



UiT Norges arktiske universitet

Det Juridiske fakultet

Gjenforeningsmålet og dets betydning for norsk barnevernrett

Ingvild Margrethe Schwenke

Masteroppgave i JUR-3902 Januar 2021

Innholdsfortegnelse

Gjenforeningsmålet og dets betydning for norsk barnevernrett.....	1
1 Innledning.....	1
1.1 Tema og aktualitet	1
1.2 Avgrensing og oppbygging av oppgaven	2
1.3 Metode og rettskildebruk.....	3
2 Grunnleggende prinsipper i barnevernretten.....	3
2.1 Innledning.....	3
2.2 Legalitetsprinsippet	3
2.3 Hensynet til barnets beste	4
2.4 Mildeste inngreps prinsipp	5
2.5 Det biologiske prinsipp.....	6
2.6 Barnets rett til å medvirke	7
3 Det rettslige grunnlaget for gjenforeningsmålet.....	7
3.1 Nasjonal lovgivning.....	7
3.2 Internasjonale konvensjoner	8
3.2.1 Barnekonvensjonen	8
3.2.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.....	10
3.3 Hvordan skal de nasjonale domstolene forholde seg til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen?.....	12
3.4 Relevant rettspraksis.....	12
3.4.1 Innledende bemerkninger	12
3.4.2 Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolens.....	12
3.4.3 Norsk rettspraksis i etterkant av Strand-Lobben saken	13
3.5 Oppsummering	15
4 Hva innebærer gjenforeningsmålet?.....	16
4.1 Forholdet mellom Grunnloven og EMK art. 8.	16

4.2	Gjenforeningsmålet etter EMDs praksis.....	17
4.3	Gjenforeningsmålet etter nasjonal rett.....	18
4.3.1	Forlegger det også et mål om gjenforening etter barnevernloven?.....	18
5	Hvor langt strekker gjenforeningsmålet seg?.....	19
5.1	Innledning.....	19
5.2	Kravet om å være «particularly unfit».....	20
5.3	Må gjenforening anses å være til barnets beste?	22
5.3.1	Barnets beste som hensyn i relasjon til EMK art. 8	23
5.3.2	Oppfølgingen i Høyesterett	24
5.4	Hvilken betydning har lengden på omsorgsovertakelsen?	25
5.5	Kravet om tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag.....	26
5.5.1	Kravet til beslutningsgrunnlag etter EMK	26
5.5.2	Kravet til beslutningsgrunnlag etter norsk rett.....	27
5.6	Oppsummering av hvor langt gjenforeningsmålet strekker seg.	28
6	Hvilken betydning har gjenforeningsmålet for fastsettelsen av samvær etter en omsorgsovertakelse?	29
6.1	Samværets formål og omfang.....	29
6.2	Retten til samvær etter barnevernloven	30
6.3	Barnets rett til medvirkning i spørsmål om samvær.....	31
6.4	Endringer av rutine for fastsettelse av samvær etter sakene fra Høyesterett.....	33
6.5	Grunner til å begrense eller nekte samvær	35
6.6	Oppsummering av hvilken betydning gjenforeningsmålet har for fastsettelsen av samvær etter en omsorgsovertakelse?	36
7	Besøkskontakt etter adopsjon.....	36
7.1	Innledning.....	36
7.1.1	Barnevernlovens regler om besøksrett etter adopsjon..... Feil! Bokmerke er ikke definert.	
8	Avslutning	37

9	Kildeliste	39
---	------------------	----

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Barn er sårbare rettssubjekter som er helt avhengige av at voksne verner deres rettigheter. Historisk sett har det vært en oppfatning om at barn skal «ses, men ikke høres». Barns rettigheter kom ikke i fokus før etter FNs barnekonvensjon (BK) fra 1989. Dette til tross for at barneretten er sentral for både barn og voksne. Foreldre, besteforeldre, tanter, onkler, osv. kan i stor grad påvirkes av reglene som følger av barneretten. Videre utgjorde barn i 2017 så mye som 21% av den norske befolkning.¹

Det er spesielt viktig at barns rettigheter opprettholdes i situasjoner der barnet er ekstra sårbart, slik som ved en omsorgsovertakelse. Når et barn fjernes fra sine biologiske foreldre vil barnet ofte oppleve situasjonen som utfordrende og skremmende. Dets behov for ivaretagelse vil bero helt på de voksne som er involvert.

Målet om gjenforening går ut på å tilbakeføre barn til deres foreldre etter en omsorgsovertakelse. En omsorgsovertakelse skal som utgangspunktet være midlertidig.² Derfor foreligger det et grunnleggende mål om å kunne gjenforene barnet og foreldrene. For å oppnå dette, må forholdet mellom barnet og foreldrene ivaretas, og dette gjøres ved regelmessig samvær.

Oppgavens tema er «gjenforeningsmålet og dets betydning for norsk barnevernrett». Innholdet i gjenforeningsmålet må således klarlegges. Videre vil utmåling av samvær utgjøre en stor del av oppgaven. Fastsettelse av samvær er en sentral del av den norske barnevernretten, og gjenforeningsmålet stilling er et grunnleggende moment ved vurderingen av hvor mye samvær det skal være mellom foreldrene og barnet.

Oppgaven behandler barnerett og herunder barnevernrett, men også i stor grad menneskerettigheter på en internasjonal skala. Formålet med teksten er å belyse gjenforeningsmålet, og å redegjøre for hva nyere rettspraksis på området har å si for den norske barnevernretten.

¹ Bendiksen og Haugli, Sentrale emner i barneretten 3. utgave, Universitetsforlaget 2018. (heretter Bendiksen og Haugli) side. 57

² HR-2002-661-S avsnitt 97.

Det er kommet en rekke sentrale og relevante dommer på området. Først fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og i ettertid fra Høyesterett. I mars 2020 behandlet Høyesterett i storkammer tre barnevernssaker.³ Temaet i sakene var hvorvidt retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8 var krenket. Flere sentrale vurderinger ble gjort i lys av Strand Lobben dommen som ble behandlet av EMD i september 2019.⁴

Disse dommene legger føringer for endring av norsk barnevernspraksis, en omsorgsovertakelse skal ikke lengre kunne anses som langvarig fra første stund. dommene har også blitt mye omtalt i media, og som følge av dette, har det norske barnevernet opplevd å bli kritisert på et internasjonalt plan.⁵ Temaet er ut fra dette svært dagsaktuelt.

1.2 Avgrensning og oppbygging av oppgaven

Målet om gjenforening er aktuelt i tilfeller der en omsorgsovertakelse er gjennomført. Vedtak om omsorgsovertakelse av et barn er et forvaltningsvedtak som kan prøves fullt ut av domstolene jf. tvisteloven § 36-5 (3). De foreliggende omstendigheter som har ført til omplassering av barnet vil jeg ikke gå nærmere inn på. Denne oppgaven omhandler ikke vedtaket om å fjerne barnet fra hjemmet, men prosessen som følger etterpå.

Fremgangsmåten ved oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse, vil heller ikke behandles her. Temaet for oppgaven er målsettingen om å kunne gjenforene foreldre og barn, og hvordan denne målsettingen påvirker fastsettelsen av samvær. Både prosessen før en omsorgsovertakelse, og prosessen ved å oppheve tiltaket, vil således falle utenfor hovedproblemstillingen.

Oppgaven er delt i tre deler. Først vil jeg gjøre rede for innholdet i gjenforeningsmålet, deretter trekke opp dets grenser. Til slutt vil jeg drøfte hvordan gjenforeningsmålet påvirker norsk barnevernrett ved fastsettelsen av samvær. Ved å behandle disse tre temaene vil jeg belyse gjenforeningsmålet rolle og dets betydning i norsk barnevernrett.

³ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S

⁴ Strand Lobben and others v. Norway

⁵ Ertzeid Heidi, «Har norsk barnevern et ufortjent dårlig rykte?», Forskningsartikkel av: Velferdsforskningsinstituttet NOVA <https://www.oslomet.no/forskning/forskningsnyheter/har-norsk-barnevern-ufortjent-darlig-rykte> sist lest. 18.11.20

For å gjøre avhandlingen oversiktlig vil jeg først gå inn på oppgavens metodiske oppbygning og rettskildebruk. Deretter vil jeg kort behandle en rekke prinsipper som tar del i flere av avhandlingens videre drøftelser.

1.3 Metode og rettskildebruk

Oppgaven gir ikke opphav til særskilte problemer for anvendelsen av den juridiske metode, men den er basert på et bredt rettsgrunnlag sammensatt av en rekke forskjellig rettskilder. På bakgrunn av det sammensatte rettsgrunnlaget, vil flere av oppgavens drøftelser belage seg på rettskilder sett i sammenheng med hverandre. Disse rettskildene har både nasjonal, og internasjonal bakgrunn.

For å oppnå en oversiktlig oppgavestruktur, vil jeg først redegjøre for flere grunnleggende prinsipper innen barneretten, og de relevante rettskilder. Ikke alle prinsippene er nødvendigvis like relevante for oppgavens problemstilling, men det er hensiktsmessig å skape et fullstendig bilde av de viktigste prinsippene i barnevernretten.

Deretter vil det foretas en fortolkning, og avveining, i kapittel 4-7. Dette oppsettet er valgt for å besvare problemstillingene som reises i oppgaven, uten å måtte redegjøre for det brede rettsgrunnlaget løpende i de senere drøftelser.

2 Grunnleggende prinsipper i barnevernretten

2.1 Innledning

Det foreligger en rekke grunnleggende prinsipper i barneretten som springer ut at flere rettskilder. Disse prinsippene skal legges til grunn i saker som omhandler barn, og de står sterkt i norsk barnevernrett.⁶ Det vil nå kort redegjøres for innholdet i de aktuelle prinsippene.

2.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet var lenge et ulovfestet prinsipp, men i 2014 ble prinsippet nedfelt i Grunnloven § 113. Bestemmelsen sier at ingen kan dømmes uten hjemmel i lov, og ingen

⁶ Bendiksen og Haugli side. 38.

lover kan gis tilbakevirkende kraft. Legalitetsprinsippet innebærer et krav til både domstolene, og til forvaltningen, og bare formell lov aksepteres som grunnlag⁷.

Legalitetsprinsippet er en overordnet rettsregel som fastslår at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn i borgernes rettigheter uten hjemmel i formell lov. Lovkravet er fundamentalt i en velfungerende rettsstat, fordi det sikrer både maktfordeling og individets rettsikkerhet. Stortinget fastsetter først betingelsene for inngrep, og domstolene kontrollerer at betingelsene er oppfylt i de konkrete tilfeller.

Maktfordelingen sikres ved å hindre maktkonsentrasjon og maktmisbruk⁸, dette gjøres ved at stortinget først må vedta en lov, før forvaltningen eller domstolene kan gripe inn i borgeres rettigheter. Individets rettsikkerhet sikres videre av forutberegneligheten prinsippet medbringer. Dette kravet til forutsigbarhet medfører at vilkårlighet ikke er tillatt.

