven § 4-19 første og andre ledd. Hovedregelen er at «Barn og foreldre [har] rett til samvær med hverandre». Denne retten er et utslag av det biologiske prinsipp, og sikrer retten til familieliv som er forankret i Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 102 første ledd, og EMK artikkel 8. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at retten gjelder både barna og foreldrene. I FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20.november 1989 (barnekonvensjonen) artikkel 9 nr. 3 synes derimot det sentrale å være barnets rett til samvær. Her fremgår det at «Partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste». Dette er også lagt til grunn i rettspraksis fra EMD.⁹

2.2.2 Saksgangen ved samværsfastsettelse

Et vedtak om omsorgsovertakelse treffes av fylkesnemnda, jf. barnevernloven § 4-12 tredje ledd. Dette gjøres ved at barneverntjenesten «[...] utarbeider begjæring om tiltak», jf. barnevernloven § 7-10 første ledd. Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, følger det av barnevernloven § 4-19 andre ledd at fylkesnemnda tar standpunkt til omfanget av samværsretten. Bestemmelsen sier ikke noe om hvordan samværsomfanget fastsettes, men det følger av rettspraksis at de generelle prinsippene om hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp, er styrende for vurderingen.¹⁰

Alle vedtak som er avsagt i fylkesnemnda kan overprøves i retten. Det følger av tvisteloven § 36-5 (3) at retten kan prøve alle sider av saken. Det betyr at tingrettene har full kompetanse til å overprøve samværsspørsmålet. Ved anke til lagmannsrettene er hovedregelen i tvisteloven § 36-10 (3) at barnevernssaker ikke behandles i lagmannsretten, med mindre ett av vilkårene i bokstavene a-d er oppfylt. Dersom det gis samtykke har lagmannsretten kompetanse til å prøve alle sidene av saken, jf. tvisteloven § 36-5 (3). Ved anke til

⁹ *Jansen mot Norge* [J] no. 2822/16.

¹⁰ HR-2020-662-S avsnitt 137.

Høyesterett er det nødvendig med samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg for at en sak skal kunne fremmes, jf. tvisteloven § 30-4. Dersom det gis samtykke kan Høyesterett prøve alle sider av saken, jf. tvisteloven § 36-5 (3). Barnevernssaker er saker hvor partene ikke har fri rådighet, jf. tvisteloven § 11-4. Det innebærer at domstolene ikke er bundet av «[...] partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenelig med de offentlige hensyn», jf. tvisteloven § 11-4.

Det synes å ha blitt fast praksis at det fastsettes et minimumssamvær.¹¹ Det innebærer at barnevernstjenesten ikke kan begrense samværet mer enn hva fylkesnemnda eller domstolene har bestemt.¹² Derimot kan barnevernstjenesten, etter en konkret vurdering, velge å utvide samværet. Dette fremgår blant annet av HR-2020-662-S hvor Høyesterett uttaler at «Det Høyesterett skal ta standpunkt til, er hva som skal være et minimumssamvær».¹³ I realiteten innebærer dette at fylkesnemnda eller domstolen fastsetter grensene for inngrepet, mens barnevernstjenesten kan fastsette samvær ut fra hva som er det beste for barnet.

2.2.3 Unntak fra hovedregelen

Dersom fylkesnemnda eller domstolene avgjør at det ikke skal fastsettes samvær mellom barnet og dets biologiske foreldre, må det være begrunnet i hensynet til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-19 andre ledd. Det er fordi konsekvensene ved samværsnektelse er at familielivet blir avskåret helt.¹⁴ Dette er fordi barnet ikke får muligheten til å utvikle og opprettholde båndene til sine biologiske foreldre. Derfor følger det av rettspraksis at det stilles krav til spesielle og sterke grunner for å nekte samvær.¹⁵

Selv om det skal tungtveiende grunner til for å nekte samvær mellom et barn og dets biologiske foreldre, illustrerer en dom som ble avsagt mot Norge i EMD 20.januar 2022, at det i seg selv ikke er i strid med EMK artikkel 8 at det ikke er fastsatt samvær.¹⁶ I *E.M med flere mot Norge* ble det reist spørsmål om myndighetenes beslutning om å opprettholde en omsorgsovertakelse, nektelse av samvær mellom mor og hennes to barn, og fratakelse av foreldreansvaret. EMD mente at det ikke forelå en krenkelse av EMK artikkel 8 i saken ved at

¹¹ Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021), s. 271.

¹² Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021) s. 271.

¹³ HR-2020-662-S avsnitt 117.

¹⁴ *Jansen mot Norge* [J] no. 2822/16 ; Merete Havre, *Norsk lovkommentar: Barnevernloven*, note: 248, Rettsdata.no (lest 26.april 2022).

¹⁵ HR-2017-2015-A avsnitt 56, se også HR-2020-662-S avsnitt 128.

¹⁶ *E.M. med flere mot Norge* [J] no. 53471/17 avsnitt 62 og 63.

det ikke var fastsatt samvær. Det var fordi samværsnektelsen var begrunnet i en alvorlig omsorgssvikt, deling av sensitiv informasjon på Internett, og mistanke om straffbare forhold mot barna. EMD uttalte at « [...] a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development [...] ». ¹⁷ EMD mente at hensynet til barnets beste måtte veie tyngst, selv om det innebar at moren ble nektet samvær med barna. I *Jansen mot Norge* ble utfallet motsatt. ¹⁸ I denne saken ble Norge dømt for brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8, fordi foreldrene var blitt nektet samvær med sin datter på grunn av risikoen for bortføring. Selv om risiko for bortføring kan være en grunn for samværsnekt, mente EMD at man i denne saken kunne hatt samvær under tilsyn og vakthold, og slik redusert risikoen. Dommen illustrerer at for å nekte samvær må det foreligge sterke grunner, og ingen alternative måter å beskytte barnet på.

¹⁷ *E.M. med flere mot Norge* [J] no. 53471/17 avsnitt 59.

¹⁸ *Jansen mot Norge* [J] no. 2822/16

3 Bærende hensyn og prinsipp ved samværsfastsettelse

3.1 Barnets beste

3.1.1 Generelt om hensynet

Hensynet til barnets beste er et grunnleggende prinsipp i alt barnevernfaglig arbeid,¹⁹ og har avgjørende betydning når samvær skal fastsettes etter det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse.²⁰ Dette fremgår blant annet av barnevernloven § 4-1 hvor det står at det skal «[...] legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste». At det skal legges «avgjørende vekt» på å fastsette et samvær som er til barnets beste, innebærer at andre hensyn må vike dersom de er i strid med dette.²¹ En illustrerende dom er Rt. 2002 s. 908. Her måtte foreldrenes interesser vike fordi Høyesterett mente at det ikke var forsvarlig å utsette barnet for «[...] en så stor risiko for skade som samvær med moren ville innebære».²² Også i HR-2020-662-S fremgår det at «[...] hensynet til barnets beste skal være grunnleggende [...]», jf. avsnitt 47.

Det finnes ingen felles og entydig definisjon av «barnets beste». Dette er en rettslig standard som vil variere over tid, mellom ulike fagområder og ut fra hvilken sammenheng det benyttes i.²³ For hver sak må det derfor foretas en konkret vurdering, der blant annet generell kunnskap om barn og barns utvikling, og hvordan ulike forhold kan påvirke barnet på ulike alderstrinn, er en del av vurderingen.²⁴ Det er likevel lagt til grunn i rettspraksis at utgangspunktet er at det er til barnets beste å ha samvær med sine biologiske foreldre, for å legge til rette for at barnet kan styrke og utvikle båndet til dem.²⁵

Hensynet til barnets beste er hjemlet flere steder i lovgivningen, og er konstitusjonelt forankret i Grunnloven § 104 andre ledd. Her fremgår det at «Ved handlinger og avgjørelser

¹⁹ Prop. 106 L (2012-2013) *Endringer i barnevernloven* s. 82.

²⁰ Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021) s. 272.

²¹ Trine Riiber, «Samvær etter barnevernloven § 4-19» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2018) s. 143.

²² Rt. 2002 s. 908

²³ Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021) s. 26.

²⁴ Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021) s. 26 og 272.

²⁵ HR-2020-662-S avsnitt 128.

som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Hensynet er også forankret i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Her fremgår det at «Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

3.1.2 Hensynet til barnets beste i den nye barnevernloven

I den nye barnevernloven, som er planlagt å tre i kraft i sin helhet i januar 2023,²⁶ er barnets beste regulert i § 1-3.²⁷ Kapittel én skal etter forarbeidene regulere barnevernlovens formål, virkeområde og grunnleggende bestemmelser. Sammenlignet med dagens lovgivning, vil det gjennom bestemmelsens plassering komme tydeligere frem at det er et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som omhandler barn. Det tydeliggjøres også gjennom den nye ordlyden, jf. «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

Selv om ordlyden endres, medfører ikke det en realitetsendring i norsk rettspraksis.

Lovfestingen er bare «[...] ment som en tydeliggjøring og presisering av gjeldende rett».²⁸

3.2 Det biologiske prinsipp

3.2.1 Generelt om prinsippet

Det grunnleggende utgangspunktet er at alle barn skal vokse opp hos sine foreldre, og «Omsorg og oppdragelse er i første rekke foreldrenes ansvar».²⁹ Prinsippet er uttrykk for retten barn og foreldre har til å være sammen. Det kommer til uttrykk gjennom Grunnloven § 104 tredje ledd hvor det fremgår at staten er forpliktet til å legge til rette for «[...] barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie».

²⁶ Barne- og familiedepartementet, «Styrker rettssikkerheten for barn og foreldre», Regjeringen.no, 09.april 2021, <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/bld/nyheter/2021/ny-barnevernslov/id2843407/> (lest 01.mai 2022).

²⁷ Prop. 133 L (2020-2021) *Lov om barnevern og lov om endring i barnevernloven* s. 607.

²⁸ Innst. 625 L (2020-2021) *Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven*, s. 4.

²⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) *Om lov om barneverntjenester* s. 12.

Prinsippet fremgår ikke uttrykkelig i barnevernloven, men kommer til uttrykk i forarbeidene og lovens oppbygging. Det fremgår blant annet av forarbeidene til dagens barnevernlov, at prinsippet kommer til uttrykk gjennom barnevernlovens regler om samværsfastsettelse i § 4-19. I Prop. 106 L (2012-2013) *Endringer i barnevernloven* s. 82 står det at «[...] barn generelt sett har best av å vokse opp i sin familie, og at kontakten mellom barn og foreldre skal opprettholdes etter en omsorgsovertakelse». For å kunne opprettholde kontakten, er samvær et sentralt tiltak.

Det er ansett å ha en egenverdi, samt å være til barnets beste, at barnet får vokse opp hos sine biologiske foreldre.³⁰ Likevel er det tilfeller hvor man tilsidesetter det biologiske prinsipp, eller innskrenker det, av hensynet til barnets beste. Det biologiske prinsipp, og hva som er til barnets beste, er likevel ikke nødvendigvis motstridende hensyn,³¹ men dekker gjerne ulike sider av hva som er det beste for barnet.

Det biologiske prinsipp har vært omdiskutert. Dette kommer særlig til uttrykk i NOU 2012:5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, hvor det ble foreslått at prinsippet måtte suppleres med et annet prinsipp, «det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp».³² Dette prinsippet ble ikke fulgt opp av regjeringen,³³ men det er anerkjent at tilknytning- og relasjonskvalitet er viktige momenter som inngår i vurderingen av barnets beste.³⁴

3.2.2 Det biologiske prinsipp i den nye barnevernloven

I den nye barnevernloven kommer det biologiske prinsipp til uttrykk i § 1-5 første ledd. Her står det at «Barn har rett til omsorg og beskyttelse, fortrinnsvis i egen familie».³⁵ Bakgrunnen for kodifiseringen av det biologiske prinsipp er å «[...] tydeliggjøre verdisynet og rettssikkerhetsgarantiene loven bygger på».³⁶

³⁰ Prop. 106 L (2012-2013) *Endringer i barnevernloven*, s. 82.

³¹ Kvalø og Köhler-Olsen, *Barnerett i et nøtteskall* (2016), s. 151.

³² NOU 2012:5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling* s. 16

³³ Prop. 106 L (2012-2013) *Endringer i barnevernloven*, s. 82.

