



UIT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Inngrep i samværsretten i barnevernssaker

Sara Emilie Lindstad Tønne

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstillinger.....	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode og rettskildebruk.....	2
1.3.1	Lov og forarbeider.....	2
1.3.2	Barnekonvensjonen	3
1.3.3	EMK og EMDs praksis	4
1.3.4	Grunnloven.....	5
1.3.5	Rettspraksis	6
1.4	Videre fremstilling.....	7
2	Grunnleggende prinsipper	8
2.1	Barnets beste.....	8
2.2	Det minste inngreps prinsipp.....	9
2.3	Det biologiske prinsipp.....	9
3	Retten til samvær	10
3.1	Grunnloven §§ 102 og 104	10
3.2	Barnekonvensjonen art. 9 nr. 3.....	12
3.3	EMK art. 8 nr. 1	13
3.4	Bvl. § 4-19 første ledd	13
3.5	Omfanget av samværet i barnevernssaker	14
4	Inngrep i samværsrettens omfang	18
4.1	Nektelse av samvær	18
4.1.1	Barnets beste som grunnlag for å nekte samvær	18
4.1.2	EMK som skranke for nektelse av samvær	22
4.1.3	Legitime grunner til å nekte samvær	27
4.2	Svært begrenset samvær	33

4.2.1	Rettslig grunnlag og hva som regnes som svært begrenset samvær	33
4.2.2	EMK og EMDs praksis	35
4.2.3	Norsk rettspraksis	35
5	Inngrep i gjennomføringen av samværet	38
5.1	Typer inngrep og det rettslige utgangspunktet	38
5.2	Nærmere om tilsyn	39
6	Forslag til ny barnevernlov	43
6.1	Generelt om forslaget	43
6.2	Relevante endringer og betydningen av dem	44
7	Avsluttende vurdering	48
	Referanseliste	50
	Lover	50
	Internasjonale konvensjoner	50
	Offentlige dokumenter	50
	Høyesterettspraksis	51
	Lagmannsrettspraksis	52
	EMDs praksis	52
	Bøker	53
	Generelle kommentarer fra FNs barnekomité	53
	Internettider	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Oppgavens tema er inngrep i samværsretten i barnevernssaker. Forutsetningen for spørsmålet om samvær er at det foreligger en omsorgsovertakelse, altså at barnet er under barnevernets omsorg. Som hovedregel skal ikke kontakten mellom foreldre og barn opphøre som følge av dette. Etter lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven, heretter forkortet bvl.) § 4-19 første ledd har barn og foreldre rett til samvær med hverandre. Etter bestemmelsens andre ledd kan samvær nektes av hensyn til barnet. Dette må ses i sammenheng med prinsippet om barnets beste, som blant annet følger av bvl. § 4-1. Det må også ses i sammenheng med Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK) art. 8 og FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (BK) art. 9 nr. 3.

Samværs spørsmålet er ofte utfordrende å vurdere. Noen ganger uttaler retten direkte at den har funnet spørsmålet vanskelig.¹ Begrensninger i samværsretten er et stort inngrep i foreldrene og barnets rett, samtidig som det er viktig for barna at dette gjøres når det er til deres beste. Foreldrenes interesser skal ikke gå foran barnets.² Vurderingene som må gjøres er konkrete og skjønnsmessige, og det er ofte vanskelig å vite hva som faktisk er barnets beste.

Temaet er aktuelt, da det har skjedd en rettslig utvikling de siste årene. I 2016 avgav barnevernslovutvalget NOU 2016: 16 med forslag til ny barnevernlov, til Barne- og likestillingsdepartementet. I tillegg ble flere menneskerettigheter inkludert i Grunnloven i 2014, deriblant §§ 102 og 104 som begge har betydning for temaet. Det skjer også stadig en utvikling internasjonalt, blant annet ved at den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) behandler saker innenfor temaet.

I oppgaven vil jeg se nærmere på hvilken adgang barnevernet har til å gjøre inngrep i samværsretten. For å kunne gjøre dette må jeg først behandle retten til samvær, for å belyse hva det gjøres inngrep i. Hovedfokuset i oppgaven vil være på nektelse av samvær.

¹ For eksempel i Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 43 og Rt. 2014 s. 976 avsnitt 56.

² Jf. blant annet bvl. § 4-1 om barnets beste som det avgjørende hensyn og EMDs dom *Johansen mot Norge* 7. august 1996 avsnitt 78.