2.3 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er et overordnet barnerettslig prinsipp som springer ut av et sammensatt rettsgrunnlag.⁹ Denne rettigheten har fått grunnlovsvern ved Grl § 104 andre ledd, som fastslår at ved handlinger og avgjørelser som omhandler barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Prinsippet gjenfinnes også i Barnekonvensjonen, barneloven, utlendingsloven,¹⁰ og adopsjonsloven.¹¹ Det er et av de mest sentrale barnerettslige prinsippene.¹²

Barnevernloven § 4-1 annet ledd, fastsetter at hensynet til barnets beste, skal legges til grunn ved en vurdering av hvilke tiltak som skal iverksettes etter lovens fjerde kapittel. Ved vurderingen av hva som er til det beste for barnet, skal bare de momenter som har betydning for barnet trekkes inn. Hvordan hensynet til barnets beste skal vektlegges vil variere ut fra en vurdering om hvor sterkt barnet berøres av det aktuelle vedtaket. Ved avgjørelser om samvær og adopsjon skal hensynet veie svært tungt.¹³

⁷ Aall, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, 5. utgave 1. opplag 2018, Fagbokforlaget. (heretter Aall) side 115.

⁸ All side 116.

⁹ Bendiksen og Haugli side. 53-54.

¹⁰ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her § 38.

¹¹ Lov om adopsjon § 4.

¹² Bendiksen og Haugli side. 53-54.

¹³ Bendiksen og Haugli. side. 54.

Prinsippet anses som en rettslig standard som beror på skjønnsmessige vurderinger. Det nøyaktige innholdet i barnets beste vil variere på en internasjonal skala og kan påvirkes av forskjellige oppfatninger av kultur, religion og tradisjoner.¹⁴ Det normative innholdet har også vist seg å være dynamisk, fordi samfunnets oppfatninger er i konstant utvikling. Det følger av Proposisjon. 106 om endringer i barnevernloven at «Ny forskning, systematisert erfaringskunnskap og endringer i kulturelle normer styrer de faglige vurderingene, og utvikler skjønnnet om hva som er barnets beste.»¹⁵ Selv om dette bare er en proposisjon, gir det en indikasjon på at innholdet i hensynet til barnets beste er dynamisk. Samfunnets forståelse av hva som er til det beste for et barn i dag skiller seg eksempelvis fra oppfatningen fra 1950 tallet.

2.4 Mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp går ut på at det offentlige ikke skal foreta tiltak som er mer inngripende enn nødvendig. Prinsippet kommer til uttrykk flere steder i både forarbeidene og i barnevernlovens system, men det er ikke spesifikt lovfestet.¹⁶ Eksempelvis kommer prinsippet indirekte til uttrykk i bl.a. bvl § 4-12 andre ledd ved ordlyden

«et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter §4-4 eller ved tiltak etter §4-10 eller §4-11.»

Bestemmelsen fremstiller her et nødvendighetskrav som belager seg på at det mildeste tiltaket som er egnet, skal benyttes. Dersom hjelpetiltak etter § 4-4 er tilstrekkelige til å hjelpe barnet, skal det velges over eksempelvis en omsorgsovertakelse.¹⁷ I EMK kommer prinsippet også indirekte til uttrykk ved forholdsmessighetsvurderingen som fremkommer av EMK art. 8 nr. 2 (denne vurderingen behandles nærmere under punkt 3.2.2.1). Prinsippet gjør seg gjeldende også på samværstettens område, fordi innskrenkninger i samværsretten må anses som et inngrep i retten til familieliv.

I saker der en omsorgsovertakelse er aktuell kommer prinsippet særlig til uttrykk ved at det ofte prøves mindre inngripende tiltak først. Slike mindre inngripende tiltak etter bvl § 4-4

¹⁴ NOU: 2012: 5 om Bedre beskyttelse av barns utvikling. Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet. (Heretter NOU: 2012: 5) side. 41

¹⁵ Prop. 106 L (2012-2013) om Endringer i barnevernloven s. 82.

¹⁶ Bendiksen og Haugli. side. 178.

¹⁷ Bendiksen og Haugli. side. 178.

tredje ledd kan bestå av å «beslutte at opphold i barnehage eller andre egnede dagtilbud, opphold i besøkshjem eller avlastningstiltak, leksehjelp, fritidsaktiviteter, bruk av støttekontakt eller andre lignende kompenserende tiltak». Alle disse alternativene vil være mindre inngripende i retten til familieliv enn en omsorgsovertakelse.

Dersom en omsorgsovertakelse allerede er gjennomført kommer prinsippet også til anvendelse ved vurderingen av samvær. Satt på spissen vil det eksempelvis være bedre for barnet å få tilsyn under samvær, i stedet for samværsnekt.

2.5 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp går ut på at barn hovedsakelig skal vokse opp hos sine foreldre, og dersom det ikke er mulig, skal barnet ha kontakt med dem.¹⁸ Prinsippet regnes som et av de grunnleggende prinsippene i barnevernsretten. Til tross for dette brukes ikke betegnelsen «det biologiske prinsipp» i barnevernloven, men det er klart at prinsippet ligger til grunn for loven.¹⁹

Prinsippet gir uttrykk for at de biologiske foreldrene har det primære ansvaret for barna sine. Resten av samfunnet og barnevernet har kun et subsidiært ansvar for å tre inn dersom foreldrene ikke klarer å ta seg av barna sine på en tilstrekkelig måte.²⁰ Videre gir prinsippet uttrykk for viktigheten ved at «kontakten mellom barn og foreldre skal opprettholdes etter en omsorgsovertakelse»²¹.

Familien er normalordningen og samfunnsoppfatningen er at barn skal vokse opp hos sine foreldre. Det biologiske prinsipp bygger på en oppfatning om at det har stor verdi for barn å vokse opp med sine biologiske foreldre. Prinsippet tar utgangspunkt i en etisk vurdering som setter det biologiske slektskapet innad i en familie høyt. Det anses som positivt for barnets ve og vel, å få vokse opp hos sine foreldre. Normalt danner den biologiske tilknyttingen et sterkt følelsesmessig bånd mellom barnet og foreldrene. Et barn er eksempelvis tett knyttet til mor allerede igjennom svangerskapet.

¹⁸ NOU: 2012: 5 s. 41

¹⁹ NOU: 1012: 5 s. 41

²⁰ NOU: 1012: 5 s. 41

²¹ Prop. 106 I (2012-2013) om Endringer i barnevernloven side 82.

2.6 Barnets rett til å medvirke

Barnets medvirkningsrett betyr at barnet skal gis mulighet til å uttale seg om alle avgjørelser som angår det. Prinsippet kommer direkte til uttrykk i Grunnloven § 104 første ledd.

Bestemmelsen lyder «De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overenstemmelse med deres alder og utvikling». Paragrafens første ledd bygger på Barnekonvensjonen art. 12, som også gir uttrykk for at barn har rett til å bli hørt i saker som angår dem selv. Men bestemmelsen må også leses i sammenheng med konvensjonens art. 3 om barnets beste.²²

Barnets medbestemmelsesrett er også lovfestet i bvl ved § 1-6. Det fremgår av paragrafen at alle barn som er i stand til å danne sine egne synspunkter, har «rett til å medvirke i alle forhold som vedrer barnet» etter barnevernloven. Barnet har også krav på «tilstrekkelig og tilpasset informasjon» for å danne sine egne synspunkter.

I saker som omhandler omsorgsovertakelse, samvær, eller fast bosted, har ofte barnet egne meninger og ønsker. Prinsippet gir uttrykk for at den som er best egnet til å tale for barnets interesser er barnet selv.

3 Det rettslige grunnlaget for gjenforeningsmålet

3.1 Nasjonal lovgivning

Den norske Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov er verdens nest eldste gjeldende grunnlov.²³ Grunnloven er den høyeste rettskilden, den er *lex superior*. Det betyr at Grunnloven vil gå foran annen lovgivning ved motstrid²⁴. Til tross for lovens høye alder var det var ikke før i 2014 at menneskerettighetene ble nedfelt Grunnloven. Det ble gjort ved § 92 som fastslår at den norske stat har en todelt forpliktelse til å respektere og beskytte menneskerettighetene.

En annen sentral bestemmelse er Grl § 102 om retten til privatliv og familieliv. Bestemmelsen gir en uttrykkelig beskyttelse av familielivet. Det er ikke bare de voksenes familieliv som er beskyttet etter ordlyden, men også barnas. Bestemmelsen suppleres av § 104 annet ledd som

²² HR-2019-2101-A. avsnitt 76.

²³ Aall s. 26

²⁴ Aall s. 24

også gir barn et særskilt vern, ved å presisere at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Disse grunnlovsbestemmelsene er av særlig betydning i saker som omhandler omsorg og samvær.²⁵

Menneskerettighetene er også inkorporert i norsk lov ved Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven/mrl.). Loven inkorporerer flere internasjonale konvensjoner og det følger av § 1 at lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Videre foreligger det en del spesiallovgivning på barnerettens område. Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven/bvl.) er sentral ved norsk barnevernrett. Lovens formål er jf. § 1 å

«sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid. Loven skal bidra til at barn og unge møtes med trygghet, kjærlighet og forståelse og at alle barn og unge får gode og trygge oppvekstsvilkår.»

Barn er sårbare rettssubjekter som har behov for særrettigheter og et ekstra vern ved en slik spesiallovgivning. Flere av de nasjonale lovbestemmelsene på barnerettens område er inspirert av, eller må ses i sammenheng med internasjonale bestemmelser.

3.2 Internasjonale konvensjoner

De to sentrale, internasjonale konvensjonene for oppgavens problemstilling er, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) fra 1950, og FNs barnekonvensjon (BK) fra 1989. Begge konvensjonene er inkorporert som norsk lov ved menneskerettsloven, og lovens § 3 fastslår at konvensjonene går foran annen norsk lovgivning ved motstrid.

3.2.1 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen gir uttrykk for en global annerkjennelse av at barn har rettigheter, og at barn har et særskilt behov både for støtte og rett til støtte. Konvensjonen har global oppslutning med unntak av USA. Barnekonvensjonen inneholder både sivile og politiske rettigheter i tillegg til økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. I tillegg er det bestemmelser som inneholder momenter av flere typer rettigheter slik som for eksempel BK

²⁵ Aall s. 230

art. 3. første ledd som fastslår at i alle saker «concerning children» skal «the best interests of the child» være en «primary concern».

Ved tolkninger etter barnekonvensjonen, skal fire grunnprinsipper anvendes.²⁶ Disse er retten til ikke-diskriminering etter art. 2, hensynet til barnets beste, etter art. 3, retten til liv og utvikling etter art. 6 og retten til å bli hørt etter art. 12. Barnekonvensjonens offisielle språk er Arabisk, Kinesisk, Engelsk, Fransk, Russisk og Spansk jf. art. 54. I denne oppgaven vil den Engelske versjonen av barnekonvensjonen benyttes.