³⁴ Prop. 133 L (2020-2021) *Lov om barnevern og lov om endringer i barnevernloven*, s. 94.

³⁵ Prop. 133 L (2020-2021) *Lov om barnevern og lov om endringer i barnevernloven*, s. 607.

³⁶ Prop. 133 L (2020-2021) *Lov om barnevern og lov om endringer i barnevernloven*, s. 90.

3.3 Barnets rett til medvirkning

Det fremgår av Grunnloven § 104 første ledd at barn har «[...] rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv [...]». I FNs barnekomité er det uttalt at en forsvarlig vurdering av hva som er til barnets beste først kan skje etter barnet har blitt gitt anledning til å uttale seg om saken.³⁷ I barnevernloven er barnets rett til medvirkning forankret i § 1-6. Her fremgår det at «Alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til å medvirke i alle forhold som vedrører barn etter denne loven». En naturlig språklig forståelse av ordlyden innebærer at barn blant annet har rett til å medvirke ved samværsfastsettelse i barnevernssaker. Dette kan gjøres ved at barnet gis mulighet til å uttale seg om blant annet samværets omfang, og gjennomføringen av samværene.

At barnet har en rett til å bli hørt betyr ikke at barnet selv skal bestemme.³⁸ Hvor stor vekt barnets mening har avhenger av blant annet alder og modenhet.³⁹ Utgangspunktet er at barnets mening tillegges mer vekt desto eldre barnet er. At barnet skal høres er uomstridt, og ikke påvirket av domfellelsene i EMD eller storkammeravgjørelsene fra våren 2020.⁴⁰

3.4 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp er et av de grunnleggende prinsippene som barnevernloven er bygget på.⁴¹ Prinsippet er ikke spesifikt lovfestet i barnevernloven, men kommer til uttrykk gjennom flere av lovbestemmelsene, forarbeidene og barnevernlovens system.⁴² I forarbeidene er det uttalt at prinsippet «[...] handler om at barnevernet ikke skal sette inn mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i familier som trenger bistand».⁴³ Videre i forarbeidet står det at prinsippet er «[...] ment å beskytte barn og foreldre mot inngripende tiltak når det ikke er behov for det». Ved samværsfastsettelse sikrer prinsippet at det ikke fastsettes mindre samvær enn hva som er nødvendig for å beskytte barnet.⁴⁴ Dette må ses i lys av at omsorgsovertakelser i utgangspunktet er midlertidige.⁴⁵ Det innebærer at det må

³⁷ FNs barnekomités General Comment no. 14 (2013) avsnitt 43 til 45.

³⁸ Kvalø og Köhler-Olsen, *Barnerett i et nøtteskall* (2016), s. 54.

³⁹ Kvalø og Köhler-Olsen, *Barnerett i et nøtteskall* (2016), s. 54.

⁴⁰ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

⁴¹ Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021), s. 189.

⁴² Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (2021) s. 189.

⁴³ Prop. 106 L (2012-2013) *Endringer i barnevernloven* s. 83.

⁴⁴ Merete Havre, *Norsk lovkommentar: Barnevernloven*, note 245, Rettsdata.no (lest 26.april 2022).

⁴⁵ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 208 ; HR-2020-661-S avsnitt 97

fastsettes så mye samvær at det legges til rette for at barnet en dag kan tilbakeføres til sine biologiske foreldre.

4 Samværsfastsettelse i tidligere rettspraksis

4.1 Innledning

I dette kapitlet er det gjort analyser av samværsfastsettelsen forut for domfellelsene i EMD. Analysene tar utgangspunkt i høyesterettsavgjørelser, og det blir vist til rettsavgjørelser fra lagmannsrettene og juridisk teori for å underbygge drøftelsene. En sentral høyesterettsavgjørelse for analysene er Rt. 2012 s. 1832. Saken gjaldt spørsmålet om samvær mellom et barn og barnets biologiske mor, etter at det var truffet vedtak om omsorgsovertakelse. Da saken ble reist for Høyesterett var barnet nesten seks år, og hadde bodd i fosterhjem siden hun var tre år gammel. Selv om dommen ikke lenger er gjeldende rett,⁴⁶ er den illustrerende for hvordan samværsfastsettelsen ble gjort i rettspraksis forut for domfellelsene i EMD, og storkammerstorkammeravgjørelsene våren 2020.

4.2 Formålet med samværet

I tidligere rettspraksis skiltes det mellom midlertidige og langvarige plasseringer når det ble truffet vedtak om omsorgsovertakelse.⁴⁷ Dette skillet hadde betydning for samværsfastsettelsen, deriblant for hva som var formålet med samværet. I NOU 2000:12 *Barnevernet i Norge* står det at:

«Midlertidige plasseringer skal ha hyppig samvær for å gjøre en tilbakeføring lettere. Langtidsplasseringer skal ha sjeldnere samvær, og barnet skal ha et kjennsksforhold til de biologiske foreldrene. Formålet med samværet er da å gi barnet en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene, og ikke å skape eller opprettholde en følelsesmessig tilknytning til foreldrene».⁴⁸

Uttalelsen i forarbeidene indikerer at for å kunne fastsette et formål med samværet, måtte det først avklares hva som var antatt varighet på omsorgsovertakelsen. Videre kan uttalelsen

⁴⁶ HR-2020-662-S.

⁴⁷ Se Rt. 2012 s. 1832, Rt. 2015 s. 467 og HR-2017-2015-A.

⁴⁸ NOU 2000:12 *Barnevernet i Norge* s. 157.

tolkes slik at målet om tilbakeføring en gang i fremtiden, bare ble fastsatt ved midlertidige plasseringer.

At gjenforening sjelden var formålet med samværsfastsettelsen ved langtidsplasseringer, illustreres også av rettspraksis. I Rt. 2012 s. 1832 ble samværet fastsatt med mål om å «[...] skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav», jf. avsnitt 34. En annen illustrerende dom fra Høyesterett er HR-2017-2015-A. Her uttalte Høyesterett at «Ved en langvarig plassering av barnet er formålet med samvær at barnet skal ha et kjennsksforhold til de biologiske foreldrene [...]», jf. avsnitt 54. Tilsvarende ble også lagt til grunn i omfattende underrettspraksis.⁴⁹ I LB-2018-138626 uttalte lagmannsretten at «Ved langvarig plassering tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til». Denne avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett ble anket til Høyesterett, men ble nektet fremmet.⁵⁰ Det viser at Høyesterett anså det som gjeldende rett helt opp mot domfellelsene i EMD, at formålet ved langtidsplasseringer var at barnet bare skulle ha et kjennsksforhold til sine biologiske foreldre.

At formålet ble satt til at barnet bare skulle ha et kjennsksforhold til sine biologiske foreldre, gjorde at samværsfastsettelsen ikke la til rette for gjenforening. I saker, som Rt. 2012 s. 1832, hvor barnets mor hadde hatt en positiv utvikling,⁵¹ kan det stilles spørsmål ved hvorfor det ikke ble lagt mer til rette for en tilbakeføring i fremtiden. Det gir inntrykk av at formålet var satt som en standard, uten at det ble gjort en konkret vurdering av forholdene i saken.

4.3 Sentrale momenter i begrunnelsen

4.3.1 Barnets sårbarhet, og behovet for en stabil og forutsigbar hverdag

Et moment som var sentralt ved samværsfastsettelsen i tidligere rettspraksis var barnets sårbarhet, og barnets behov for en stabil og forutsigbar hverdag.⁵² I Rt. 2012 s. 1832 ble det

⁴⁹ Blant annet LA-2017-090427, LF-2017-152073, LB-2018-173033 og LA-2018-091796.

⁵⁰ Se HR-2019-638-U.

⁵¹ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 33 og 41.

⁵² Trine Riiber, «Samvær etter barnevernloven § 4-19» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2018) s. 146.

uttalt at barnet var sårbart.⁵³ Dette ble begrunnet i at barnet hadde hatt reaksjoner etter samværene med morfaren, men det fremgikk ikke av begrunnelsen hva sårbarheten konkret gikk ut på, og hvilken betydning det hadde for samværsfastsettelsen med barnets mor. Likevel mente Høyesterett at barnets beste tilsa at samværet måtte reduseres sammenlignet med lagmannsrettens dom, slik at barnet fikk ro til å etablere den nødvendige tilknytningen til forsterfamilien.⁵⁴ Det fremgår av begrunnelsen at moren var inne i en positiv utvikling, samt hadde fått et nytt barn som det ikke var knyttet bekymringer til vedrørende omsorgssituasjonen. Til tross for dette ble samværet begrenset, uten at det fremgikk av begrunnelsen hvilket tungtveiende moment som tilsa begrensningen.

Også i underrettspraksis ble det tillagt vekt ved samværsfastsettelsen at barnet trengte ro og stabilitet. I LB-2016-191215 uttalte lagmannsretten at «Selv om samværene nå fungerer bedre, mener lagmannsretten at et for omfattende samvær med foreldrene kan virke forstyrrende for den ro og stabilitet C nå trenger». Hvorfor økt samvær kunne virke forstyrrende på barnets ro og stabilitet, fremgår ikke av begrunnelsen. I LB-2018-173033 uttalte lagmannsretten at «Ved en langvarig plassering tilsier hensynet til kontinuitet og stabilitet i fosterhjemmet at det legges begrensninger på antallet samvær med biologiske foreldre». Også i juridisk teori ble det fremhevet at «[...] samværsordningen ikke må forstyrre barnets behov for å etablere og ha en trygg og stabil tilknytning til fosterforeldrene».⁵⁵

4.3.2 Omsorgsovertakelsens antatte varighet

Omsorgsovertakelsens antatte varighet hadde i tidligere rettspraksis ikke bare betydning for formålsfastsettelsen, men var også et moment i begrunnelsen mer generelt. Her er rettspraksis illustrerende. Uttalelsene i Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 33 og 34 kan tolkes i retning av at samværets omfang ble fastsatt med utgangspunkt i at omsorgsovertakelsen var langvarig. Dette er fordi Høyesterett, etter å ha konkluderte med en langvarig plassering, uttalte at samværet måtte innrettes slik at det ikke hindret barnet i å etablere en trygg og god relasjon til fosterforeldrene.⁵⁶ Også i Rt. 2006 s. 247 ble samværet fastsatt med utgangspunkt i hvilken type plassering det var tale om. Høyesterett uttalte at:

⁵³ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 40.

⁵⁴ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 43.

⁵⁵ Trine Riiber, «Samvær etter barnevernloven § 4-19» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2018) s. 146.

⁵⁶ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 33 og 34.

«Omfanget av samværet beror altså i atskillig utstrekning på hvilken type plassering det gjelder. Det er derfor av stor betydning om tilbakeføring av omsorgen til de biologiske foreldrene kan ventes å finne sted innen rimelig tid».⁵⁷

At omsorgsovertakelsens antatte varighet var et sentralt moment kan videre underbygges med at Høyesterett i Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 31 uttalte at en dekkende oppsummering av rettstilstanden var inntatt i NOU 2000:12 s. 211. I oppsummeringen fremgikk det blant annet at samværets omfang ville avhenge av hvilken type plassering det gjaldt. Også i juridisk teori fremgikk det at plasseringens antatte varighet var et sentralt moment ved samværsfastsettelsen.⁵⁸

4.4 Samværets omfang ved langtidsplasseringer

I tidligere rettspraksis var det vanlig at samværets omfang ved langtidsplasseringer ble fastsatt til mellom tre og seks ganger i året. Dette var fordi Høyesterett i Rt. 2012 s. 1832 uttalte at «[...] antallet samvær ved langvarige fosterhjems plasseringer har i de fleste variert mellom tre og seks per år».⁵⁹ Denne uttalelsen ble blant annet lagt til grunn i Rt. 2015 s. 467 hvor Høyesterett uttalte at:

«Høyesterett har behandlet flere saker om samværsrett etter omsorgsovertakelse som forutsettes å være langvarige. I disse sakene er samværet fastsatt til fra tre til seks ganger i året».⁶⁰

Også omfattende underrettspraksis illustrerer at Rt. 2012 s. 1832 ble tolket som en standardnorm ved fastsettelsen av samværets omfang.⁶¹ I LB-2016-191215 uttalte lagmannsretten at «Høyesterett har i Rt-2012-1832 angitt hvilket nivå Høyesterett normalt har lagt seg på ved langtidsplasseringer». Det ble også lagt til grunn i juridisk teori at det var vanlig med en samværsfastsettelse mellom tre og seks ganger i året ved langtidsplasseringer.⁶²

⁵⁷ Rt. 2006 s. 247 avsnitt 31.