Gjenforeningsmålet kommer ikke direkte til uttrykk fra Barnekonvensjonen. Til tross for dette er en rekke bestemmelser i konvensjonen sentrale for redegjørelsen av gjenforeningsmålet innhold. Barnekonvensjonen artikkel 9 pålegger eksempelvis partene å sikre at barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, med mindre kompetente myndigheter beslutter at adskillelse i samsvar med gjeldende rettsregler er nødvendig av hensyn til barnets beste. Jf. art. 3 nr. 1.²⁷

Nødvendighetskravet i art. 9 nr. 1 har en formulering som ligger svært nær den i EMK art. 8 nr. 2. BK art. 9 nr. 1 lyder:

“States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.”

Både BK art. 9 og EMK art. 8 verner retten til familieliv, men Barnekonvensjonen har kun fokus på barnets rettigheter. Foreldrenes interesser er derfor ikke et relevant moment ved nødvendighetsvurderingen etter BK art. 9, i motsetning til ved en tilsvarende vurdering etter reglene i EMK art. 8 (se punkt 3.2.2.1).

Videre fastslår artikkel 16 at ingen barn skal utsettes for vilkårlig innblanding i sitt privatliv, familieliv, hjem eller sin korrespondanse. Her er også kravet om legalitet sentralt, det

²⁶ Bendiksen og Haugli side. 38

²⁷ Høstmælingen, Njål. Og Kjørholt, Elin S. Og Sandberg, Kirsten, Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge, 3. utgave, Universitetsforlaget 2020. side. 186.

foreligger altså et krav om vilkårlighet. Det betyr at hvis myndigheten ønsker å bryte inn i retten til familielivet, må det foreligge tilstrekkelig lovhjemmel.

3.2.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950, men trådte ikke i kraft før 3. september 1953. Konvensjonen finnes på to offisielle språk, fransk og engelsk jf. art. 59. I denne oppgaven vil den engelske versjonen benyttes.

Konvensjonen beskytter hovedsakelig sivile rettigheter, men også enkelte politiske og økonomiske rettigheter. Det følger av EMK art. 1 at «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention». Medlemsstatene forplikter seg her til å sikre rettighetene til «everyone» som befinner seg på deres territorium. Betegnelsen «everyone» omfatter også barn.

Konvensjonen har stor betydning for norsk rett. Videre er det artikkel 8 som sikrer retten til privatliv og retten til familieliv, og bestemmelsen er derfor relevant for vurderingen av gjenforeningsmålets innhold. Det er ingen andre bestemmelser i EMK som er like relevante for oppgavens tema. Denne bestemmelsen berører ofte barn. Norge er av EMD dømt en rekke ganger for krenkelse av barns rettigheter, etter denne bestemmelsen.²⁸

3.2.2.1 Den europeiske menneskerettskonvensjonen art. 8

Bestemmelsen lyder:

1. Everyone has right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this rights except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

²⁸ Strand Lobben and others v. Norway. Og Pedersen and others v. Norway. Og Hernehult v. Norway.

Bestemmelsen verner to rettigheter, retten til privatliv, og retten til familieliv. Ordlyden er generell og tilsier at «everyone» er omfattet av disse rettighetene, også barn. Artikkelens nr. 1 beskytter retten til familieliv. Det følger av en naturlig språklig forståelse, at forholdet mellom barn og deres foreldre, klart faller inn under uttrykket «family life». En omsorgsovertakelse vil således være et inngrep i denne retten.

Artikkelens punkt nr. 2 åpner for å kunne gjøre slike inngrep, men det foreligger tre kumulative vilkår. Det er bare i tilfeller der alle disse vilkårene er oppfylt myndighetene kan gripe inn i retten til familielivet.²⁹

1. Det må foreligge hjemmel i lov.
2. Det må være nødvendig i et demokratisk samfunn, og
3. Inngrepet må fremme minst ett av formålene oppgitt i art. 8 nr. 2

Vilkår nr. 1 stiller et krav om legalitet. Det må foreligge hjemmel i lov for å kunne gripe inn i borgeres rettigheter. Dette følger også av legalitetsprinsippet, se punkt 2.2. Eksempelvis er en omsorgsovertakelse et inngrep i retten til familieliv og må derfor ha hjemmel i lov.

Vilkår nr. 2 setter opp et krav om legitimt formål. Inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Etter vilkår nr. 3 må et inngrep også gjennomføres av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet, helse, moral, eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Det følger et forholdsmessighetskrav etter vilkår nr. 2. Målet ved tiltaket må veies opp mot inngrepet i retten til familieliv. Ved en omsorgsovertakelse har tiltaket som regel et mål om å beskytte barnets «rettigheter og friheter», eller dets «helse og moral». Inngrepet kan for eksempel ha som mål å verne barnets rett til frihet fra vold og overgrep. Dersom det foreligger konflikt mellom foreldrenes og barnets interesser må myndighetene foreta en interesseavveining, det må foreligge «a fair balance»³⁰ mellom inngrepet og målet med tiltaket. Målet myndighetene prøver å oppnå ved tiltaket (for eksempel å beskytte et barn fra overgrep) må altså veies opp mot inngrepet i familielivet.

²⁹ HR-2020-662-S. avsnitt. 49

³⁰ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 206

3.3 Hvordan skal de nasjonale domstolene forholde seg til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen?

En sentral del av oppgaven er å redegjøre for hvordan Høyesterett har forholdt seg til praksis fra EMD. Det er derfor nødvendig å gå inn på hvordan EMK skal anvendes og herunder hvordan EMDs avgjørelser har betydning på den nasjonale rettsanvendelsen.

EMK etablerte i 1959 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) jf. art. 19, med sete i Strasbourg i Frankrike. Domstolen håndhever konvensjonen. Enhver person som er omfattet av konvensjonen kan jf. EMK art. 34 fremme sin klage direkte til domstolen dersom de mener rettighetene deres etter konvensjonen er krenket av en av medlemsstatene.

Det følger videre av EMK art. 46 punkt. 1 at «The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgement of the Court in any case to which they are parties». Partene er med dette underlagt EMDs jurisdiksjon og er forpliktet til å rette seg etter domstolens endelige avgjørelser. Avgjørelser fra EMD er førende for hvordan nasjonale domstoler skal tolke EMK.

3.4 Relevant rettspraksis

3.4.1 Innledende bemerkninger

Oppgaven baserer seg i stor grad på nyere rettspraksis, og de følgende drøftelsene vil bygge på vurderinger fra rettspraksisen. Det gjøres her kort rede for de mest sentrale elementene i dommene som vil anvendes, slik at det blir enklere å følge vurderingene videre i oppgaven, uten å måtte redegjøre for dommenes faktum og tema underveis.

3.4.2 Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolens

EMK har stor betydning for norsk rett. Norge er dømt i EMD for krenkelse av retter til familieliv etter EMK art 8 i en rekke saker³¹. Det er særlig Strand Lobben og andre mot Norge som er aktuell for de videre drøftelse. Det er denne dommen jeg vil bruke mest plass på i oppgaven fordi saken er behandlet i storkammer og fordi EMD tar for seg en rekke problemstillinger som er relevant i vurderingen av norsk barnevernrett.

³¹ Strand Lobben and others v. Norway. Pedersen and others v. Norway. Hernehult v. Norway.

Strand Lobben mfl. Mot Norge omhandler fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon mot morens vilje.

Mor var i denne saken, i en vanskelig livssituasjon da hun ble gravid. Hun bodde en periode hos sine foreldre, men da barnet ble født, flyttet hun midlertidig inn på et familiesenter sammen med sønnen. De ansatte på senteret uttrykte bekymring bl.a. fordi barnet var slapt og ikke gikk opp i vekt. Da sønnen var tre uker gammel, ble det fattet et akuttvedtak av barnevernstjenesten, og barnet ble midlertidig plassert i fosterhjem. Akuttvedtaket ga mor samværsrett på en og en halv time per uke.

Vedtaket om omsorgsovertakelse ble deretter fattet av fylkesnemnda, og samværet ble da redusert til to timer samvær, seks ganger i året. Vedtaket ble brakt inn for tingretten og fikk moren fikk medhold, men kommunen anket saken videre. Lagmannsretten opprettholdt omsorgsovertakelsen, men reduserte samværet ytterligere til to timer fire ganger i året.

Barneverntjenesten fremmet så etter tre år, i denne sammenhengen sak om fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon. Mor hadde på dette tidspunktet giftet seg og fått sitt andre barn, som hun bor sammen med, og har foreldreansvaret for. Kommunen vant fram i saken både i fylkesnemnda og i tingretten. Mors anke til lagmannsretten ble nektet fremmet. Mor klaget da saken sin inn for EMD.

EMD kom i kammeravgjørelse den 30. november 2017 under dissens (4-3) fram til at retten til familieliv etter EMK art. 8, ikke var krenket. Mor begjærte prøving, og fikk innvilget sak i Storkammeret. EMD gir der klart uttrykk for at Norge ikke har tilrettelagt for gjenforening på en tilstrekkelig måte. Videre var undersøkelsene om sakens faktiske forhold ikke oppdaterte og ikke begrunnet ved et *tilstrekkelig og oppdatert* beslutningsgrunnlag. Dommen inneholder også flere prinsipielle uttalelser om norsk samværspraksis.

Norge ble i EMDs storkammer dømt med et flertall på 17 mot 4 for overtredelse av retten til familieliv etter EMK art. 8.

3.4.3 Norsk rettspraksis i etterkant av Strand-Lobben saken

Etter de norske domfellelsene i EMD oppstod det et behov for å avklare rettstilstanden. Jeg har i denne framstillingen tatt utgangspunkt i dommer fra Høyesterett. Det er særlig tre saker som er sentrale. De ble behandlet i Høyesteretts storkammer i mars 2020. Høyesterett tok

sikte på å behandle disse sakene, med utgangspunkt i rettstilstanden, etter Strand-lobben dommen.

Kravet til tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag jf.- HR-2020-661-S

Saken omhandler en jente født i 2016. Lagmannsretten ga ikke samtykke til anke over tingrettens dom i barnevernssak jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd. Tingretten hadde stadfestet fylkesnemndas vedtak om fratakelse av foreldreansvar og gitt godkjenning til at fosterforeldrene kunne adoptere barnet.

Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt lagmannsretten skulle ha gitt samtykke til behandling av de biologiske foreldrenes anke fordi det kunne foreligge en krenkelse av EMK art. 8.

Ved saksbehandlingen tok Høyesterett utgangspunkt i at lovbestemmelsen om adopsjon må følge rammene som følger av EMDs praksis. Et av de sentrale punktene Høyesterett peker på fra Strand Lobben dommen var at vedtak om adopsjon må begrunnes med et tilstrekkelig og *oppdatert* beslutningsgrunnlag. Herunder må det foretas en balansert og tilstrekkelig bred avveining av hensyn. Dersom det overordnede målet om gjenforening er oppgitt, medfører dette et skjerpet krav til begrunnelse. Utgangspunktet er at bestemmelsene om adopsjon må praktiseres innenfor disse rammene som følger av EMDs praksis.

Høyesterett kom fram til at tingrettens beslutningsgrunnlag og begrunnelse ikke var tilstrekkelig. Det ble spesielt vektlagt at vurderingen av mors positive endringer var mangelfull. Lagmannsrettens beslutning ble opphevet.