⁵⁸ Lindboe, *Barnevernrett* (2016), s. 115.

⁵⁹ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 37.

⁶⁰ Rt. 2015 s. 467 avsnitt 51.

⁶¹ Se blant annet LA-2018-091796, LB-2017-097507 og LB-2018-138626.

⁶² Se blant annet Lindboe, *Barnevernrett* (2016), s. 112 og Trine Riiber, «Samvær etter barnevernloven § 4-19» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2018) s. 145.

At samværets omfang ble fastsatt med utgangspunkt i en standardnorm, uavhengig av forholdene i saken, underbygger inntrykket av at samværfastsettelsen i tidligere rettspraksis hadde preg av å være standardisert.

4.5 Oppsummert

Oppsummert synes avgjørelsene i tidligere rettspraksis å bære preg av å være standardiserte. Dette er fordi det i liten grad ble gjort en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak. Ved samværsfastsettelsen synes omsorgsovertakelsens antatte varighet å ha spilt en sentral rolle, særlig for fastsettelsen av samværets formål og omfang.

5 Kritikken fra EMD

5.1 Innledning

I dette kapittelet er det gjort analyser av kritikken EMD har rettet mot Norge vedrørende saksbehandlingen ved samværsfastsettelse i barnevernsaker. Analysene tar utgangspunkt i avgjørelser EMD har avsagt mot Norge siden høsten 2019.

5.2 Samværets formål

5.2.1 Gjenforeningsmålsetting

Det følger av rettspraksis fra EMD at målet om gjenforening er sentralt ved tiltak som skiller barn og foreldre fra hverandre.⁶³ Et eksempel på dette er ved omsorgsovertakelser, som etter EMD anses å være et midlertidig tiltak.⁶⁴ I *Strand Lobben med flere mot Norge* uttalte EMD at:

«[...] it should be noted that regard for family unity and for family reunification in the event of separation are inherent considerations in the right to respect for family life under Article 8. Accordingly, in the case of imposition of public care restricting family life, a positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible».⁶⁵

Det overordnede målet med omsorgsovertakelser er at barnet en gang i fremtiden skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre. For å legge til rette for gjenforening er myndighetene « [...] obliged to facilitate contact to the extent possible without exposing A the undue hardship, in order to guard, strengthen and develop family ties [...] ».⁶⁶

⁶³ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 205.

⁶⁴ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 208, *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 59 og *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 60.

⁶⁵ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 205.

⁶⁶ *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 69.

En av hovedårsakene til at Norge har blitt dømt gjentatte ganger i EMD er på grunn av tidlig oppgivelse av gjenforeningsmålsettingen, uten en konkret og tilstrekkelig begrunnelse.⁶⁷ I *K.O. og V.M. mot Norge* uttalte EMD:

«[...] 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».⁶⁸

Kritikken retter seg her mot at norske myndigheter på et tidlig stadium ga opp målet om gjenforening, uten en tilstrekkelig begrunnelse. At begrunnelsen var utilstrekkelig forklarte EMD med at norske myndigheter «[...] did not explain, other than with very general references to the child's need of stability, why it would be contrary to A's best interests to see the applicants more than only four or six times a year».⁶⁹ En naturlig språklig forståelse tilsier at det stilles krav til at det i begrunnelsen fremgår klart hvorfor en oppgivelse av gjenforeningsmålsettingen er til det beste for barnet.

For å legge til rette for en tilbakeføring, har EMD uttalt at det stilles krav til samværets omfang. I *K.O. og V.M. mot Norge* uttalte 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».⁷⁰ Selv om EMD ikke sier noe konkret om hvor mye samvær som må fastsettes for å nå målet om gjenforening, kan uttalelsen tolkes som at det ikke kan være lange intervaller mellom hver gang barnet treffer sine biologiske foreldre.

5.2.2 Vilkår for oppgivelse av gjenforeningsmålsettingen

Selv om utgangspunktet er at barnet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre, er det tilfeller hvor det ikke er aktuelt. For å kunne oppgi målet om gjenforening har EMD uttalt at «[...] everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to

⁶⁷ Se blant annet *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283 avsnitt 220, *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 68, *Pedersen med flere mot Norge* [J] no. 39710/15 avsnitt 68, *Hernehult mot Norge* [J] no. 14652/16 avsnitt 74 og *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 62 og 63.

⁶⁸ *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 68.

⁶⁹ *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 70.

⁷⁰ *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 69.

«rebuild» the family».⁷¹ Videre kan oppgivelse av gjenforening bare gjøres «[...] in very exceptional circumstances [...]».⁷²

For å klarlegge i hvilke saker en oppgivelse av gjenforeningsmålsettingen kan være aktuelt, har EMD i *Strand Lobben med flere mot Norge* redegjort for tre tilfeller der målet kan oppgis. For det første kan gjenforeningsmålsettingen oppgis «[...] where the family has proved particularly unfit [...]», jf. avsnitt 207. Dette har EMD begrunnet i at en oppgivelse innebærer at barnet mister kontakten med sine biologiske foreldre.⁷³ Det må derfor være klart at foreldrene ikke kan gi barnet tilstrekkelig oppvekstvilkår i fremtiden, for at det ikke skal være aktuelt med en tilbakeføring etter dette vilkåret. Videre er gjenforening også utelukket i de tilfellene hvor en tilbakeføring kan «[...] harm the child's health and development», jf. avsnitt 207. Det siste tilfellet hvor gjenforening kan være utelukket er «[...] when a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care [...]».⁷⁴ Vilkåret retter seg mot de sakene hvor foreldrene har gjenvunnet sin omsorgsevne, og barnet i utgangspunktet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre. Det er likevel ikke alltid til barnets beste at det skjer en tilbakeføring. Dette er fordi det kan være belastende for et barn som har fått en nær tilknytning til fosterfamilien, om familiesituasjonen endres igjen ved at barnet flyttes tilbake til sine biologiske foreldre. Dette uttalte EMD seg om i *Pedersen med flere mot Norge*. Her uttalte EMD at «The Court also bears in mind that decisive weight cannot always be attached to the fact that a parent has recovered his or her capacity to assume care».⁷⁵ Barnets beste veier i disse sakene tyngre enn foreldrenes interesser i å få barnet tilbakeført.

5.3 Beslutningsgrunnlaget

For å respektere den retten barnet og dets biologiske foreldre har etter EMK artikkel 8, kreves det at tiltak som retter seg mot forholdet mellom barnet og dets biologiske foreldre, avgjøres utelukkende «[...] in the light of all relevant considerations, and not by the mere effluxion of time».⁷⁶ Dette er for å sikre at beslutningsgrunnlaget i tilstrekkelig grad tar barnets og dets

⁷¹ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 207 og *Hernehult mot Norge* [J] no. 14652/16 avsnitt 62.

⁷² *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 207.

⁷³ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 207.

⁷⁴ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 208.

⁷⁵ *Pedersen med flere mot Norge* [J] no. 39710/15, avsnitt 65.

⁷⁶ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 212.

biologiske foreldres interesser i betraktning. EMD har uttalt at det stilles krav til «[...] a sufficiently broad and updated basis for far-reaching decisions [...]».⁷⁷ Dette gjøres ved «[...] in-depth examination of the entire family situation of a whole of factors [...]».⁷⁸ Hvorvidt saksbehandlingen har vært tilstrekkelig må etter dette avgjøres etter en konkret vurdering av momentene i hver enkelt sak. Det er fordi det vil variere fra sak til sak hvilke momenter som er sentrale.

EMD har i flere saker kritisert norske myndigheter for at beslutningsgrunnlaget ikke har vært tilstrekkelig bredt og oppdatert.⁷⁹ I *Strand Lobben med flere mot Norge* uttalte EMD at beslutningsprosessen opp mot avgjørelsen ikke var tilstrekkelig «[...] to ensure that all views and interests of the applicant were duly taken into account», jf. avsnitt 225. I *Strand Lobben med flere mot Norge* uttalte EMD blant annet at det hadde betydning for avgjørelsen at det ikke hadde blitt oppnevnt en ny sakkyndig, jf. avsnitt 213. Det er ikke en generell regel om at det kreves oppnevning av sakkyndige. Det avhenger av «[...] the specific circumstances of each case [...]».⁸⁰ Utgangspunktet er at det er opp til de nasjonale myndighetene selv å bestemme om det er nødvendig.⁸¹

Når det gjelder kravet om et tilstrekkelig oppdatert beslutningsgrunnlag, har ikke EMD uttalt noe konkret om hvor oppdatert beslutningsgrunnlaget må være. I *Strand Lobben med flere mot Norge* ble det rettet kritikk mot at de sakkyndige rapportene som forelå, ikke var tilstrekkelig oppdatert for å vurdere mors omsorgsevne.⁸² Rapportene som var fremlagt var to år gamle, og barnets mor hevdet at omsorgsevnen hadde endret seg i en positiv retning siden den gang. EMD uttalte at:

«[...] the Court considers that the lack of a fresh expert examination substantially limited that the factual assessment of the first applicant's new situation and her caring skills at the material time».⁸³

⁷⁷ *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 66.

⁷⁸ *M.L. mot Norge* [J] no. 43701/14 avsnitt 42.

⁷⁹ Se blant annet *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 222-223 og *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 66-68.

⁸⁰ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 213.

⁸¹ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 223.

⁸² Se *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 222-223.

⁸³ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 223.

I *A.S. mot Norge* ble betydningen av et tilstrekkelig bredt og oppdatert beslutningsgrunnlag understreket. Også her rettet EMD kritikk mot at de sakkyndige vurderingene som lå til grunn ikke var tilstrekkelig oppdatert til å vurdere de påståtte endringene i foreldrenes omsorgsevne.⁸⁴ Vurderingene som lå til grunn ble gjort to og et halvt år forut for avgjørelsen. I denne saken uttalt EMD at kravene til beslutningsgrunnlaget gjør seg særlig gjeldende «[...] when a parent, as in this case, submits that there have been positive developments as to his or hers parental abilities, warranting a new assessment of the placement order».⁸⁵

K.O. og V.M. mot Norge er et eksempel på en sak hvor Norge ble domfelt, men hvor beslutningsgrunnlaget ble ansett for å være tilstrekkelig. I denne saken uttalte EMD at «The national procedure accordingly provided the applicant with the requisite protection of their interests», jf. avsnitt 62. Dette ble blant annet begrunnet i at det var oppnevnt en sakkyndig for den aktuelle domstolen som fremla bevis, og det ble referert til den sakkyndiges rapporter i avgjørelsen, samt at partene fikk vitne og fremlegge sine bevis. Uttalelsene i denne dommen er retningsgivende for å avgjøre hvilke krav som stilles til et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag.

5.4 Begrunnelsen

5.4.1 Kravet til en balansert avveining

Det følger av rettspraksis fra EMD at det må foretas en balansert avveining av barnets og foreldrenes interesser.⁸⁶ EMD har uttalt at avveiningen «[...] has to be struck between the relevant competing interests».⁸⁷ Det innebærer at alle tungtveiende momenter som gjør seg gjeldende må trekkes frem, og veies mot hverandre på en balansert måte.⁸⁸

Noe av kritikken EMD har rettet mot norske myndigheter, er at det ikke har blitt gjort en balansert avveining av barnets og foreldrenes interesser. I *Strand Lobben med flere mot Norge* uttalte EMD at norske myndigheter:

⁸⁴ *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 66-68.

⁸⁵ *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 66.

⁸⁶ Se blant annet *Hernehult mot Norge* [J] no. 14652/16 avsnitt 62, *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 203, *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 59 og *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16, avsnitt 60.

⁸⁷ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 203.

⁸⁸ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 220 og 224-225.

« [...] did not attempt to perform a genuine balancing exercise between the interests of the child and his biological family, but focused on the child's interests instead of trying to combine both sets of interests [...] ». ⁸⁹

Uttalelsen kan tolkes som at det avgjørende er å få frem både barnets og foreldrenes interesser, og deretter gjøre en balansert avveining av disse. I avveiningene er det ofte konflikt mellom barnets og dets biologiske foreldres interesser. Det avgjørende er da «[...] attached to the best interests of the child which depending of their nature and seriousness may override those of the parents». ⁹⁰ Det betyr at det avgjørende ved vektingen er hva som er til barnets beste. EMD har uttalt at i alle saker som omhandler barn, er hensynet til barnets beste «[...] of paramount importance». ⁹¹ Det innebærer at «[...] the child's interests must come before all other considerations». ⁹²

5.4.2 Begrunnelsen for barnets sårbarhet

EMD har videre kritisert Norge for å legge til grunn utilfredsstillende begrunnelser for barnets sårbarhet. I *Strand Lobben med flere mot Norge* rettet EMD kritikk mot at vurderingene knyttet til barnets sårbarhet inneholdt:

«[...] barely any analysis of the nature of his vulnerability, beyond a brief description by experts that X was easily stressed and needed a lot of quiet, security and support, and stating his resistance to and resignation toward having contact with the first applicant [...] ». ⁹³

EMD uttalte de sakkyndige burde « [...] assess X's vulnerability in more detail in the proceedings under review ». ⁹⁴

Også i *A.S. mot Norge* ble det rettet kritikk mot begrunnelsen for barnets sårbarhet. EMD uttalte at « [...] the City Court provided limited grounds for its findings in respect of the nature and causes of X's reactions ». ⁹⁵

⁸⁹ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 220.

⁹⁰ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 206 og *Hernehult mot Norge* [J] no. 14652/16 avsnitt 62.

⁹¹ *M.L. mot Norge* [J] no. 43701/14 avsnitt 78.

⁹² *M.L. mot Norge* [J] no. 43701/14 avsnitt 78.

⁹³ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 224.

⁹⁴ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 224

⁹⁵ *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 69.

5.5 Oppsummert

Samlet synes kritikken fra EMD å rette seg mot at norske myndigheter for tidlig har gitt opp målet om gjenforening uten en tilstrekkelig begrunnelse. Videre blir norske myndigheter kritisert for at hensynet til familiebandet ikke kommer tydelig frem som en del av vurderingen. Da det er tale om et svært inngripende tiltak i noens familieliv, mener EMD at det bør stilles strengere krav til beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen for å forklare hvorfor inngrepet er nødvendig.

6 Samværsfastsettelse i norsk rettspraksis etter domfellelsene i EMD

6.1 Innledning

Etter domfellelsene i EMD var det et behov for en avklaring av rettstilstanden i norsk rett. Derfor avsa Høyesterett våren 2020 tre storkammeravgjørelser som behandler retningslinjene for blant annet samværsfastsettelse i barnevernssaker.⁹⁶ Året etter, i mars 2021, ble det avsagt tre samværsfasteavgjørelser i Høyesterett som bygger på retningslinjene fra storkammeravgjørelsene.⁹⁷ I dette kapitlet er det gjort analyser av samværsfastsettelsen med henblikk på formålsfastsettelsen, beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen i høyesterettsavgjørelser etter domfellelsene i EMD.

6.2 HR-2020-661-S

6.2.1 Generelt

Saken gjaldt spørsmålet om lagmannsretten burde gitt samtykke til behandling av foreldrenes anker over tingrettens dom, fordi det kunne foreligge en krenkelse av EMK artikkel 8 dersom den ble stående. Tingretten hadde stadfestet fylkesnemndas vedtak om fratakelse av foreldreansvaret for et barn født i 2016, og hadde gitt samtykke til at fosterforeldrene kunne adoptere barnet.

HR-2020-661-S er den første og grunnleggende storkammeravgjørelsen som omhandler barnevern etter domfellelsene i EMD. I dommen redegjør Høyesterett for hva som kan trekkes ut av EMDs rettspraksis for adopsjon, samvær og omsorgsovertakelse, og hvilken betydning det har for norsk rettspraksis. Her er det avklaringene knyttet til samværsfastsettelse som er av betydning.

⁹⁶ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

⁹⁷ HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-2021-476-A.

6.2.2 Gjenforeningsmålsettingen

I dommen uttaler Høyesterett at:

«Både etter norsk rett og EMK er den overordnende målsettingen å oppnå tilbakeføring – gjenforening – av barn og foreldre. En omsorgsovertakelse er derfor i utgangspunktet midlertidig».⁹⁸

Denne generelle uttalelsen om plasseringens varighet tyder på at man ikke lenger skiller mellom midlertidige og langvarige plasseringer, slik som det ble gjort i tidligere rettspraksis. Høyesterett sier her at utgangspunktet er at det skal legges til rette tilbakeføring, uavhengig av hvor lenge barnet har bodd et annet sted. For å legge til rette for tilbakeføring uttalte Høyesterett at «Så lenge gjenforening er målet, skal samvær bygge opp om dette», jf. avsnitt 143. For at samvær skal kunne være et middel på veien for å nå målet om gjenforening, stilles det «[...] krav til samværenes hyppighet og kvalitet».⁹⁹ Dette innebærer en positiv plikt for staten «[...] til aktivt å arbeide for at relasjonen mellom barn og foreldre opprettholdes [...]».¹⁰⁰ En konsekvens av at det ikke lenger skilles mellom midlertidige og langvarige plasseringer, er at plasseringens antatte varighet ikke lenger er et moment av avgjørende betydning for samværsfastsettelsen. Dersom gjenforeningsmålsettingen skal oppgis uttaler Høyesterett at foreldrene må anses for å være særlig uegnet, gjenforening kan skade barnets helse og utvikling, eller gjenforening må være utelukket fordi det har gått betydelig med tid siden omsorgsovertakelsen.¹⁰¹ I motsetning til tidligere rettspraksis kan ikke gjenforening lenger oppgis uten en tilstrekkelig begrunnelse.

6.2.3 Kravet som stilles til beslutningsgrunnlaget

Som en konsekvens av domfellelsene i EMD, uttaler Høyesterett at det stilles krav til at «[...] vedtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag [...]».¹⁰² Kravet gjør seg særlig gjeldende dersom foreldrene hevder at det har skjedd endringer av betydning for omsorgsevnen.¹⁰³ Sett i lys av hvor inngripende tiltak fra barnevernloven er, kan kravet begrunnes i at et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag i prinsippet

⁹⁸ HR-2020-661-S avsnitt 143.

⁹⁹ HR-2020-661-S avsnitt 144.

¹⁰⁰ HR-2020-661-S avsnitt 143.

¹⁰¹ Se HR-2020-661-S avsnitt 146-147.

¹⁰² HR-2020-661-S avsnitt 171.

¹⁰³ HR-2020-661-S avsnitt 158.

kan ta bort mulighetene foreldrene har til å vise endring. Videre kan kravet til et tilstrekkelig bredt beslutningsgrunnlag begrunnes i at det «[...] ofte ikke er enkeltstående forhold som er avgjørende, men en *samlet vurdering* av om grunnlaget er tilstrekkelig til å sikre at foreldrenes synspunkter og interesser behørig blir tatt i betraktning».¹⁰⁴

Når det gjelder kravet til et oppdatert beslutningsgrunnlag sier ikke Høyesterett noe konkret hvor oppdatert det må være. I HR-2020-661-S uttalte Høyesterett at det var tilstrekkelig at tingretten bygget sin begrunnelse på en sakkyndig rapport som var under ett år gammel da tingretten avsa sin dom.¹⁰⁵ Dette ble begrunnet i at beslutningsgrunnlaget samlet utgjorde at morens interesser ble tatt i betraktning, blant annet ved at det ble ført 15 vitner med ulik tilknytning til saken.¹⁰⁶ Uttalelsene til Høyesterett kan tolkes som om at det avgjørende er om beslutningsgrunnlaget samlet er tilstrekkelig bredt og oppdatert.

6.2.4 Kravene som stilles til begrunnelsen

Henvist til tidligere drøftelse er noe av kritikken EMD har rettet mot norske myndigheter at det har blitt lagt til grunn utilfredsstillende begrunnelser, blant annet for barnets sårbarhet. For at begrunnelsen skal være tilfredsstillende, uttaler Høyesterett at «[...] myndighetene så langt det er mulig bør gi en konkret beskrivelse, med henvisning til de faktiske forhold, av årsaken til sårbarheten, hva den består i, om den kan avhjelpes ved hjelpetiltak, og dens betydning for barnets omsorgssituasjon».¹⁰⁷ Høyesterett sin uttalelse tyder på at det nå kreves mer konkrete og grundige beskrivelser av barnets sårbarhet. At Høyesterett stiller andre krav til begrunnelsen nå, viser seg også ved at Høyesterett påpeker at det i tingrettens begrunnelse ikke kom «tilstrekkelig klart frem hvilken betydning mors tidligere problematiske periode og mangel på stabilitet har for hennes omsorgsevne og risikoen for datteren nå».¹⁰⁸

EMD har også rettet kritikk mot at norske myndigheter ikke har foretatt en balansert avveining av interessene til barnet og dets biologiske foreldre, samt at hensynet til familiebandet har blitt tillagt for liten vekt i avveiningen. I denne saken uttaler Høyesterett at det må foretas «[...] en balansert avveining av de kryssende interesser».¹⁰⁹ Når det gjelder

¹⁰⁴ HR-2020-661-S avsnitt 161.

¹⁰⁵ HR-2020-661-S avsnitt 181.

¹⁰⁶ HR-2020-661-S avsnitt 181.

¹⁰⁷ HR-2020-661-S avsnitt 169.

¹⁰⁸ HR-2020-661-S avsnitt 194.

¹⁰⁹ HR-2020-661-S avsnitt 76.

vekten av interessene gir uttalelsene i HR-2020-661-S avsnitt 79-85 inntrykk av at Høyesterett mener at hensynet til familiebandet ikke bør tillegges mer vekt i avveiningen. Høyesterett uttaler at «Det er grunn til å merke seg at perspektivet i enkeltsaker fra tid til annen er noe forskjellig i avgjørelser fra EMD sammenlignet med avgjørelser fra norske myndigheter og domstoler», jf. avsnitt 83. Dette begrunnet Høyesterett i at sakene som har blitt tatt inn i EMD, har det blitt anført at det har blitt lagt for liten vekt på familiebandet, og da står disse interessene sentralt i avveiningen fra EMD.¹¹⁰ Uttalelsene tyder på at det fremdeles er hensynet til barnets beste som skal tillegges avgjørende vekt. Dette kan underbygges med at Høyesterett uttaler at EMD også konsekvent har understreket at barnets beste er av overordnet betydning, samt at Høyesterett i sine tidligere vurderinger har lagt vekt på barnekomiteens uttalelse om at hensynet til barnets beste er avgjørende.¹¹¹ Uttalelsene fra Høyesterett tyder på at barnets beste fremdeles er avgjørende i avveiningen, men «[...] saksbehandlingen må vise at det er foretatt en reell avveining mellom hensynet til barnet og dets biologiske familie».¹¹²

6.2.5 Oppsummert

HR-2020-661-S tyder på at man ikke lenger skiller mellom midlertidige og langvarige plasseringer ved samværsfastsettelse. Utgangspunktet er at omsorgsovertakelser er midlertidige, og da skal det jobbes mot en tilbakeføring av barnet til dets biologiske foreldre. Når det gjelder saksbehandlingen tyder HR-2020-661-S på at hensynet til barnets beste fremdeles er avgjørende ved samværsfastsettelsen, men det skal fremgå av saksbehandlingen at hensynet til familiebandet har vært en del av avveiningen.

6.3 HR-2020-662-S

6.3.1 Generelt

Saken reiste spørsmål om omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær. Faktum i saken var at familien, direkte fra sykehuset etter fødselen, flyttet inn på et lokalt barne- og familiesenter. På grunn av bekymringsmeldinger fra barne- og familiesenteret ble det fattet akuttvedtak i

¹¹⁰ HR-2020-661-S avsnitt 84.

¹¹¹ HR-2020-661-S avsnitt 80 og 84.

¹¹² HR-2020-661-S avsnitt 82-86.

medhold av barnevernloven § 4-6 andre ledd før oppholdet på senteret var ferdig. Etter å ha bodd en måned i et beredskapshjem, ble barnet flyttet til et fosterhjem hvor hun hadde bodd siden august 2018.

I HR-2020-662-S bygger Høyesterett på retningslinjene fra HR-2020-661-S, samt rettspraksis fra EMD, ved vurderingen av omsorgsovertakelsen og samværsfastsettelsen. Her er det gjort analyser av drøftelsene som knytter seg til samværsfastsettelsen.