Gjenforeningsmålet og fastsettelse av samvær - HR-2020-662-S

Dommen omhandler en anke over lagmannsrettens avgjørelse i en sak om omsorgsovertakelse og samvær for et barn som var to og et halvt år på domstidspunktet (barnet ble født i 2017). Dommens tema er barnets bånd til foreldrene veid opp mot hensynet til barnets beste. Både omsorgsovertakelsen og spørsmålene om samvær er til full prøving jf. tvisteloven § 35-5. Dommen er relevant for oppgavens tema, og den har en rekke uttalelser som jeg vil gå nærmere inn på senere i oppgaven.

Lagmannsretten stadfestet fylkesnemndens vedtak om omsorgsovertakelsen av barnet, men valgte å doble samværet fra fire til åtte ganger i året. Høyesterett kom til at foreldrene ikke kunne gi barnet tilstrekkelig omsorg. Ved spørsmålet om utmålingen av samvær kommer Høyesterett med en uttalelse om at den grunnleggende målsettingen om gjenforening

forutsetter fastsettelse av så mye samvær som mulig, uten å tilsidesette hensynet til barnets beste.³² Det er viktig at samværet er i et omfang som styrker barnets bånd til foreldrene. Samtidig må det ikke bli så omfattende at det går utover barnet. Samværet i denne saken ble satt til åtte ganger i året.

Barns medbestemmelsesrett og hensynet til barnets beste - HR-2020-663-S

Saken omhandler et barn født i 2011. Lagmannsretten hadde ikke gitt samtykke til å fremme anke over tingrettens dom. Tingretten stadfestet fylkesnemndas avgjørelse om overtakelse av omsorg og nektelse av samværsrett for barnets far.

Faren ble i 2011, mens mor var gravid, dømt for voldtekt og seksuell omgang med to jenter under 14 år. Han ble dømt til fengsel i fire år og seks måneder. Soningen ble påbegynt før datteren ble født sommeren 2011. Moren avslutter etter hvert forholdet til far, og hun fikk foreldreansvaret alene. Far fikk ikke samværsrett med datteren.

I 2018 traff fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse. Jenta som da var syv år gammel uttalte til en talsperson at hun syntes det var greit om det ble bestemt at hun skulle bo hos en annen familie. Hun ga også uttrykk for at hun gjerne ville treffe faren sin.

Det mest prinsipielle spørsmålet som behandles i denne tredje avgjørelsen er hvorvidt barn skal høres i slike saker. Høyesterett kom til at ankene over lagmannsrettens beslutning ble forkastet. Tingrettens beslutning om samværsnekt og omsorgsovertakelse ble stående.

3.5 Oppsummering

Som nevnt innledningsvis baserer oppgaven seg på et vidt rettskildegrunnlag. En del forkunnskaper om de grunnleggende prinsippene i barneretten, EMK art 8, barnevernloven og den relevante rettspraksisen er nødvendige for å redegjøre for hvordan disse rettskildene skal forstås og tolkes.

Strand Lobben saken og de tre avgjørelsene fra Høyesterett vil trekkes inn i en rekke drøftelser videre i oppgaven. Sakene er relevant for forskjellige problemstillinger. Den første saken, HR-2020-661-S, omhandler i stor grad et krav til tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag. Sak nummer to, HR-2020-662-S, belyser gjenforeningsmålet og

³² HR-2020-662-S avsnitt 134

fastsettelse av samvær. Og sak nummer tre- HR-2020-663-S er relevant for vurderingen av barns medbestemmelsesrett, og hensynet til barnets beste.

4 Hva innebærer gjenforeningsmålet?

4.1 Forholdet mellom Grunnloven og EMK art. 8.

Retten til familieliv fremkommer av flere rettskilder. Det er særlig to bestemmelser som er sentrale i norsk rett. Den første er Grl § 102, hvor ordlyden direkte verner retten til familieliv. Den andre er Grl § 104 som fastslår barns integritetsvern. I motsetning til EMK art. 8 inneholder ikke Grunnloven § 102 noen begrensninger i retten til familieliv. Til tross for dette kan ikke bestemmelsen anses som å være absolutt. I tråd med de andre konvensjonene som var inspirasjon for bestemmelsen, følger det av Høyesterettspraksis at det er tillatt å gripe inn i rettighetene etter paragrafen, Dette kan bare gjøres dersom tiltaket har «tilstrekkelig *hjemmel*, forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*»³³.

Grunnloven § 102 er inspirert av EMK art. 8 og må tolkes i lys av denne. Dette er fastslått ved høyesterettspraksis i flere saker, der Høyesterett har anvendt bestemmelsene ved siden av hverandre.³⁴ Det fremkommer videre av høyesterettspraksis at de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene skal danne et utgangspunkt for grunnlovstolkningen, jf. HR-2015-206-A. Saken omhandler avslag på en asylsøknad, men uttalelsene om anvendelsen av Grunnloven § 102 og EMK art. 8 gjør seg gjeldende også i saker som omhandler gjenforeningsmålet. I dommen uttaler Høyesterett at

«Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser»³⁵.

Grunnlovsbestemmelsene skal ut fra dette tolkes og avklares av Høyesterett, men høyesterett må følge EMDs føringer for tolkning av EMK art. 8. Grl § 102 gir således ikke et vern av

³³ Rt. 2014 side 1105 avsnitt 28 og Rt. 2015 side 93 avsnitt 60.

³⁴ Rt. 2014 s. 1105 og Rt. 2015 side. 81. og Aall s. 214

³⁵ HR-2015-289-A avsnitt. 57

retten til familieliv som strekker seg utover vernet etter EMK art. 8. Derfor vil den videre drøftelsen av gjenforeningsmålet basere seg på EMK art. 8 og EMDs anvendelse av artikkelen.

4.2 Gjenforeningsmålet etter EMDs praksis

Målet om gjenforening forankres delvis i retten til familieliv. Retten til familieliv følger av både BK art. 16, og EMK art. 8. Ved en omsorgsovertakelse vil det ikke følge et absolutt brudd på retten til familieliv, men familiebåndene vil bli betydelig svekket.

Omsorgsovertakelser griper derfor inn, ikke bare i foreldrene, men også i barnets rett til familieliv etter EMK art. 8.³⁶ EMD beskriver dette i Strand Lobben slik:

«As is well established in the Court's case-law, the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by this provision. Any such interference constitutes a violation of this Article unless it is "in accordance with the law", pursues an aim or aims that is or are legitimate under its second paragraph and can be regarded as "necessary in a democratic society".³⁷

Prinsippet om gjenforening kommer også direkte til uttrykk i flere av EMDs rettsavgjørelser³⁸. Retten har avgjort at omsorgsovertakelse skal være et midlertidig tiltak. Dersom en familie først er adskilt, utgangspunktet ved en omsorgsovertakelse skal være at tiltaket er midlertidig, og at barnet så raskt som mulig skal tilbakeføres til familien sin. EMD har vist i flere saker at de iligger gjenforeningsmålet stor vekt.³⁹

“At the same time, 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”⁴⁰.

³⁶ HR 2020-662-S avsnitt. 48.

³⁷ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 202 og 205

³⁸ Bl.a E.P mot Italia avsnitt 64. Olsson v. Sverige 1988 avsnitt. 81, Strand Lobben and others. V. Norway avsnitt. 205. Pedersen and others v. Norway avsnitt. 60.

³⁹ Bl.a E.P mot Italia avsnitt 64. Olsson v. Sverige 1988 avsnitt. 81, Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 205 Pedersen and others v. Norway avsnitt. 60.

⁴⁰ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 205

For å oppnå tilbakeføring av barnet skal det også iverksettes tiltak av de nasjonale myndighetene.⁴¹ Dersom en omsorgsovertakelse først er gjennomført, pålegger det myndighetene en positiv plikt, om å legge til rette for gjenforening etter EMK art. 8. Et slikt tiltak som EMD utpeker er samvær. Dette vil behandles nærmere under punkt 6.

4.3 Gjenforeningsmålet etter nasjonal rett

4.3.1 Forlegger det også et mål om gjenforening etter barnevernloven?

Bvl § 4-16 om oppfølging av vedtak om omsorgsovertakelse, siste punktum, lyder «Der hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, jf. § 4-21». Ordlyden gir ikke direkte uttrykk for at det skal være et utgangspunkt om gjenforening ved en omsorgsovertakelse, men nyere rettspraksis har ilagt ordlyden et utgangspunkt om midlertidighet og tilbakeføring. Det fremkommer av alle de tre dommene Høyesterett behandlet i storkammer i mars 2020.⁴²

Høyesterett uttalte i en av sakene at:

«Ved fastsettelse av samvær må det tas utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal anses som midlertidig, og at omsorgen for barnet skal tilbakeføres til foreldrene så snart forholdene tillater det, jf. bvl. § 4-16 siste punktum.»⁴³

Det følger videre av bvl § 4-1 annet ledd, at hensynet til barnets beste skal legges til grunn ved en vurdering av hvilke tiltak som skal iverksettes etter loven. Det er fremhevet mange ganger av EMD at det som utgangspunkt må legges til grunn at det er til det beste for barnet å bo hos sine biologiske foreldre. Denne vurderingen er senere fulgt opp av Høyesterett i bl.a. HR 2020-662-S avsnitt. 51, der Høyesterett viser til Stand Lobben saken. «Som utgangspunkt må det legges til grunn at det er best for barnet å bo hos sine foreldre». Denne uttalelsen samsvarer med det biologiske prinsipp, det følger også av mildeste inngreps prinsipp, at det er best for barnet dersom man kan gå over til mildere tiltak enn omsorgsovertakelse.

⁴¹ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 205

⁴² HR-2020-661-S avsnitt. 120, HR-2020-662-S avsnitt. 119, HR-2020-663-S avsnitt. 136

⁴³ HR-2020-661-S avsnitt. 120

EMDs rettsanvendelse i Strand Lobben saken er senere fulgt opp av Høyesterett i to av sakene som ble behandlet i storkammer i vår. HR-2020–662-S avsnitt 57 og HR 2020-661-S avsnitt 171. Høyesterett uttaler i sistnevnte sak at:

«de norske lovbestemmelsene må praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis. Her er det særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og hjelpetiltak.»

Høyesterett gir her klart uttrykk for at norske myndigheter som utgangspunkt skal ha tilbakeføring som et mål etter en omsorgsovertakelse. Således følger Høyesterett EMDs rettsanvendelse.

5 Hvor langt strekker gjenforeningsmålet seg?

5.1 Innledning

Som utgangspunkt skal en omsorgsovertakelse anses som å være midlertidig. Det må derfor vurderes hvorvidt gjenforening av familien kan gjennomføres. Både EMD og Høyesterett åpner for at det, i enkelte tilfeller, ikke vil være hensiktsmessig å gjenforene barnet og foreldrene. I slike saker må det vurderes hvorvidt gjenforeningsmålet skal oppgis.

Å tviholde på gjenforeningsmålet over lengre tid kan skape usikkerhet for et barn som er plassert i fosterhjem. En mulig tilbakeføring vil i enkelte tilfeller komme på bekostning av barnets behov for stabilitet og forutsigbarhet.