6.3.2 Gjenforeningsmålsettingen

Ved samværsfastsettelse tas det «[...] utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal anses som midlertidig, og at omsorgen for barnet skal tilbakeføres til foreldrene så snart forholdene tillater det».¹¹³ Sammenlignet med tidligere rettspraksis skiller man ikke lenger mellom midlertidige plasseringer og langtidsplasseringer. For å legge til rette for gjenforening bør samvær fastsettes «[...] slik at båndene mellom foreldre og barn kan styrkes og utvikles».¹¹⁴ Hvor omfattende samværet bør være for å legge til rette for gjenforening «[...] må fastsettes konkret ut fra omstendighetene i den enkelte sak», jf. avsnitt 124. I motsetning til tidligere rettspraksis synes det ikke lenger å være en standardnormering for fastsettelsen av samværets omfang. For å avklare rettstilstanden uttalte Høyesterett i HR-2020-662-S at:

«Selv om det i [Rt. 2012 s. 1832] avsnitt 37 uttales at det ikke kan trekkes opp klare grenser for hvor mye samvær barn og foreldre bør ha etter omsorgsovertakelser, har nok avgjørelsen blitt oppfattet som en slags standardnormering. Det er derfor grunn til å understreke at den ikke skal forstås slik».¹¹⁵

Dette kan tolkes som at Høyesterett aldri har ment at uttalelsene i Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 37 skulle forstås som en normering ved samværsfastsettelse i saker om langtidsplasseringer. Likevel har Høyesterett selv i tidsrommet mellom 2012 og 2019 brukt uttalelsen som en retningslinje. Høyesterett uttalte blant annet i Rt. 2015 s. 467 at ved langtidsplasseringer fastsettes samværet fra tre til seks ganger i året.¹¹⁶ Det kan stilles spørsmål ved om Høyesterett gjennom uttalelsen i HR-2020-662-S avsnitt 124 prøver å «redde sitt eget skinn».

¹¹³ HR-2020-662-S avsnitt 119.

¹¹⁴ HR-2020-662-S avsnitt 128.

¹¹⁵ HR-2020-662-S avsnitt 124.

¹¹⁶ Rt. 2015 s. 467 avsnitt 51.

Likevel er det nå klart at samværets omfang avgjøres etter en konkret vurdering i hver enkelt sak, med tilbakeføring som det overordnende målet.¹¹⁷

6.3.3 Beslutningsgrunnlaget

EMD har i kritikken mot Norge understreket viktigheten av at det må foreligge «[...] a sufficiently broad and updated factual basis for far-reaching decisions [...]».¹¹⁸ Sammenlignet med tidligere rettspraksis stilles det nå krav om at saken må være tilstrekkelig oppdatert og bredt opplyst, for å sikre at avgjørelsen ikke er i strid med retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

For å sikre at beslutningsgrunnlaget er tilstrekkelig oppdatert, er det i HR-2020-662-S oppnevnt en sakkyndig for Høyesterett.¹¹⁹ Når det gjelder omfanget av den sakkyndiges vurderinger fremgår det av faktum at disse er bygget på «[...] samtaler med foreldrene og en rekke involverte personer, egne observasjoner under samvær og et meget bredt tilfang av øvrige kilder, herunder tidligere utredninger i saken».¹²⁰ Videre fremgår det i avsnitt 81 at «Vurderingene og konklusjonene er presentert på en balansert måte [...]». Dette tyder på at domstolen kan ta en avgjørelse som er basert på et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag, hvor både foreldrenes og barnets interesser blir tatt i betraktning.

6.3.4 Begrunnelsen

I HR-2020-662-S fremgår det av den sakkyndiges vurdering at barnet har «[...] en særlig sårbarhet [...]».¹²¹ Etter å ha uttalt at barnet er sårbart, blir sårbarheten beskrevet gjennom konkrete eksempler. I avsnitt 83 står det at sårbarheten skyldes «[...] lav stresstoleranse og perioder av kortere og lengre varighet med betydelige reguleringsvansker». Videre i samme avsnitt blir det beskrevet hva sårbarheten går ut på. Den sakkyndige beskriver et barn som er utrøstelig og «[...] langvarig gråting som var svært vanskelig å dempe». Det blir også uttalt at barnet har utfordringer med å spise, og at det oppstår brekninger ved stress. Samlet synes

¹¹⁷ HR-2020-662-S avsnitt 124.

¹¹⁸ *A.S. mot Norge* [J] no. 60371/15 avsnitt 66.

¹¹⁹ HR-2020-662-S avsnitt 81.

¹²⁰ HR-2020-662-S avsnitt 81.

¹²¹ HR-2020-662-S avsnitt 83.

barnets sårbarhet, i motsetning til tidligere rettspraksis hvor det bare ble fastslått, å inneholde konkrete beskrivelser som underbygger sårbarheten.

Et annet moment i vurderingen til Høyesterett var foreldrenes omsorgsevne. Det fremgår av HR-2020-662-S at foreldrene verken hver for seg, eller sammen, kunne gi barnet forsvarlig omsorg.¹²² For å underbygge dette blir det vist til vurderinger som den sakkyndige har gjort av barnets biologiske mor og far.¹²³ I disse vurderingene blir det vist til konkrete og grundige beskrivelser av omsorgsevnen, og gitt forklaring på hvorfor de anses å ha mangelfull omsorgsevne. Det blir blant annet, i en rapport fra barnevernet etter samvær med far, beskrevet at faren i liten grad klarer å se og respondere på barnets signaler, og at det er mye uro og gråt fra barnet fordi «Far havner hele veien bakpå [...]».¹²⁴ Når det gjelder moren blir det vist til at hun har generelle læreversker som legger begrensninger for hva slags kunnskap hun kan tilegne seg, samt at hun har redusert evne til å overføre kunnskapen til nye situasjoner, jf. avsnitt 89. Dette ble ansett å ha betydning for omsorgsevnen fordi «Det er vanskelig å se hvordan mor med sitt utgangspunkt skal være i stand til å oppfatte barnets komplekse og motstridende signaler, tolke disse realistisk og respondere med den nødvendige grad av sensitivitet, tydelighet og fleksibilitet», jf. avsnitt 90. I likhet med barnets sårbarhet er foreldrenes omsorgsevne et viktig moment som inngår i vurderingen ved samværsfastsettelse.

Det følger av rettspraksis fra EMD at momentene som fremgår i saken skal avveies mot hverandre før det treffes en avgjørelse.¹²⁵ I avsnitt 141-142 redegjør Høyesterett for de momentene som taler for at det beste for barnet er at samværene ikke økes. Dette blir begrunnet i konkrete beskrivelser om barnets sårbarhet, reaksjoner i etterkant av samværene, og den sakkyndiges vurdering av manglende naturlige instinkter hos foreldrene. Disse momentene blir avveid mot hensynet til familiebandet og foreldrenes interesser i at samværet økes, se avsnitt 143 og 144. HR-2020-662-S synes å illustrere hvordan barnets og foreldrenes interesser bør avveies mot hverandre, for å vise at det har blitt gjort en reell avveining av interessene. I motsetning til tidligere rettspraksis fremkommer foreldrenes interesser tydelig som en del av begrunnelsen. Dette er med på å sikre at inngrepet i familielivet ikke innebærer en krenkelse av EMK artikkel 8.

¹²² HR-2020-662-S avsnitt 101.

¹²³ HR-2020-662-S avsnitt 89 til 100.

¹²⁴ HR-2020-662-S avsnitt 98.

¹²⁵ Se blant annet *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 203.

6.3.5 Oppsummert

Samlet synes HR-2020-662-S å illustrere en samværsfastsettelse i samsvar med rettspraksis fra EMD. Høyesterett har i dommen fått frem hvilke krav som nå stilles til beslutningsgrunnlaget, begrunnelsen og avveiningen av barnets og foreldrenes interesser.

6.4 HR-2021-474-A

6.4.1 Generelt

Saken gjaldt samværsfastsettelse mellom et barn i fosterhjem og barnets biologiske foreldre. Kommunen overtok omsorgen for barnet da hun var syv måneder. Da saken ble reist for Høyesterett var barnet seks år. Barnets biologiske foreldre ønsket lengre samvær, og en opptrapping av samværsfrekvensen.

HR-2021-474-A er den første samværsspesifikke dommen i Høyesterett etter storkammeravgjørelsene fra våren 2020. Det er derfor interessant å analysere hvordan de rettslige utgangspunktene fra storkammeravgjørelsene har blitt anvendt i vurderingen av samværsfastsettelsen.

6.4.2 Gjenforeningsmålsettingen

Selv om tilbakeføring ikke var realistisk på kort sikt, uttalte Høyesterett at samværet måtte «[...] fastsettes ut fra at målsettingen om [at] gjenforening ikke er oppgitt [...]».¹²⁶ At det overordnede målet var at barnet skulle tilbakeføres til sine biologiske foreldre samsvarer med rettspraksis fra EMD, og storkammeravgjørelsene fra våren 2020. Samværsfastsettelse ut fra plasseringens antatte varighet, må dermed anses som forlatt fullt ut.

Når det overordnede målet er at barnet skal gjenføres med sine biologiske foreldre stiller det «[...] krav til samværenes kvalitet og hyppighet».¹²⁷ Uttalelsene i EMD om at det ikke kan gå flere uker og måneder mellom hvert samvær,¹²⁸ er i Høyesterett tolket som at «[...] løpende og hyppig samvær er sentralt for å sikre gjenforening».¹²⁹ Med dette som utgangspunkt kan

¹²⁶ HR-2021-474-A avsnitt 60.

¹²⁷ HR-2021-474-A avsnitt 39.

¹²⁸ *K.O. og V.M. mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 69.

¹²⁹ HR-2021-474-A avsnitt 40.

det stilles spørsmål ved at Høyesterett i HR-2021-474-A fastsetter et begrenset samvær på seks ganger i året. Særlig siden Høyesterett i avsnitt 43 uttaler at «[...] et så begrenset samvær som tre til seks ganger i året i utgangspunktet ikke [er] egnet til å ivareta målet om å legge til rette for å styrke og utvikle båndene mellom foreldre og barn». I likhet med tidligere rettspraksis gis det inntrykk av at samværets omfang ikke legger til rette for at gjenforening kan finne sted en gang i fremtiden. Det kreves da at begrunnelsen for det begrensede samværet samsvarer med de kravene som er oppstilt av EMD og storkammeravgjørelsene.

6.4.3 Begrunnelsen

Et sentralt moment ved den konkrete samværsfastsettelsen er barnets sårbarhet.¹³⁰ Sårbarheten blir i denne saken beskrevet i en forsinket utvikling. Det blir blant annet i avsnitt 67 uttalt at barnets språkforståelse ligger ett år og ni måneder etter normal utvikling, samt at hun ligger noe etter motorisk. Videre i samme avsnitt blir det vist til en rapport fra barnehagen hvor det fremgår at barnet har hatt vansker i lek med andre barn på grunn av at det skal lite til før barnet blir veldig sint eller satt ut. Hun trenger da hjelp av voksne til å falle til ro og komme videre. Selv om årsaken til sårbarheten ikke er avklart, er den godt dokumentert gjennom beskrivelser av hvordan sårbarheten viser seg. Begrunnelsen for barnets sårbarhet synes å ta utgangspunkt i de retningslinjene som fremgår av storkammeravgjørelsene fra 2020.

At det stilles strengere krav til begrunnelsen nå sammenlignet med tidligere rettspraksis, illustreres også i avsnitt 85. Her synes Høyesterett å stille seg kritisk til at den sakkyndige uttaler at økt samvær kan utsette barnet for en urimelig belastning, uten at dette blir konkret begrunnet. Siden samværfastsettelse er et inngripende tiltak overfor både barnet og dets biologiske foreldre, kan det stilles spørsmål ved om Høyesterett burde bedt om en mer konkret begrunnelse før det ble truffet en avgjørelse. På den andre siden gis det inntrykk av at beslutningsgrunnlaget samlet sett var tilstrekkelig begrunnet til at Høyesterett kunne ta en avgjørelse som tok barnets og foreldrenes interesser behørig i betraktning.