Det har vært usikkerhet knyttet til hvilke konsekvenser Høyesteretts to kjennelser og dom, (HR-20202-661-S, HR-2020-662-S og HR 2020663-S) har for saksbehandlingen i det norske barnevernet⁴⁴.

Utgangspunktet ved en omsorgsovertakelse er gjenforening. Men det foreligger også enkelte unntak fra dette. Gjenforeningsmålet er i enkelte saker ikke hensiktsmessig, og må derfor oppgis. I det følgende vil gjenforeningsmålets grenser belyses. For å trekke opp en grense for

⁴⁴ Barneombudets innspill til myndighetenes oppfølging av Høyesteretts avgjørelser om barnevern (HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S).

gjenforeningsmålet må det foretas en interessevurdering, ofte vil foreldrene og barnets interesser være motsigende, og de må da vurderes opp mot hverandre.

5.2 Kravet om å være «particularly unfit»

EMD har framsatt et krav for å oppgi gjenforening. I Strand Lobben saken, avsnitt 207 uttaler retten:

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

Avsnittet fremstiller to krav. For det første kan gjenforeningsmålet ut fra dette oppgis, dersom foreldrene anses som å være særlig uegnet (particularly unfit). For det andre fremstiller EMD også et krav om at omsorgsovertakelsen bare kan gjennomføres (og opprettholdes) dersom det foreligger «very exepthional circumstances». Dette vil behandles nærmere under punkt 5.2.2.1.

Kravet om «particularly unfit» er fulgt opp av Høyesterett i HR-2020-661-S avsnitt 95.

«Generelt vil dette hensynet [barnets beste] ifølge avsnitt 207 [i Strand Lobben dommen] på den ene side tilsi at familiebåndene opprettholdes, med mindre foreldrene er særlig uegnet («particularly unfit».)»

Heller ikke Høyesterett går nærmere inn på det nøyaktige innholdet i «particularly unfit». Her er det naturlig at bvl § 4-12 gir en indikasjon på hvilke forhold som kan falle inn under betegnelsen. Bestemmelsen lister opp forhold som må foreligge for at fylkesnemnda skal kunne overta omsorgen for et barn. Det følger av bestemmelsens første ledd at vedtak om omsorgsovertakelse kan treffes,

- a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling,
- b) dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring,
- c) dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet, eller

d) dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet

Hvis det foreligger forbedringspotensialet ved foreldrenes omsorgsevne, eksempelvis i tilfeller der foreldrene har rusproblemer, kan foreldrene endre sin omsorgsevne. Tilfeller der barnet er utsatt for overgrep, eller vold, kan derimot stamme fra en iboende mangel ved den voksnes omsorgsevne. Terskelen for «particularly unfit» må uansett anses som høyere enn terskelen for en omsorgsovertakelse. Dette følger naturlig av at utgangspunktet etter en omsorgsovertakelse skal være gjenforening, med mindre foreldrene er «particularly unfit».

Det kan ikke opprettes en standard som må følges for å avgjøre om foreldre skal anses som «particularly unfit», her må alle saker vurderes separat ut fra de foreliggende omstendigheter.

5.2.1.1 Skaper kravet til «very exceptional circumstances», en høyere terskel for omsorgsovertakelse etter norsk rett?

Det fremgår av Strand Lobben dommen at brudd på familiebånd bare kan skje unntaksvis, ved «very exceptional circumstances⁴⁵». Men det er uklart hva som er det nøyaktige innholdet i kravet om «very exceptional circumstances». Dette har Høyesterett tatt stilling til i etterkant av Strand Lobben dommen. I HR 2020-661-S avsnitt 96 uttaler Høyesterett

«Ved omsorgsovertakelse innebærer dette at et inngrep på grunnlag av de materielle vilkårene i barnevernloven § 4-12 må være i samsvar med kravet om «very exceptional circumstances»

Dette er også fulgt opp i HR2020-662-S. Der viser retten i avsnitt 55 til uttalelsen ovenfor, og følger den opp i avsnitt 56

«Omsorgsovertakelser må altså være i samsvar med kravet om «very exceptional circumstances» og kan dermed bare besluttes helt unntaksvis. Dette er også uttalt i EMDs dom 10. mars 2020 Hernehult mot Norge [...] avsnitt 62. Slik jeg ser det, er dette kravet i overensstemmelse med barnevernlovens bestemmelser om omsorgsovertakelse»

Høyesterett slår her fast at EMDs krav om «very exceptional circumstances» er i overensstemmelse med barnevernsloven § 4-12. Dette betyr at omsorgsovertakelser etter

⁴⁵ Strand Lobben v. Norway, avsnitt 207

Norsk lov i utgangspunktet oppfylder EMDs krav til at det må foreligge «very exceptional circumstances» for å fjerne et barn fra foreldrene, og for å opprettholde en omsorgsovertakelse.

Som nevnt ovenfor er det etter norsk rett barnevernloven § 4-12 regulerer omsorgsovertakelser. Hvis de forhold som førte omsorgsovertakelsen er opphørt, og det er «overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.» Skal fylkesnemnda oppheve vedtaket om omsorgsovertakelse jf. bvl § 4-21. På denne måten vil barnet tilbakeføres til foreldrene. Barnet kan derimot ikke gjenforenes med foreldrene dersom det enda foreligger «very exceptional circumstances».

At EMD ikke kritiserer Norges rettslige terskel for omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12, kan anses som å støtte oppfatningen om at bvl § 4-21 er i overenstemmelse med kravet om «very exceptional circumstances»⁴⁶. Dette støttes også i et brev fra barneombudet. Der skriver de at:

«Det er viktig at Bufdir, sammen med BFD, Sentralenheten og DA, nå sikrer og bidrar til at barneverntjenester, fylkesnemnder, domstoler og advokater vet at den rettslige terskelen for omsorgsovertakelser ikke er endret etter avgjørelsene fra Høyesterett⁴⁷.»

Den rettslige terskelen for å gjennomføre, og opprettholde, en omsorgsovertakelse er altså ikke endret av den nyere rettspraksisen fra EMD og Høyesterett.

5.3 Må gjenforening anses å være til barnets beste?

Hensynet til barnets beste er et veletablert prinsipp innenfor norsk barnevern og er forankret i en rekke rettskilder. Som nevnt innledningsvis, har prinsippet grunnlovs rang ved GrL § 104 andre ledd. Bestemmelsen fastslår at ved handlinger og avgjørelser som omhandler barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Videre er det barnevernloven § 4-1 annet ledd,

⁴⁶ Barneombudets innspill til myndighetenes oppfølging av Høyesteretts avgjørelser om barnevern (HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S).

⁴⁷ Barneombudets innspill til myndighetenes oppfølging av Høyesteretts avgjørelser om barnevern (HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S <https://www.barneombudet.no/uploads/documents/Barneombudet-mener/Brev-til-myndighetene/2020/Innspill-til-oppfolging-barnevern.pdf> s.4

som fastsetter at hensynet til barnets beste, skal legges til grunn, ved en vurdering av hvilke tiltak som skal iverksettes etter lovens fjerde kapittel.

Enkelte barnevernstjenester har uttrykket usikkerhet rundt hensynet til barnets beste, etter den nyere rettspraksisen fra EMD og Høyesterett. Usikkerheten er knyttet til hvorvidt disse sakene har lagt føringer for at hensynet til barnets beste ikke skal veie like tungt ved vurderingen av gjenforening⁴⁸.

EMK har ingen bestemmelser som omhandler hensynet til barnets beste. Til tross for dette, har hensynet til barnets beste stor betydning for EMDs praksis. EMD anså for eksempel i Strand Lobben saken, BK artikkel 3 om barnets beste, som aktuell ved vurderingen i avsnitt 204. Der skriver EMD at

“In so far as the family life of a child is concerned, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance”.

Ved saker som omhandler barn, skal altså barnets beste ha en altoverskyggende viktighet, eller en «paramount importance». Videre uttaler retten i samme avsnitt at

“Indeed, the Court has emphasised that in cases involving the care of children and contact restrictions, the child’s interests must come before all other considerations (...)”.

Dette innebærer at hensynet til barnets beste er et overordnet prinsipp som skal «come before all other considerations» i avgjørelser som angår et barns omsorg.

5.3.1 Barnets beste som hensyn i relasjon til EMK art. 8

Selv om EMD tydelig vektlegger hensynet til barnets beste, kan det konkrete innholdet i hensynet være vanskelig å fastslå. Hva som er til det beste for et barn vil ofte bero på en skjønnsmessig vurdering. Dersom barnet og foreldrenes interesser er i konflikt, understreket EMD i Strand Lobben saken avsnitt 206, at myndighetene må finne «a fair balance» mellom interessene. Ved en slik avveining skal det legges særlig vekt på hensynet til barnets

⁴⁸ Barneombudets innspill til myndighetenes oppfølging av Høyesteretts avgjørelser om barnevern (HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S side. 1.

beste. Barnets beste har ikke én klar definisjon. Til tross for dette har EMD lagt føringer for at barnets beste primært består av to hovedelementer

«Generally, the best interests of the child dictate, on the one hand, that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit,[...] On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development⁴⁹.»

På den ene siden anses det her som til barnets beste å opprettholde forholdet mellom barnet og familien, med mindre familien er «particularly unfit». Utgangspunktet er altså at det er til det beste for barnet å ivareta de familiemessige båndene. Dette omtales ofte som det biologiske prinsipp.

På den andre siden er det også til barnets beste å sikre at barnets helse og utvikling i et trygt miljø. Det er ikke enkelt å trekke klare grenser for når gjenforeningsmålet skal gis opp. Her må det foretas en avveining mellom barnets interesse i å opprettholde kontakt med familien, og dets behov for å utvikle seg i et trygt miljø. Dersom disse to momentene må veies opp mot hverandre, anses det som naturlig at kontakten med foreldrene må vike til fordel for å sikre barnets helse og utvikling. Videre vil foreldre som setter barnets helse og utvikling i fare, kunne anses som «particularly unfit». Se punkt 5.2 ovenfor. Dersom dette er tilfellet kan gjenforeningsmålet oppgis.

Denne vurderingen er senere behandlet av Høyesterett i to av sakene fra storkammeret i vår⁵⁰.

5.3.2 Oppfølgingen i Høyesterett

EMDs syn på innholdet i hensynet til barnets beste i relasjon til EMK art 8, er senere fulgt opp av Høyesterett i HR-2020-661-S. I avsnitt 95 behandler Høyesterett innholdet på samme måte som EMD gjør i Strand Lobben⁵¹.

Høyesterett skriver i avsnitt 95 at hensynet til barnets beste «på den ene side tilsi[r] at familiebandene opprettholdes [...] På den annen side kan foreldre ikke kreve tiltak som vil skade

⁴⁹ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt 207.

⁵⁰ HR-2020-661-S pkt. 94 Og HR-2020-662-S pkt. 53.

⁵¹ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 207.

barnets helse eller utvikling («harm the child's health and development»). Disse to hovedelementene inngår i hensynet til barnets beste».