Når samværet fastsettes må dette gjøres «[...] konkret ut fra omstendighetene i den enkelte sak».¹³¹ Til tross for dette uttaler Høyesterett at HR-2020-662-S «[...] gir en viss veiledning for saken her», jf. avsnitt 84. Sett i lys av at Høyesterett har kritisert tidligere rettspraksis for

¹³⁰ HR-2021-474-A avsnitt 53.

¹³¹ HR-2020-662-S avsnitt 124.

at det har oppstått en standardnormering ved samværsfastsettelse ved langtidsplasseringer,¹³² kan det stilles spørsmål ved om Høyesterett burde vært forsiktig med en slik uttalelse. Særlig siden det kan tolkes som en normering i saker hvor barna er særlig sårbare, som var grunnen til at Høyesterett mente at HR-2020-662-S kunne gi en viss veiledning.

For at avgjørelsen skal få frem de ulike interessene i saken, fremgår det av rettspraksis fra EMD og storkammeravgjørelsene at det er et grunnleggende krav «[...] om at nasjonale myndigheter må foreta en balansert avveining».¹³³ I avsnitt 85 blir barnets sårbarhet avveid mot at det har vært en positiv utvikling i samværene den siste tiden, samt at barnets biologiske mor i større grad har rettet seg etter veiledning fra barnevernet. Selv om det overordnede målet er at barnet skal tilbakeføres til moren synes hensynet til barnets beste i denne saken å veie tyngre enn hensynet til familiebandet. Dette er fordi samværsomfanget, til tross for den positive utviklingen, fastsettes så lavt at gjenforening kan være vanskelig. Hensynet til barnets beste var også avgjørende i tidligere rettspraksis, men i HR-2021-474-A synes vektleggingen av hensynet å være bedre begrunnet i forholdene i saken.

6.4.4 Oppsummert

Til tross for at Høyesterett i HR-2021-474-A fastsatte et samvær som gjør det vanskelig å legge til rette for tilbakeføring i fremtiden, synes avgjørelsen å følge opp retningslinjene fra storkammeravgjørelsene. Begrunnelsen synes å være tilstrekkelig begrunnet gjennom konkrete beskrivelser av forholdene i saken, samt at det er foretatt en reell avveining av barnets og foreldrenes interesser hvor hensynet til barnets beste var avgjørende.

6.5 HR-2021-475-A

6.5.1 Generelt

Saken gjaldt spørsmål om samværsfastsettelse. I 2015 overtok barneverntjenesten omsorgen for to barn på elleve og syv år etter langvarige forgjeves tiltak fra barneverntjenesten. Barnas biologiske foreldre ønsket at samværsomfanget skulle trappes opp.

¹³² HR-2020-662-S avsnitt 124.

¹³³ HR-2020-661-S avsnitt 164.

6.5.2 Gjenforeningsmålsettingen

Selv om kommunen anførte at målet om gjenforening var oppgitt, uttalte Høyesterett at « [...] det ikke er fremkommet nye opplysninger for Høyesterett som gir grunnlag for å konkludere med at målet om gjenforening kan oppgis» jf. avsnitt 49. Samværet ble derfor fastsatt « [...] med sikte på å opprettholde, styrke og utvikle båndene mellom barna og foreldrene, slik at det kan arbeides for å nå målet om gjenforening i et noe lengre tidsperspektiv», jf. avsnitt 51. Henvist til tidligere drøftelse, stilles det krav til samværets hyppighet og kvalitet for at tilbakeføring skal kunne være mulig en gang i fremtiden.¹³⁴ Til tross for gjenforeningsmålsettingen, fastsette Høyesterett et begrenset samvær på fem ganger i året. Selv om samværsomfanget er lavt for å legge til rette for gjenforening, er det avgjørende hvordan Høyesterett har begrunnet samværsomfanget.

6.5.3 Begrunnelsen

Et sentralt moment ved samværsfastsettelse er de sakkyndige vurderingene av barnas sårbarhet. Med henvisning til storkammeravgjørelsene, fremgår det av HR-2021-475-A at vurderingene «må grunngis konkret og på bakgrunn av et oppdatert og tilstrekkelig faktisk grunnlag».¹³⁵ I HR-2021-475-A blir barnas sårbarhet dokumentert gjennom sakkyndige vurderinger, samt uttalelser fra SFO, skole, barnevernet og fosterforeldrene.¹³⁶ Samlet synes beslutningsgrunnlaget å være tilstrekkelig til at barnets og foreldrenes interesser blir tatt behørig i betraktning.

Når det gjelder begrunnelsen for barnets sårbarhet er sårbarheten for det største barnet, E, «[...] satt i sammenheng med den marginale og til dels skadelige omsorgssituasjonen barna hadde levd i så langt under oppveksten», jf. avsnitt 54. For å beskrive sårbarheten blir det vist til tidligere utredninger som inneholder blant annet vurderinger om forsinkelser i utvikling, og at barnet strever i sosiale situasjoner.¹³⁷ Videre blir sårbarheten skildret gjennom reaksjoner i etterkant av samværene. Blant annet har E tisset på seg på grunn av redsel for å bli tilbakeført til sine biologiske foreldre, se avsnitt 57. Samlet synes begrunnelsen for Es sårbarhet å være i samsvar med retningslinjene fra storkammeravgjørelsene. Dette er fordi det gis beskrivelser

¹³⁴ HR-2020-661-S avsnitt 144 og HR-2020-662-S avsnitt 134.

¹³⁵ HR-2021-475-A avsnitt 52.

¹³⁶ HR-2021-475-A avsnitt 57.

¹³⁷ HR-2021-475-A avsnitt 55 og 56.

av hva som er årsaken til sårbarheten, konkrete beskrivelser av hva sårbarheten går ut på og hvilken betydning det kan ha for samværsfastsettelsen.¹³⁸

Et annet moment som er sentralt ved samværsfastsettelse er foreldrenes omsorgsevne. Inn under denne vurderingen inngår blant annet kvaliteten på samværet. Det fremgår av faktum at ingen av partene i HR-2021-475-A opplevde at kvaliteten på samværet var tilfredsstillende, se avsnitt 65. En konsekvens av dette er at det bør utvises forsiktighet «[...] med å trekke konklusjoner om foreldrenes omsorgsevne og samværskompetanse ut fra et begrenset eller utilfredsstillende samvær alene».¹³⁹ Når det overordnede målet er at barna skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre, har myndighetene en plikt til å legge til rette for at samværet har god kvalitet.¹⁴⁰ Det innebærer at dersom samværet ikke fungerer må andre alternativer prøves, eller samværet må justeres.¹⁴¹ For å bedre kvaliteten på samværet kommer Høyesterett i avsnitt 75 med forslag til konkrete tiltak. Dette tyder på at Høyesterett følger opp kritikken fra EMD og retningslinjene fra storkammeravgjørelsene hvor plikten fremgår.¹⁴² Inn under momentet om foreldrenes omsorgsevne inngår også sakkyndige vurderinger av hvordan foreldrene er i møte med barna. I HR-2021-475-A fremgår det at «[...] foreldrene strever med sensitivitet og forståelse for barnas følelsesmessige behov under samvær [...]», jf. avsnitt 76. For å underbygge dette blir det beskrevet at foreldrene behandler barna ulikt, barna har opplevd moren sint under samvær, og at foreldrene ikke viser forståelse for at barna synes det er kjedelig at det under samværene brukes mye tid på fotografering. Sammenlignet med tidligere rettspraksis synes begrunnelsene i HR-2021-475-A å være bedre begrunnet i beskrivelser av de konkrete forholdene i saken.

6.5.4 Avveiningen av de ulike interessene

For å treffe en avgjørelse som tar i betraktning barnas og foreldrenes interesser i saken må det foretas en balansert avveining.¹⁴³ For å begrunne samværsomfanget uttaler Høyesterett at:

«Et slikt samvær vil på den ene siden ikke tilsidesette hensynet til barnets beste og vil ikke utsette dem for urimelige belastninger, samtidig som et slikt samværsomfang vil gi rimelige

¹³⁸ HR-2020-661-S avsnitt 169.

¹³⁹ HR-2020-661-S avsnitt 155.

¹⁴⁰ HR-2020-662-S avsnitt 127.

¹⁴¹ HR-2020-662-S avsnitt 127.

¹⁴² HR-2020-662-S avsnitt 127 : *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13.

¹⁴³ HR-2020-661-S avsnitt 76.

muligheter til å arbeide videre med at båndene mellom barna og foreldrene kan styrkes og utvikles». ¹⁴⁴

Høyesterett får her tydelig frem at det er foretatt en reell avveining av barnas og foreldrenes interesser. Det blir konkret begrunnet hvorfor barnets beste gis avgjørende vekt, samtidig som det uttrykkes at det skal jobbes videre for å styrke båndet mellom barna og dets biologiske foreldre.

6.5.5 Oppsummert

Avgjørelsen tyder på at samværet kan begrenses dersom det er tilstrekkelig begrunnet i hensynet til barnets beste. Det kan begrunnes i at det avgjørende er å fastsette et samvær som ikke utsetter barnet for urimelige belastninger. Henvist til tidligere drøftelse vil ikke dette stride med rettspraksis fra EMD, som har uttalt at ved motstrid skal hensynet til barnets beste gis forrang.

6.6 HR-2021-476-A

6.6.1 Generelt

Etter en lengre tids kontakt med barnevernsmyndighetene overtok barnevernet i 2018 omsorgen for fire barn i alderen fem til ti år. Familien kom opprinnelig fra Afrika, og barnas biologiske mor flyttet tilbake til Afrika i 2017. Saken i HR-2021-476-A gjaldt spørsmålet om samværsfastsettelse mellom barna og deres biologiske far.

6.6.2 Gjenforeningsmålsetting

I HR-2021-476-A ble gjenforening ikke ansett å være realistisk på kort sikt, likevel uttalte Høyesterett at samværet måtte fastsettes «[...] med utgangspunkt i å opprettholde, styrke og utvikle båndene mellom barna og foreldrene, slik at det kan arbeides for å nå målet om gjenforening i et noe lengre tidsperspektiv», jf. avsnitt 47. Ved at Høyesterett i HR-2021-476-A konkluderte med et samvær på fire ganger i året på de to minste, og seks ganger på de to eldste barna, kan det stilles spørsmål ved om Høyesterett i realiteten utelukker at gjenforening

¹⁴⁴ HR-2021-475-A avsnitt 81.

kan være mulig. Nettopp fordi det stilles krav til samværets hyppighet og kvalitet dersom en tilbakeføring skal være realistisk.¹⁴⁵ For å sikre at samværsfastsettelsen ikke medfører brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8, stilles det krav til beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen for å forklare det begrensede samværsomfanget.

6.6.3 Begrunnelsen

At gjenforening ikke var realistisk på kort sikt ble av Høyesterett begrunnet i «[...] manglene ved fars omsorgskompetanse, barnas særlige sårbarhet og deres behov for å finne ro i fosterhjemmene [...]», jf. HR-2021-476-A avsnitt 47. Det er derfor interessant å analysere hvordan Høyesterett skildrer fars omsorgsevne og barnas sårbarhet, for å finne ut om begrunnelsen er i samsvar med de kravene som stilles av rettspraksis fra EMD og storkammeravgjørelsene.

At barnas sårbarhet er et sentralt moment ved samværsfastsettelse er fordi «[...] samværet ikke skal utsette barnet for urimelige belastninger, og at det heller ikke kan fastsettes slik at det er til skade for barnets helse og utvikling».¹⁴⁶ For det største barnet, B, blir sårbarheten blant annet beskrevet gjennom diagnosen PTSD som hun har fått på grunn av traumeopplevelser som er knyttet til alvorlig konflikt mellom hennes biologiske foreldre over tid, og at moren plutselig reiste fra familien. Videre blir B sin sårbarhet beskrevet gjennom uttalelser om at barnet har vansker med å stole på voksne, samt utfordringer i noen fag på skolen og i sosialt samspill, se avsnitt 51. Det fremgår også av de sakkyndige vurderingene at barnet har hatt reaksjoner etter samvær med far fordi hun har tatt seg nær av kritiske uttalelser fra faren om hennes utseende. I saken er det B og C som er de to største barna og som er mest preget av barndommen. I likhet med B har også C fått diagnosen PTSD på grunn av traumeopplevelser i hjemmet, se avsnitt 54. Sammenlignet med tidligere rettspraksis, hvor barnets sårbarhet bare ble fastslått, synes barnas sårbarhet i HR-2021-476-A å være konkret begrunnet gjennom beskrivelser av hvordan sårbarheten viser seg, og hvorfor det vil ha betydning for samværsfastsettelsen.