Retten kom her fram til at foreldre ikke kan kreve tiltak som vil skade barnets «helse eller utvikling». Ved vurderingen av gjenforening har Høyesterett i samme sak, avsnitt 97, uttalt at *«Omsorgsovertakelse skal anses som et midlertidig tiltak («temporary measure»), og nasjonale myndigheter plikter å treffe tiltak med sikte på gjenforening så snart det lar seg gjøre uten at hensynet til barnets beste blir tilsidesatt.»*

Her klarlegger Høyesterett at gjenforening kun kan gjennomføres dersom hensynet til barnets beste ikke taler imot en slik tilbakeføring. Det følger av EMK art. 8 at gjenforening anses som til det beste for barnet så lenge det ikke går på bekostning av barnets helse og utvikling.

Gjenforening må dermed anses å være til det beste for barnet for å kunne gjennomføres.

5.4 Hvilken betydning har lengden på omsorgsovertakelsen?

Etter Strand Lobben dommen er det klare utgangspunkt at fosterhjems plasseringer i utgangspunktet skal være kortvarig. Til tross for dette vil mange barn oppleve å bli boende hos en fosterfamilie over lengre tid. Enkelte omsorgsovertakelser gjennomføres når barnet er svært ungt, i slike tilfeller kjenner barnet kun til familielivet hos fosterfamilien. Dersom barnet har bodd lenge i fosterhjem, må man ta hensyn til at barnet har en interesse i å forbli hos sin «de facto» familie⁵². Dette følger også direkte av «tilknytningsvilkåret» i § 4-21 første ledd annet punktum. Bestemmelsen lyder

«Avgjørelsen skal likevel ikke oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet. Før et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves, skal barnets fosterforeldre gis rett til å uttale seg.»

I saker om tilbakeføring etter bvl § 4-21, vil det derfor være relevant å vurdere hvor langvarig fosterhjems plasseringen har vært. I enkelte tilfeller vil barnet ha en interesse i å forbli i fosterhjemmet. Foreldrenes interesse i å bli gjenforent, kan bli mindre vektlagt i en vurdering

⁵² K og T mot Finland pkt. 104. senere fulgt opp i Strand Lobben og andre mot Norge punkt. 208

der man setter barnet og foreldrenes interesser opp mot hverandre. Dersom foreldrene har gjenvunnet sin omsorgsevne, betyr det ikke alltid at en omsorgsovertakelse bør opphøre.

Eksempelvis har barnet i Strand-Lobben saken bodd hos fosterforeldrene siden han var tre uker gammel. Guttens familieliv er ikke med den biologiske moren, fordi han husker ikke å noen gang ha bodd hos henne. Hans familieliv er med fosterfamilien. Spørsmålet i saker som Strand Lobben baserer seg mer på et biologisk konsept enn et familiært.⁵³

EMD har uttalt at alle stater plikter å legge til rette for gjenforening og jobbe for det fra øyeblikket et barn skilles fra sine foreldre. Hvilken betydning det har at gjenforeningsmålet er forsømt av staten, er uklart. Dersom myndighetene ikke har gjort nok for å oppnå gjenforening ved å for eksempel iverksetter tiltak, og familiebandene blir brutt eller redusert som følge av dette. Vil ikke kun mangelen på familieband i seg selv være tilstrekkelig grunnlag for å gjennomføre en tvangsadopsjon.⁵⁴

For å gjennomføre en gjenforening, må gjenforeningen anses å være til barnets beste, se punkt 5.3. Dersom barnet har en interesser i å forbli hos sin fosterfamilie, kan dette veie tungt nok til at det ikke lengre anses å være til barnets beste å tilbakeføres. I et slikt tilfelle må gjenforeningsmålet oppgis. Det foreligger ikke et fasitsvar på hvor lang tid som må ha passert før det kan anses å være til barnets beste å forbli hos fosterfamilien, men barnet har rett til å uttale seg om sine interesser.⁵⁵ Hvorvidt en gjenforening skal forøkes etter en langvarig plassering må bero på en konkret vurdering. Den som står nærmest til å uttale seg om hva barnet ønsker er barnet selv.

Her er det sentralt å høre på hva barnet mener om saken, dersom barnet er gammelt nok til å forstå situasjonen sin.

5.5 Kravet om tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag

5.5.1 Kravet til beslutningsgrunnlag etter EMK

I barnevernssaker er det normal praksis for EMD å vurdere saksbehandlingen ved avgjørelsen av om det foreligger krenkelse av artikkel 8.⁵⁶ Ved en nødvendighetsvurdering etter art. 8

⁵³ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 171.

⁵⁴ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt. 205

⁵⁵ GrI § 104 og bvl § 1-6

⁵⁶ HR-2020-661-S avsnitt 151

vurderte EMD i Strand Lobben dommen saksbehandlingen både ved omsorgsovertakelsen og adopsjonsvedtaket i avsnitt 148 og 152. EMD kom fram til at norske myndigheters vurdering av mors omsorgsevne ikke kunne anses som tilstrekkelig, jf. avsnitt 222-223.

Ved tingrettens behandling av saken var de sakkyndiges rapporter over to år gamle. En av rapportene omhandlet samspillet mellom barnet og mor, men den baserte seg kun på observasjoner fra to anledninger. Mors prosessfullmektige ba om en ny sakkyndig uttalelse, men ble ikke hørt.

EMD understreker også betydningen av et tilstrekkelig bredt og oppdatert faktisk grunnlag i A.S mot Norge⁵⁷. Nødvendigheten av et oppdatert beslutningsgrunnlag er spesielt viktig når omsorgsevnen kan ha utviklet seg i positiv retning, fordi en slik positiv utvikling vil tale for tilbakeføring av barnet.

5.5.2 Kravet til beslutningsgrunnlag etter norsk rett

Barnevernet utøver offentlig myndighet og betraktes som et forvaltningsorgan, jf. forvaltningsloven av 1967 (fvl) § 1. Som følge av dette er barnevernet underlagt forvaltningsloven. Det følger også en rekke saksbehandlingsregler for fylkesnemnda av barnevernloven kap. 7. Lovens § 7-3 a) fastslår at fylkesnemnda er ansvarlig for at bevisførselen «gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag». Videre er det normal praksis at barnevernet benytter seg av sakkyndige jf. § 4-3 fjerde ledd.

Kravet om et «forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag» gjelder også for retten. Det følger av tvisteloven § 21-3, (2) at i saker hvor offentlige hensyn medfører begrensninger i partenes rådighet jf. § 11-4, er retten pliktig å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.

Videre har Høyesterett fulgt opp EMDs praksis på området i to av sakene som ble behandlet i storkammer i vår. HR- 2020 – 662 -S avsnitt 58. og HR 2020-661-S avsnitt 171.

HR-2020-661-S avsnitt 171.

«Men de norske lovbestemmelsene må praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis. Her er det særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og

⁵⁷ A.S v. Norway avsnitt 66

hjelpetiltak. Vedtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, inneholde en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse. Hvilke krav som stilles, beror på omstendighetene i den enkelte sak og hva slags tiltak det er tale om.»

Det følger av også av samme sak at det ikke er enkeltstående forhold som er avgjørende.⁵⁸

Det sentrale er den samlede vurderingen av hvorvidt grunnlaget er tilstrekkelig til å sikre at foreldrenes synspunkter og interesser blir tatt i betraktning. Jf. Strand Lobben dommen avsnitt 225. Kravet til et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag gjelder dermed for alle deler av avgjørelsesgrunnlaget.

5.6 Oppsummering av hvor langt gjenforeningsmålet strekker seg.

Ved vurderingen av om gjenforeningsmålet skal oppgis er det flere hensyn som står mot hverandre. Blant disse har EMD oppstilt barnets beste som et overordnet hensyn.⁵⁹ På den ene siden er det klart i barnets interesse å opprettholde kontakt med sin biologiske familie. På den andre siden anses det også til barnets beste å sikre sin helse og utvikling. Der barnet og foreldrenes interesser er i motstrid må myndighetene finne en balanse mellom interessene. Men hensynet til barnets beste skal tillegges særlig vekt.⁶⁰

Dersom foreldrene har vist seg å være «particularly unfit», vil rettsikkerheten til barn som for eksempel er utsatt for vold og seksuelle overgrep, veier tyngre enn foreldrenes interesser i å bli gjenforent. Dersom foreldrene viser seg å være «particularly unfit» kan gjenforeningsmålet oppgis. Hvis foreldrene derimot ikke anses å være «particularly unfit» er terskelen for å oppgi gjenforeningsmålet høy. Til tross for denne høye terskelen vil det ved en fosterhjems plassering som har vart over lengre tid kunne det være til det beste for barnet å forbli i fosterhjemmet. Dersom dette er tilfellet, må gjenforeningsmålet oppgis⁶¹.

Det er ikke noe fasitsvar på hvordan enhver barnerettslig sak skal vurderes. Hver sak må vurderes ut fra de omstendigheter som foreligger. De særskilte hensyn må veies opp mot

⁵⁸ HR-2020-661-S avsnitt 161

⁵⁹ Strand lobben v. Norway avsnitt. 204

⁶⁰ HR – 2020 – 662 – S avsnitt. 53

⁶¹ Strand Lobben og andre mot Norge punkt. 208

hverandre og en avgjørelse må treffes basert på hvordan situasjonen i det aktuelle tilfellet stiller seg.

Høyesterett kom i HR-2020-661-S avsnitt 170 til en generell konklusjon om at det ikke foreligger motstrid mellom praksis fra EMD, og de

«generelle materielle og prosessuelle prinsipper som skal følges ved adopsjon etter barnevernlovens kapittel 4. Det er dermed ikke grunnlag for å sette til side bestemmelser i barnevernloven eller å tolke dem innskrenkende».

Ut over dette er de sentrale punktene fra den nyere rettspraksisen fra EMD og Høyesterett at de norske bestemmelsene må praktiseres innenfor de rammene som følger av EMDs praksis. Det er særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å tilrettelegge for gjenforening. Videre må vedtakene etter barnevernloven baseres på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag som inneholder en balansert og tilstrekkelig bred avveining.⁶²

6 Hvilken betydning har gjenforeningsmålet for fastsettelsen av samvær etter en omsorgsovertakelse?

6.1 Samværets formål og omfang

Et sentralt spørsmål ved fastsettelsen av samvær, er hva som er formålet med samværet. Utgangspunktet ved samværsutmålingen skal være at barnet og foreldrene kan gjenforenes. Dersom gjenforening ikke er mulig, og foreldrene ønsker besøkskontakt med barnet vil ofte målet være å legge til rette for at barnet får kjennskap til sin bakgrunn⁶³.

EMD har kritisert Norge for å ha oppgitt målet om gjenforening for tidlig, og uten en tilstrekkelig grundig vurdering. Plasseringene har blitt ansett som varige og derfor har samværet vært svært begrenset. Dette medfører at de norske myndighetene etter EMDs syn ikke har overholdt den positive plikten sin til å tilrettelegge for gjenforening⁶⁴. Begrenset samvær har derimot ført til større avstand, både fysisk og emosjonelt, mellom foreldrene og

⁶² HR-2020-661-S avsnitt 171.

⁶³ HR-2020-662-S avsnitt 128

⁶⁴ «Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge», <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-h%C3%B8yesteretts-storkammeravgj%C3%B8relser-om-barnevern-etter-emds-dommer-mot-norge>

barnet. Dette har gjort det enda vanskeligere å kunne gjennomføre en gjenforening av familien. Samvær skal innrettes mot et mål om gjenforening, dette fremkommer av Strand lobben, avsnitt 208:

«A guiding principle is that a care order should be regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child»

Det er etter EMDs syn ikke tilstrekkelig at samvær kun ivaretar kjennskap til barnets biologiske opphav, med mindre gjenforeningsmålet er oppgitt. Samvær må fastsettes slik at båndet mellom foreldrene og barnet ikke bare opprettholdes, men også styrkes⁶⁵.

Høyesterett har også fastslått i en rekke saker at gjenforeningsmålet skal stå sentralt ved fastsettelsen av samvær⁶⁶.

6.2 Retten til samvær etter barnevernloven

Ved en omsorgsovertakelse, når barnet er under barnevernets omsorg, skal som hovedregel ikke kontakten mellom barnet og foreldrene opphøre. Ordlyden i bvl. § 4-19 første ledd er:

«Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.»

Det er ikke bare foreldrene som har rett til samvær etter bestemmelsen, barnet har også har også rett på samvær med sine foreldre. Videre følger det av bvl § 4-1 at ved «anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet». Denne lovbestemmelsen legger føringer for anvendelsen av § 4-19. Det følger av bvl § 4-16 at fylkesnemnda og domstoler fastsetter et samvær, som barnevernet jevnlig skal vurdere omfanget av. Etter § 4-19 siste ledd, kan foreldre kreve at samværs spørsmålet vurderes på nytt 12 måneder etter at saken har vært behandlet. Det følger av forarbeidene at denne sperrefristen på et år, er etablert for å sikre at barnet får stabilitet og ro i sin nye omsorgssituasjon⁶⁷.

⁶⁵ K.O. og V.M v. Norway avsnitt 69

⁶⁶ Rt-2004-1046, Rt-2014-976, HR-2020-661S og HR-2020-662-S

⁶⁷ Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 101

Praksis for fastsettelse av samvær i norske barnevernssaker kan synes tvilsom med tanke på gjenforeningsmålet. Det har vært normalt å anse fosterhjems plasseringer som varige, jf. bvl § 4-15 tredje ledd. Bestemmelsen krever en plan for barnets framtidige omsorgssituasjon.

Høyesterettspraksis viser en tendens til å fastsette samvær fire til seks ganger i året. Dette vil behandles nærmere under punkt 6.6.

Viktigheten av barnets bånd til foreldrene må prioriteres. Å opprettholde kontakten mellom barnet og foreldrene anses som positivt. Høyesterett uttalte i HR-2020-662-S at det skal legges avgjørende vekt på å fastsette samvær som er til barnets beste.⁶⁸ Videre fastslår retten at det som utgangspunktet er til det beste for barn å ha samvær med foreldrene for å styrke båndene mellom dem.⁶⁹ Dette er også fulgt opp i HR 2020-663-S.

Høyesterett har fremhevet gjenforeningsmålet en rekke ganger i rettspraksis, og påpeker at «samværet må fastsettes slik at det ivaretar denne målsettingen. Denne stiller krav til samværenes hyppighet og kvalitet». Videre fastslår retten at dersom gjenforeningsmålet ikke er oppgitt må samværet «fastsettes slik at båndene mellom barn og foreldre kan styrkes og utvikles»⁷⁰.

I de fleste tilfeller kan det nok legges til grunn at hyppig samvær vil føre til en slik forsterkelse av båndet mellom foreldre og barnet, men i enkelte saker vil det ikke være tilfellet. Dersom barnet for eksempel reagere på samværet, kan det være hensiktsmessig å begrense kontakten for en periode og heller prøve igjen senere.

6.3 Barnets rett til medvirkning i spørsmål om samvær

Barnets medvirkningsrett innebærer at barnet skal gis mulighet til å uttale seg om alle avgjørelser som angår det. Prinsippet kommer direkte til uttrykk i Grunnloven § 104 første ledd. Bestemmelsen lyder «De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overenstemmelse med deres alder og utvikling». Paragrafens første ledd bygger på Barnekonvensjonen art. 12, som også gir uttrykk for at barn har rett til å bli hørt i saker som angår dem selv,

Barnekonvensjonen Artikkel. 12

⁶⁸ HR-2020-662-S avsnitt 116

⁶⁹ HR-2020-662-S avsnitt 116

⁷⁰ HR 2020-663-S avsnitt 137 og HR-2020-662-S avsnitt 128 og HR-2020-661-S avsnitt 131 til 134.

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.
2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

Artikkelen var inspirasjon for bvl. § 6-3 som tilsier at barn i barnevernssaker skal «informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelser som berører ham eller henne».

Hovedreglene etter Grl. § 104, bvl. § 1-6 og bvl. § 6-3 er at barn skal få medvirke i saker som angår dem. Etter ordlyden framstår bestemmelsen som uten unntak. Til tross for dette kom Høyesterett i HR-2019-2301-A til at medbestemmelsesretten ikke er ubetinget.

Spørsmålet for høyesterett var om barn over 7 år har en ubetinget rett til å bli informert og til å bli hørt i saker om endring av samvær jf. bvl § 6-3 første ledd. Retten har uttalt i HR-2019-2301-A, at det likevel kan gjøres unntak fra medbestemmelsesretten, dersom det ikke er forsvarlig å gi barnet informasjonen som er nødvendig for å uttale seg. Høyesterett kom enstemmig til at ordlyden i § 6-3 ikke kan «tas helt på ordet». Derfor må hver situasjon vurderes separat.

Igjen stilles prinsippet om barnets beste seg som et overordnet hensyn. Det klare utgangspunktet er at barn skal få uttale seg, og medvirke i saker som angår dem. Men det kan foreligge omstendigheter som fører til at denne retten må begrenses ut fra hensynet om barnets beste.

Ved fastsettelse av samvær har barn rett til å medvirke jf. Grl § 104, BK art. 12, og bvl § 6-3. Hvis barnet ønsker mer samvær, i håp om å kunne styrke sine familiære bånd og tilbakeføres til foreldrene skal barnet som utgangspunkt høres. Dersom barnet derimot ikke ønsker samvær, skal samværet begrenses.

I enkelte saker ønsker ikke barnet å gjenforenes med sine foreldre. I likhet med vurderingen av gjenforening etter en lang fosterhjems plassering (se punkt 5.4), kan barnet også ønske mindre samvær som følge av sin tilknytning til fosterfamilien. Det kan foreligge utallige grunner til at et barn ikke ønsker gjenforening eller samvær med sine foreldre. Dersom mor

eller far har en spesiell adferd, kan dette også oppleves som belastende for barnet ved hyppig samvær. Det kan i slike situasjoner være hensiktsmessig å begrense samværet for en periode og heller prøve igjen på et senere tidspunkt.

6.4 Endringer av rutine for fastsettelse av samvær etter sakene fra Høyesterett

Høyesterett har understreket i både HR-2020-661S og HR-2020-662-S at gjeldende rett tilsier alle omsorgsovertakelser skal anses som midlertidig, og at barnet skal tilbakeføres til foreldrene når forholdene tillater det. Samværet må ut fra dette tilpasses, slik at tilbakeføring kan gjennomføres. Disse vurderingene fra Høyesterett legger ikke føringer for noe nytt. Dette ble poengtert av Høyesterett allerede i 2004, og er senere fulgt opp i flere saker.⁷¹

Til tross for denne eldre rettspraksisen, viser en studie om fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelser, En analyse av hvordan fylkesnemnda begrunner sin utmåling at gjenforening ikke er utgangspunktet etter omsorgsovertakelse i svært mange saker.⁷²

Analysen inneholder 91 vedtak fra forskjellige fylkesnemnder i perioden 1. juli 2018 til 31. desember 2019:

«Vedtakene fordeler seg noe ujevnt mellom de ulike fylkesnemndene, men alle fylkesnemndene er representert i det inkluderte utvalget. Vedtakene retter seg mot totalt 115 barn i alderen 16 år, 57 jenter og 58 gutter.»

Til tross for at det klare utgangspunktet skal være gjenforening ved en omsorgsovertakelse viser analysen at:

«Av de 91 gjennomgåtte vedtakene konkluderer fylkesnemnda med «at omsorgsovertakelsen kan bli langvarig» i 83 av vedtakene. Dette utgjør 91% av de gjennomgåtte vedtak hvor det ble besluttet omsorgsovertakelse, og hvor samværets mulige omfang umiddelbart innskrenkes [...]»

⁷¹ Rt-2004-1046 og Rt-2014-976 og HR-2019-788-U

⁷² Gerds-Andresen, Tina, En studie om fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelser, En analyse av hvordan fylkesnemnda begrunner sin utmåling https://www.idunn.no/kritisk_juss/2020/02/fastsettelse_av_samvaer_ved_omsorgsovertakelse kapittel 5. *diskusjon*.

At omsorgsovertakelser anses som langvarige, og at samværet ofte fastsettes til fire til seks ganger i året, viser også dette brevet fra barneombudet⁷³ punk 7. om konkrete vurderinger av samvær:

«Høyesterett viser til at det har utviklet seg en praksis i norsk rett hvor det ved langtidsplasseringer av barn under skolealder ofte har anbefalt samvær fire til seks ganger i året, uten at det finnes grunnlag i forskning for å anbefale denne «normen». De viser til at det i stedet må foretas en konkret vurdering ut fra barnets beste. Dette følger også av praksis fra EMD. Barneombudet er enige i dette, og uttalelsene harmonerer godt med barnekonvensjonen artikkel 3. Ved alle avgjørelser som gjelder barn må det foretas konkrete og individuelle vurderinger. Dette betyr at samvær kan settes både lavere og høyere samvær enn 4-6 ganger i året. Barneombudet vil peke på viktigheten av at Bufdir, i samarbeid med BFD, Sentralenheten og DA, sikrer at både barneverntjenestene, fylkesnemnder og domstoler nå får tilstrekkelig opplæring og veiledning i hvordan disse vurderingene skal foretas. Vi minner om at barnets egen mening vil være sentral i disse avgjørelsene.»

Det sentrale som kan hentes ut av sakene fra Høyesterett og dette brevet fra barneombudet er at norske myndigheter bør gjennomføre konkrete vurderinger i hver sak og høre barnets egen mening. Statistikken ovenfor viser en tendens til å anse majoriteten av omsorgsovertakelser som langvarige.

For å oppgi målet om tilbakeføring må gjenforening anses som å være i strid med hensynet til barnets beste, se punkt. 5.3. Videre ved vurderingen av å oppgi gjenforeningsmålet, bør beslutningen basere seg på et tilstrekkelig bredt og oppdatert faktisk grunnlag, se punkt 5.5.