Et annet moment som ble tillagt vekt ved samværsfastsettelsen i HR-2021-476-A var fars omsorgsevne. Inn under dette momentet inngår kvaliteten på samværet, samt hvordan faren er

¹⁴⁵ Se blant annet HR-2020-661-S avsnitt 144.

¹⁴⁶ HR-2021-476-A avsnitt 48.

i møte med barna. Fars manglende omsorgsevne blir for det første begrunnet i språkutfordringer. Disse utfordringene blir blant annet beskrevet gjennom uttalelser fra barnas far om at han ikke opplever det som et problem at han og barna ikke snakker samme språk, se avsnitt 59. Videre fremgår det av begrunnelsen at han har fått tilbud om språkopplæring, men har takket nei. Språkutfordringene blir trukket frem som et moment som taler for at han har manglende omsorgsevne, fordi «[...] språkutfordringene viser manglende innsikt i hvor viktig språket er for at han og barna skal kunne nå inn til hverandre», jf. avsnitt 59. Under samvær har språkutfordringene også vist seg ved at barna opplever at faren overser dem når de ikke får svar på spørsmål de stiller, se avsnitt 60. Et annet argument som taler for manglende omsorgsevne er at barnas far verken er villig til å ta til seg veiledning, eller få veiledning.¹⁴⁷ Når det gjelder hvordan han er i møte med barna, blir det på den positive siden trukket frem at barna setter pris på å møte far, og at han er vennlig med barna.¹⁴⁸ På den andre siden blir det påpekt at faren under flere samvær har påpekt pigmentflekker i ansiktet på barna, se avsnitt 64. Dette har vært en grunn til at spesielt det eldste barnet, B, har hatt negative reaksjoner etter samvær, se avsnitt 52. Et annet moment som blir trukket frem er hans manglende forståelse for barnas savn etter mor.¹⁴⁹ Dette blir underbygget med at faren nekter å fortelle barna, og barnevernet, hvordan de kan få kontakt med moren. Samlet synes påstanden om fars manglende omsorgsevne å være godt begrunnet gjennom flere konkrete beskrivelser av forholdene i saken.

6.6.4 Avveiningen av de ulike interessene

I den samlede vurderingen synes Høyesterett å foreta en balansert avveining av de kryssende interessene til barna og deres far. For eksempel tyder det på at Høyesterett i avsnitt 78 veier hensynet til barnets beste mot hensynet til familielivet da det uttales at «[...] D og E ikke har det samme traumbildet som de to eldste, og at det vil kunne være bra for deres kjennskap til far om de har for eksempel to samvær ekstra i året».¹⁵⁰ Høyesterett synes her å fastsette et samvær hvor barna og faren gis mulighet til å utvikle og styrke båndene mellom dem, samtidig som at det ikke går på bekostning av hva som det beste for barnet. At hensynet til barnets beste er ivaretatt viser seg også ved at Høyesterett velge å utvide til seks samvær i

¹⁴⁷ HR-2021-476-A avsnitt 62.

¹⁴⁸ HR-2021-476-A avsnitt 59.

¹⁴⁹ HR-2021-476-A avsnitt 65.

¹⁵⁰ HR-2021-476-A avsnitt 78.

året, og ikke åtte, fordi farens manglende samværskompetanse er «[...] av en slik karakter at det per i dag ikke er forsvarlig å iverksette et så stort sprang som fra samvær fire ganger i året til åtte ganger», jf. avsnitt 79. At hensynet til barnets beste er av overordnet betydning ved samværsfastsettelse, samsvarer med rettspraksis fra EMD hvor det er uttalt at ved motstrid mellom barnas og foreldrenes interesser er hensynet til barnets beste det avgjørende.¹⁵¹

For de to største barna er også hensynet til barnets beste avgjørende når Høyesterett konkluderer med å ikke utvide samværet. Likevel fremgår det av vurderingen at hensynet til familiebandet er en del av avveiningen, blant annet gjennom Høyesterett sin uttalelse om at «[...] det må være en klar ambisjon å øke til seks samvær, når hensynet til barnet tilsier det», jf. avsnitt 83. Dette begrunner Høyesterett i vektleggingen «[...] hensynet til gjenforeningsmålet, samt at den sakkyndige fremholder positive sider ved samværene, at barna er glad i far, og at far klemmer på barna og viser at han er glad i dem, og gir dem gode måltider», jf. avsnitt 83. Selv om det kommer tydelig frem av uttalelsen at hensynet til å styrke familiebandet er en del av vurderingen, blir det lagt avgjørende vekt på hva som er til barnets beste.

6.6.5 Oppsummert

Til tross for at Høyesterett fastsetter et begrenset samvær synes dette å være grundig begrunnet gjennom konkrete beskrivelser av forholdene i saken. Videre synes Høyesterett å foreta en reell og balansert avveining av de kryssende interessene, og slik sikrer at inngrepet i familielivet ikke vil krenke EMK artikkel 8.

¹⁵¹ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13 avsnitt 206.

7 Konsekvensene av Høyesteretts nye retningslinjer

7.1 Innledning

Som en konsekvens av domfellelsene i EMD, og de nye retningslinjene fra storkammeravgjørelsene, har Høyesterett opphevet flere beslutninger om ankenektelser etter tvisteloven § 36-10 fra lagmannsrettene. I dette kapitlet er det gjort analyser av noen av disse for å finne ut hvorfor. Videre i kapitlet er det også gjort analyser av nyere avgjørelser fra lagmannsrettene, for å drøfte hvorvidt Høyesterett sine føringer har blitt fulgt opp i praksis.

Det følger av HR-2020-661-S at «Ved anke over lagmannsrettens beslutning om ikke å gi samtykke til å fremme anken etter tvisteloven § 36-10, kan Høyesterett bare prøve lagmannsrettens saksbehandling».¹⁵² Videre i samme avsnitt fremgår det at Høyesterett ved prøvingen har full kompetanse.

7.2 Opphevelse på grunn av mangler ved beslutningsgrunnlaget

7.2.1 HR-2020-1962-U

I 2016 overtok barnevernet omsorgen for tre barn i alderen syv til fjorten år. I HR-2020-1962-U var spørsmålet for Høyesterett om lagmannsrettens beslutning om å ikke gi samtykke til ankebehandling var riktig.

I HR-2020-1962-U kritiserte flertallet i Høyesterett tingretten for å ikke ha innhentet en ny sakkyndig vurdering. Den sakkyndige vurderingen som forelå på domstidspunktet ble innhentet i 2017, da omsorgsovertakelsen ble behandlet i tingretten. Selv om det forelå en utredning av mors omsorgsevner fra 2019 til ett av de større barna, mente Høyesterett at denne utredningen ikke kunne «erstatte behovet for en utredning som spesifikt gjelder F sin tilknytning til mor, og mors omsorgsevner», jf. avsnitt 37. At det ikke var fremlagt en ny

¹⁵² HR-2020-661-S avsnitt 60.

sakkyndig vurdering hadde også betydning for at vurderingstemaet som ble lagt til grunn var for snevert, jf. avsnitt 36. Dette begrunnet Høyesterett med å vise til tingrettens uttalelse om at «[...] det kunne vært ønskelig med en nærmere utredning av mors omsorgsevne på dette punkt i forhold til F spesifikt».¹⁵³ Høyesterett mente at uttalelsen ikke kunne tolkes annerledes enn at tingrettens dom baserte seg på et beslutningsgrunnlag som ikke var tilstrekkelig. Samlet mente Høyesterett at denne mangelen «[...] kunne innebære en krenkelse av retten til familieliv etter Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8 dersom tingrettens dom blir stående som endelig avgjørelse i saken», jf. avsnitt 40. Derfor konkluderte Høyesterett med å oppheve lagmannsrettens beslutning om ankenektelse.

At det kan være ulike tolkninger av kravene som stilles til beslutningsgrunnlaget, illustreres ved mindretallets uttalelser i HR-2020-1962-U. Mindretallet i Høyesterett mente at det ikke var nødvendig med en ny sakkyndig vurdering fordi det samlede bevisgrunnlaget var tilstrekkelig og forsvarlig, jf. avsnitt 42. Dette ble underbygget med at det ved tingrettens avgjørelse var en fagkyndig meddommer, flere vitner med barnevernfaglige bakgrunn, samt at det ikke var noe som tydet på at resultatet hadde blitt annerledes etter en ankeforhandling, jf. avsnitt 46 og 49. Videre underbygget mindretallet dette med at barnet selv ønsket å bo i fosterhjemmet, og på grunn av barnets alder uttalte Høyesterett at dette måtte tillegges betydelig vekt, jf. avsnitt 52. Mindretallet i Høyesterett mente derfor at anken måtte forkastes, fordi beslutningsgrunnlaget samlet sett var tilstrekkelig til at det ikke forelå en krenkelse av EMK artikkel 8.

7.2.2 HR-2020-916-U

I 2016 overtok barnevernet omsorgen for et barn på elleve år. Barnets biologiske mor ønsket å oppheve omsorgsovertakelsen, og krevde rettslig prøving av tiltaket i tingretten. I tingretten ble fylkesnemndas vedtak stadfestet. Saken for Høyesterett gjaldt lagmannsrettens beslutning om å ikke gi samtykke til ankebehandling.

Det følger av storkammeravgjørelsene at utgangspunktet er at omsorgsovertakelser skal være midlertidige, og at det overordnende målet er at barnet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre.¹⁵⁴ I HR-2020-916-U uttalte Høyesterett at «Selv om tingrettens avgjørelse i saken

¹⁵³ HR-2020-1962-U avsnitt 36.

¹⁵⁴ HR-2020-661-S avsnitt 143.

her er grundig, er gjenforeningsaspektet i liten grad løftet frem», jf. avsnitt 18. Høyesterett mente at tingretten la til grunn at omsorgsovertakelsen var langvarig, uten å begrunne oppgivelsen av gjenforeningsmålsettingen, jf. avsnitt 18. Kritikken ble underbygget med at barnet hadde bodd sammen med moren i mange år og ønsket å bo der videre, jf. avsnitt 18. Videre ble det rettet kritikk mot at den sakkyndige i tingretten ble gitt et svært begrenset mandat, noe som medførte at de ulike sidene ved en eventuell tilbakeføring ikke ble nærmere utredet, jf. avsnitt 19 og 20. Samlet mente Høyesterett at svakhetene i tingrettens avgjørelse knyttet til gjenforeningsmålsettingen, ikke var tilstrekkelig «[...] ut fra de kriterier som er lagt til grunn i storkammeravgjørelsene fra Høyesterett», jf. avsnitt 22. Lagmannsrettens avgjørelse om ankenektelse ble derfor opphevet.

7.3 Opphevelse på grunn av mangler ved begrunnelsen

7.3.1 HR-2020-1418-U

Faktum i saken var at to barn ble akutt plassert i juni 2015 etter en alvorlig voldshendelse i hjemmet, hvor moren slo faren i hodet med en stein. Da moren ble løslatt i september 2015 ble barna tilbakeført til henne, for deretter å bli akutt plassert to måneder senere. I 2018 fremmet barnas far krav om tilbakeføring. Begjæringen om opphevelse av omsorgsovertakelsen ble ikke tatt til følge i tingretten. Da saken ble anket til lagmannsretten, ble det ikke gitt samtykke til ankebehandling. Saken for Høyesterett gjaldt lagmannsrettens beslutning om ankenektelse vedrørende opphevelse av omsorgsovertakelsen, og fastsettelse av samvær.

Høyesterett opphevet i denne saken lagmannsrettens beslutning om ankenektelse fordi det forelå flere svakheter med tingrettens beslutning. For det første mente Høyesterett at begrunnelsen var for generell, sammenlignet med hvilke krav som nå stilles av EMD og storkammeravgjørelsene. I stedet for å være begrunnet i konkrete eksempler, mente Høyesterett at begrunnelsen var behandlet på et overordnet og generelt nivå, jf. avsnitt 29. Videre påpekte Høyesterett at det ikke fremgikk av tingrettens begrunnelse at det var gjort vurderinger av hensynet til familiebåndet. For at begrunnelsen skal være i samsvar med de kravene som er stilt av EMD og storkammeravgjørelsene, må det vises at det er foretatt en reell avveining der hensynet til familiebåndet har vært en del av vurderingen. Det at barnas far hadde prøvd å få barna tilbakeført tidligere, og hadde fått innvilget av arbeidsgiver å gå ned i

stilling dersom det skjedde, var ikke behandlet i tingrettens domsslutning. Høyesterett uttalte at det ikke samsvarte med de kravene som nå stilles til begrunnelsen.