Analysen ovenfor reflekterer en norsk praksis, der barn i langvarige fosterhjems plasseringer har hatt begrenset samvær. Målet med samværet har kun vært å vedlikeholde barnets kjennskap til sitt opphav. Denne praksisen kan stå i et spenningsforhold satt opp mot gjenforeningsmålet.⁷⁴ Hvorvidt den nyere rettspraksisen fra EMD og Høyesterett vil føre til en endring av fylkesnemndas behandling av gjenforeningsmålet, og herunder fastsettelsen av samvær er for tidlig å si.

⁷³ Barneombudets innspill til myndighetenes oppfølging av Høyesteretts avgjørelser om barnevern (HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S)

⁷⁴ Strand Lobben and others v. Norway avsnitt 221.

6.5 Grunner til å begrense eller nekte samvær

Dette punktet vil kun behandles kort da det faller litt utenfor oppgavens tema. Til tross for dette er hensiktsmessig å se på grunner til å begrense samvær, for å oppnå et helhetlig bilde av gjenforeningsmålets innhold og begrensninger ved samværsvurderingen.

Vilkårene for inngrep i samværsretten er de samme som for andre inngrep i borgeres rettigheter. Det må foreligge en inngrepshjemmel (legalitet) og inngrepet må være forholdsmessig jf. Grl § 113.

Samvær kan nektes etter bvl. § 4-19 andre ledd. «Når der er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er».

Det følger av bestemmelsen at fylkesnemnda må ta stilling til fastsettelse, eller nektelse, av samvær ved vedtak om omsorgsovertakelse. Samvær mellom foreldrene og barnet kan nektes av hensyn til barnet. Loven gir ikke uttrykk for hva som kreves for at fylkesnemnda kan vedta samværsnekt, men denne reglen må ses i sammenheng med prinsippet om barnets beste jf. bvl. § 4-1, EMK art. 8, og barnekonvensjonen art. 9. nr. 3. I Høyesterettspraksis er kravene etter EMD om «spesielle og sterke grunner» lagt til grunn.⁷⁵

I Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 47 viser Høyesterett til Adele Johansen-dommen fra 1996⁷⁶, der EMD uttalte at tiltak som ikke er i samsvar med gjenforeningsmålet, slik som nektelse av samvær, bare bør anvendes i «ekstraordinære tilfeller». Med utgangspunkt i EMDs praksis har Høyesterett lagt til grunn at det må foreligge «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær⁷⁷.

Ved samværsnekt vil familielivet bli helt avskåret, dette kan ha konsekvenser for barnet også i voksenlivet. På den ene siden må ikke viktigheten av barnets bånd til foreldrene glemmes. Å opprettholde kontakten mellom barnet og foreldrene anses som positivt. På den andre siden

⁷⁵ HR-2020-662-S avsnitt 128

⁷⁶ Adele Johansen v. Norway avsnitt 78

⁷⁷ Rt-2014 s. 976 avsnitt 33.

har barnet også et behov for vernes fra eksempelvis en voldelig familiesituasjon. Vold i barndommen vil også i stor negativ grad kunne påvirke et barn for resten av livet.

Videre vil barnet ha behov for å knytte bånd til fosterfamilien, og bli trygg i sine nye omgivelser. Barets behov for å knytte bånd til fosterfamilien kan tale mot hyppige samvær med de biologiske foreldrene.

6.6 Oppsummering av hvilken betydning gjenforeningsmålet har for fastsettelsen av samvær etter en omsorgsovertakelse?

Selv om det klare utgangspunkt ved en omsorgsovertakelse skal være gjenforening. Og samvær skal fastsettes ut fra dette, foreligger det også en rekke grunner til å nekte samvær. Tallene fra En studie om fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelser, En analyse av hvordan fylkesnemnda begrunner sin utmåling, viser at veldig mange saker oppgir gjenforeningsmålet etter en omsorgsovertakelse.

Det følger av analysen at flere av disse sakene er ikke godt nok begrunnet, sett ut fra de nye kravene som oppstilles av Høyesterettspraksis. Til tross for dette foreligger det gode grunner til at barn blir fjernet fra foreldrene, og det overordnede hensynet som skal overholdes er hensynet til barnets beste.

Det eksisterer ikke noen regel om et minimumssamvær. Alle saker må vurderes ut fra de faktiske forhold som foreligger.

7 Besøkskontakt etter adopsjon

7.1 Innledning

Dette kapitlet ligger også på grensen av hva som er relevant for oppgavens tema, men også her er gjenforeningsmålet relevant, fordi reglene om samvær endres etter at målsettingen om gjenforening er oppgitt. Besøkskontakt etter adopsjon reflekterer viktigheten av familiebånd og det biologiske prinsipp også etter at gjenforeningsmålet er oppgitt.

Selv når gjenforeningsmålet er oppgitt vil det kunne anses å være til barnets beste å ha kjennskap til sitt opphav. Barnekonvensjonen art. 9 (3) gir barn, som et atskilt fra sine foreldre, rett til regelmessig kontakt med foreldrene. Unntaket er dersom dette er i strid med barnets beste. Dersom samvær ikke er til barnets beste, er det bred enighet om at samvær ikke

skal gjennomføre. Det følger av EMK art 8 at «foreldre kan ikke få gjennomslag for sine rettigheter på bekostning av barnets beste».

Etter bvl § 4-20a skal fylkesnemnda kun vurdere besøkskontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre hvis en av partene har krevd det. Dersom en begrenset besøkskontakt etter adopsjonen er til barnets beste, skal fylkesnemnda treffe vedtak om det. I et slikt tilfelle må fylkesnemnda også fastsette omfanget av kontakten.

Her er nok en gang vurderingen om barnets beste sentral. Det følger av bestemmelsens tredje ledd at vedtak om besøkskontakt kun kan prøves på nytt dersom «særlige grunner» taler for det. Denne bestemmelsen viser at vedtak om besøkskontakt i utgangspunktet skal vare fram til barnet fyller 18 år, og kan anses som en voksen.

Betegnelsen «særlig grunner» er eksemplifiser i bestemmelsens andre setning med at «barnet motsetter seg kontakt, eller at de biologiske foreldrene ikke følger opp vedtaket om kontakt».

Barnevernloven § 4-20 a om muligheten for besøkskontakt mellom foreldre og barn etter tvangsadopsjon kan også ses på som utslag av det biologiske prinsipp. Selv etter en adopsjon er gjennomført, skal det være en mulighet for kontakt mellom foreldre og barn.

8 Avslutning

Strand Lobben dommen og de tre sakene som ble behandlet av Høyesterett i storkammer har sørget for en tydeliggjøring av gjenforeningsmålet. Det sentrale ved Strand Lobben dommen er at den har rettet fokus mot en norsk praksis der barn i langvarige fosterhjems plasseringer, kun har hatt samvær med sine foreldre for å vedlikeholde barnets kjennskap til sitt opphav. Dette kan som nevnt under punkt 6.4 stå i et spenningsforhold satt opp mot gjenforeningsmålet, fordi gjenforening skal være utgangspunktet etter en omsorgsovertakelse.

Videre har EMD og Høyesterett klarlagt et krav om tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag for alle deler av avgjørelsesgrunnlaget. Dette behandles under punkt. 5.5. Nødvendigheten av et tilstrekkelig bredt og oppdatert faktisk grunnlag, er spesielt viktig, dersom omsorgsevnen til foreldrene kan ha utviklet seg i positiv retning. En slik positiv utvikling vil tale for tilbakeføring av barnet. Dette kravet stilles for å sikre at foreldrenes synspunkter og interesser blir tatt i betraktning.

Hvorvidt norsk rett nå følger utviklingen fra EMD er for tidlig å si ettersom at det har gått relativt kort tid siden Strand Lobben og storkammeravgjørelsene.

9 Kildeliste

Lover og konvensjoner

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven/Grl.).

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK).

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen) eller (BK).

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

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

Lov 15. Mai 2008 nr.35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven)

Forarbeider og etterarbeider

Ot.prp.nr.44 (1991-1992) kapittel 4-1

Ot.prp.nr.76 (2005-2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialhelsetjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)

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

Proposisjon. 106 (Prop. 106 L (2012–2013) om endringer i barnevernloven.

Rettspraksis

Høyesterett

HR-2002-661-S

HR-2004-1112-A

Rt-2004-1046

Rt-2014-976

Rt-2014-1105

Rt-2015-93

HR-2015-289-A

HR-2019-788-U

HR-2019-2101-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

EMD

EMDs dom 24. Mars 1988, Olsson v. Sverige. Application no: 13441/87

EMDs dom 7. august 1996, Johansen v. Norway. Application no: 17383/90

EMDs dom 19. September 2000 Gnahore v. France Application no. 40031/98

EMDs dom 12. juni 2001, K. and T. v. Finland Application no: 25702/94

EMDs dom 6. september 2018, Jansen v. Norway. Application no: 2822/16

EMDs dom av 10. september 2019, Strand Lobben and others v. Norway. Application no:
37283/13

EMDs dom 19. november 2019, K.O and V.M v. Norway. Application no: 64808/16

EMDs dom 17. desember 2019, A.S v. Norway. Application no: 60371/15

EMDs dom 17. desember 2019, Abdi Ibrahim v. Norway. Application no:15379/16

EMDs dom 10. mars 2020, Pedersen and others v. Norway. Application no: 39710/15

EMDs dom 10. mars 2020, Hernehult v. Norway. Application no: 14652/16

Litteratur

Fagbøker

Aall, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, 5. utgave 1. opplag 2018, Fagbokforlaget.

Bendiksen, Lena og Haugli, Trude, Sentrale emner i barneretten, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018.

Høstmølingen, Njål. Og Kjørholt, Elin S. Og Sandberg, Kirsten, Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge, 3. utgave, Universitetsforlaget 2020.

Artikler/ Nettsider

Sandberg, Kirsten, ekspertkommentar i Juridika: «Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge», Juridika.no <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-h%C3%B8yesteretts-storkammeravgj%C3%B8relser-om-barnevern-etter-emds-dommer-mot-norge> (sist lest 19.11.20).

Ertzeid, Heidi, «Har norsk barnevern et ufortjent dårlig rykte?», Forskningsartikkel av: Velferdsforskningsinstituttet NOVA. <https://www.oslomet.no/forskning/forskningsnyheter/har-norsk-barnevern-ufortjent-darlig-rykte> (sist lest 18.11.20)

Nordmoen, Mathias Lia, Saksbehandler, «Barneombudets innspill til myndighetenes oppfølging av Høyesteretts avgjørelser om barnevern (HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S)» <https://www.barneombudet.no/uploads/documents/Barneombudet-mener/Brev-til-myndighetene/2020/Innspill-til-oppfolging-barnevern.pdf> (sist lest 22.01.2021)

Gerds-Andresen, Tina, En studie om fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelser, En analyse av hvordan fylkesnemnda begrunner sin utmåling

https://www.idunn.no/kritisk_juss/2020/02/fastsettelse_av_samvaer_ved_omsorgsovertakelse

(sist lest 22.01.2021)