En av endringene i rettspraksis etter domfellelsene i EMD og storkammeravgjørelsene, er at det ikke lenger skilles mellom midlertidige og langvarige plasseringer. At fylkesnemnda og tingretten mente det var tale om en langtidsplassering, anså Høyesterett å stride mot gjeldende rett. Særlig når grunnen til at barnas far mistet omsorgen var så spesielle. Dette ble også ansett som en svakhet i tingrettens begrunnelse fordi det ga inntrykk av at gjenforeningsmålsettingen ikke var vektlagt.

Samlet mente Høyesterett at svakhetene i tingrettens begrunnelse var av en slik karakter at det kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel 8 dersom tingrettens dom ble stående. Derfor ble lagmannsrettens beslutning om ankenektelse opphevet.

7.3.2 HR-2020-998-U

Faktum i saken var at det i 2019 ble fattet hastevedtak for et barn på syv år som ble plassert i et beredskapshjem. Her ble barnet boende noen måneder før han ble flyttet videre til et fosterhjem. Da saken ble anket fra tingretten til lagmannsretten, ble det i lagmannsretten ikke gitt samtykke til å fremme anken etter tvisteloven § 36-10 (3). Spørsmålet for Høyesterett var om omsorgsovertakelsen og samværsfastsettelsen kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel 8, dersom tingrettens dom ble stående. Her er det mest interessant å se på Høyesterett sine bemerkninger til tingrettens vurderinger av samværsfastsettelsen.

Grunnen til at Høyesterett opphevet lagmannsrettens beslutning i denne saken var fordi det i begrunnelsen ikke var redegjort i tilstrekkelig grad for hvorfor samværet ble begrenset, se avsnitt 22. Dette begrunnet Høyesterett i at det fremgikk av faktum at barnet ikke hadde hatt noen negative reaksjoner etter samværene, samt at uttalelsen om at barnet hadde et ekstraordinært behov for ro i fosterhjemmet ikke var nærmere underbygget. Etter storkammeravgjørelsene kreves det nå at forhold som begrenser kontakten mellom barnet og dets biologiske foreldre, må være begrunnet i konkrete beskrivelser av forholdene i saken. Når det i begrunnelsen ikke fremgår uttrykkelig hvilket behov som tilsier at kontakten bør begrenses, besluttet Høyesterett å oppheve lagmannsrettens beslutning om ankenektelse, se avsnitt 26.

7.4 Har lagmannsrettene rettet seg etter praksis fra Høyesterett?

Etter storkammeravgjørelsene har det blitt avsagt flere dommer i lagmannsrettene med utgangspunkt i rettspraksis fra EMD og retningslinjene fra storkammeravgjørelsene. Et eksempel er LB-2019-36332 som ble avsagt like etter storkammeravgjørelsene våren 2020. Ved samværsfastsettelsen fastsatte lagmannsretten vesentlig mer samvær, sammenlignet med tingrettens beslutning. I tingretten ble samværet fastsatt til to tretimerssamvær i året. Dette ble i lagmannsretten utvidet til seks tretimerssamvær og fire overnattingssamvær. Flere dommer fra lagmannsrettene tyder på at det nå fastsettes mer samvær enn før.¹⁵⁵ I LG-2021-50732 besluttet lagmannsretten, i tillegg til tingrettens samvær, at barnet skulle ha rett til seks overnattingssamvær i året med sine biologiske foreldre. Et annen eksempel er LB-2020-144837 hvor lagmannsretten besluttet et samvær på ti ganger i året, ut fra målsettingen om gjenforening.

Selv om det er avsagt dommer i lagmannsretten som tyder på at det nå fastsettes mer samvær enn før, er det også avsagt avgjørelser hvor samværet begrenses, eller nektes, ut fra hensynet til barnets beste.¹⁵⁶ Ett eksempel er LB-2021-721. I denne saken var lagmannsretten enig med fylkesnemnda og tingretten, i at forholdene i saken tilsa at det ikke burde være mer enn ett samvær i året. Til tross for et svært begrenset samvær, mente lagmannsretten at det overordnende målet var at barnet en gang i fremtiden skulle tilbakeføres til sine biologiske foreldre. At gjenforening er det overordnende målet, uavhengig av antatt varighet på omsorgsovertakelsen, viser seg i flere dommer avsagt i lagmannsrettene.¹⁵⁷ I LB-2019-36332 uttalte lagmannsretten at det var for tidlig å oppgi målet om gjenforening. Også i LG-2022-035833 uttalte lagmannsretten at gjenforeningsmålsettingen ikke var forlatt, selv om en gjenforening med far på domstidspunktet ble ansett for å være lite nærliggende.

Samlet gis det inntrykk av at samværsfastsettelsen nå, uavhengig av antatt varighet på omsorgsovertakelsen, tar utgangspunkt i at barnet skal gjenforenes med sine biologiske foreldre. At det i noen dommer fastsettes mer samvær enn før kan begrunnes i gjenforeningsmålsettingen. Dersom en tilbakeføring skal være realistisk, bør samværet være av et vist omfang. Dette er fordi barnet og dets biologiske foreldre gjennom samværet gis en

¹⁵⁵ Se blant annet LA-2020-165058 og LA-2021-17386.

¹⁵⁶ Se blant annet LA-2021-101625-2, LB-2020-186932 og LE-2021-99194.

¹⁵⁷ Se blant annet LB-2020-144837, LB-2020-186932 og LG-2021-50732.

mulighet til å styrke og utvikle båndene mellom dem. Selv om gjenforening er det overordnede målet illustrerer samværsfastsettelsen, særlig i de sakene hvor samværet er begrenset, at barnets beste er det avgjørende for omfanget av samværet.

8 Konklusjon

8.1 Hvorvidt har norsk rettspraksis endret seg ved samværsfastsettelse etter domfellelsene i EMD?

Etter domfellelsene i EMD synes de største endringene i norsk rettspraksis å rette seg mot formålsfastsettelsen, samt kravene som stilles til beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen. Det skilles ikke lenger mellom midlertidige og langvarige plasseringer. Det overordnende målet, uavhengig av antatt varighet, er at barnet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre. Videre stilles det krav til et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag, og en begrunnelse som er begrunnet i konkrete beskrivelser. Samlet skal dette oppnå at foreldrene og barnas interesser behørig blir tatt i betraktning, og avveid mot hverandre. I motsetning til tidligere rettspraksis, som ga inntrykk av å være standardisert, synes avgjørelsene nå i større grad å bli gjort ut fra en konkret vurdering i den enkelte sak.

Selv om analysene gir inntrykk av at Høyesterett fremdeles i mange saker fastsetter et lavt samværsomfang, synes nyere avgjørelser fra lagmannsrettene å fastsette mer samvær nå enn før. At det i norsk rett har vært en tendens til å fastsette et lavt samværsomfang, tror jeg kan forklares i vektleggingen av hensynet til barnets beste. Selv om EMD har kritisert norske myndigheter for å legge for liten vekt på hensynet til familiebandet, og for mye vekt på barnets beste, synes ikke norsk rettspraksis å ha endret seg særlig etter kritikken. Selv om rettspraksis etter domfellelse tyder på at hensynet til familiebandet kommer tydeligere frem i avveiningen, synes barnets beste fremdeles å «trumfe» gjennom. Det kan hevdes at Norge har et annet syn på hvilken vekt som skal tillegges barnets beste versus det biologiske prinsipp. I EMD synes det, ut fra målet om gjenforening, å bli fastsatt så mye samvær som mulig uten at det går ut over barnets helse og utvikling. Barnets beste synes her å være et moment i vurderingen for å nå målet om gjenforening. I norsk rettspraksis gis det derimot inntrykk av at det ikke er avgjørende å fastsette et samvær som i størst mulig grad legger til rette for gjenforening. Det er fordi samværet fastsettes ut fra hensynet til barnets beste, ikke ut fra hvor mye barnet kan tåle. Samlet tyder det på at det er en lavere terskel i norsk rett, sammenlignet med praksis fra EMD, til å begrense samværsomfanget dersom hensynet til barnets beste tilsier det.

Hvorvidt EMD anser Norge sin kursendring for å være tilstrekkelig blir først bli avgjort når EMD behandler en sak som er avsagt etter retningslinjene fra storkammeravgjørelsene. Personlig tror jeg at kravene som nå stilles til beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen, gjør at norsk rettspraksis samsvarer med kravene fra EMD. Selv om barnets beste fremdeles tillegges avgjørende vekt ved samværsfastsettelse, er begrunnelsen for det begrensede samværet bedre forankret i et tilstrekkelig bredt og oppdatert beslutningsgrunnlag.

Litteraturliste

Litteratur

Barne- og familiedepartementet, *Styrker rettssikkerheten for barn og foreldre*, 09.april 2021, <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/bld/nyheter/2021/ny-barnevernslov/id2843407/> (lest 01.mai 2022).

Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 4 utg., Universitetsforlaget 2021.

Havre, Merete, *Norsk lovkommentar: Barnevernloven*, note 245 og 248, Rettsdata.no (lest 26.april 2022).

Kvalø, Kirsten K. og Köhler-Olsen, Julia, *Barnerett i et nøtteskall*, Gyldendal juridisk 2016.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6.utgave, Universitetsforlaget 2016.

Norges institusjon for menneskerettigheter (NHRI), *Nye EMD-avgjørelser i norske barnevernssaker*, 20.januar 2022, <https://www.nhri.no/2022/nye-emd-avgjorelser-i-norske-barnevernssaker/> (lest 10.februar 2022).

Norges institusjon for menneskerettigheter (NHRI), *Prøving og reparasjon av menneskerettighetskrenkelseser*, <https://www.nhri.no/rapport/barnevern/9-proving-og-reparasjon-av-menneskerettighetskrenkelseser/> (lest 17.april 2022).

Riiber, Trine, «Samvær etter barnevernloven § 4-19» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (2018)* s. 145.

Norske lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

§ 102

§ 104

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

§ 1-6

§ 4-1

§ 4-6

§ 4-12

§ 4-19

§ 7-10

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

§ 11-4

§ 30-4

§ 36-5

§ 36-10

Norske lovforarbeider

NOU 2000:12 *Barnevernet i Norge, Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer.*

NOU 2012:5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling: Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.*

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

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

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

Innst. 625 L (2020-2021) *Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.*

Internasjonale konvensjoner og FNs barnekomité

Convention on the Rights of the child 20 November 1989 (barnekonvensjonen - BK)

Artikkel 3

Artikkel 9

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950 (EMK)

Artikkel 8

Artikkel 46

FNs barnekomité

General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (UN. Doc. CRC/C/GC/14).

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2006 s. 247

Rt. 2012 s. 1832

Rt. 2015 s. 467

HR-2017-2015-A

HR-2019-638-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-916-U

HR-2020-998-U

HR-2020-1418-U

HR-2020-1962-U

HR-2021-474-A

HR-2021-475-A

HR-2021-476-A

Underinstanser

LA-2017-090427

LA-2020-165058

LA-2021-17383

LA-2021-101625-2

LA-2018-091796

LB-2016-191215

LB-2017-097507

LB-2018-138626

LB-2018-173033

LB-2019-36332

LB-2020-144837

LB-2020-186932

LB-2021-721

LE-2021-99194

LF-2017-152073

LG-2021-50732

LG-2022-035833

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

A.S mot Norge no. 60371/15 [2019]

E.M. med flere mot Norge no. 53471/17 [2022]

Hernehult mot Norge no. 14652/16 [2020]

Jansen mot Norge no. 2822/16 [2018]

K.O. og V.M. mot Norge no. 64808/16 [2019]

M.L. mot Norge no. 43701/14 [2020]

Pedersen med flere mot Norge no. 60371/15 [2020]

Strand Lobben med flere mot Norge no. 37283/13 [2019]