Problemstillingene her blir hva som skal til for å nekte samvær, samt hvilke situasjoner som kan føre til samværsnekt. Jeg vil også behandle adgangen til å gi kun et svært begrenset samvær. Også her blir problemstillingene hva vilkårene er for å begrense samværet så sterkt, og hvilke situasjoner det gjøres i. Andre inngrep i samværsretten, som ikke retter seg mot omfanget, men gjennomføringen, vil jeg behandle kort. Spørsmålene blir hvilke andre inngrep som kan gjøres og når de anvendes.

1.2 Avgrensninger

Med samvær menes det fysiske samværet. Det finnes flere måter barn og foreldre kan ha kontakt på, for eksempel gjennom telefon og internett. Slike alternative måter å opprettholde kontakt på vil ikke bli behandlet i denne oppgaven. Med inngrep i samværsretten menes dermed tilfeller hvor det ikke skal være noe fysisk samvær mellom barn og foreldre, hvor dette er svært begrenset eller hvor det gjøres inngrep i måten de fysiske samværene skal foregå på. Også andre enn foreldrene kan ha rett til samvær, og en nærmere regulering av dette ble tilført i bvl. § 4-19 tredje og fjerde ledd i 2006. I denne oppgaven vil imidlertid bare retten til samvær mellom biologiske foreldre og barn bli behandlet.

1.3 Metode og rettskildebruk

Oppgaven vil hovedsakelig være en fremstilling av gjeldende rett i tråd med alminnelig juridisk metode. I tillegg vil jeg komme med noen egne refleksjoner fortløpende, og i punkt 7 vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering.

I det følgende vil jeg redegjøre for rettskildemessige særtrekk for oppgavens tema. Disse oppstår hovedsakelig fordi rettsområdet reguleres både av kilder av nasjonal og internasjonal karakter. Det oppstår spørsmål om forholdet mellom disse kildene og hvordan de skal harmoniseres.

1.3.1 Lov og forarbeider

Spørsmålet om samvær i barnevernssaker reguleres hovedsakelig av barnevernloven. Det er naturlig å ta utgangspunkt i lovteksten når det finnes en relevant bestemmelse, og man må

begynne med å tolke ordlyden for å klarlegge hva loven bestemmer.³ Når det gjelder nektelse av samvær, sier ordlyden i lovteksten lite om den konkrete vurderingen. I bvl. § 4-19 står det kun at det må være «av hensyn til barnet» det bestemmes at det ikke skal være samvær. Dette sier lite om hvor grensen går og i hvilke konkrete tilfeller det er aktuelt. Det kommer heller ikke fram av loven at nektelse av samvær er et svært inngripende tiltak som det skal mye til for å benytte. Noe veiledning gir likevel bvl. § 4-1 om barnets beste. Svært begrenset samvær eller andre inngrep i samværsretten nevnes heller ikke i lovteksten.

Forarbeidene kan ofte gi nærmere veiledning om hva som ligger i lovteksten, og hvordan de ulike bestemmelsene skal anvendes. Angående inngrep i samværsretten er det imidlertid ikke presisert særlig i forarbeidene hvilke momenter som er relevante i vurderingen. I NOU 1985: 18 nevnes kort noen eksempler på når nektelse kan være aktuelt, og i Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) nevnes ikke nektelse av samvær.⁴ Ettersom lov og forarbeider gir begrenset veiledning, er det spesielt viktig å se hen til andre rettskilder for å presisere hva som skal til for å kunne gjøre inngrep i samværsretten.

1.3.2 Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK) fra 1989, ble ratifisert av Norge i 1991. Konvensjonen er inkorporert ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrkingen av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, forkortet mrl.) i 2003, jf. § 2 nr. 4. Etter mrl. § 3 skal konvensjonen ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Utgangspunktet ved tolkning av konvensjonen er ordlyden. Ordlyden tolkes etter den ordinære betydningen i konvensjonens kontekst, og også i lys av gjenstand og formål («object and purpose»⁵). Utover ordlyden er FNs barnekomité's generelle kommentarer («general

³ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 39. Heretter Eckhoff (2001).

⁴ NOU 1985: 18 s. 168. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) om samvær i punkt 4.17 fra s. 51 og merknader til § 4-19 fra s. 112.

⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties 23. mai 1969, art. 31 nr. 1.

comments») en kilde til tolkningen. Disse er ikke rettslig bindende, men nyttige i tolkningen av konvensjonen.⁶

Etter artikkel 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Barnets beste er et av konvensjonens fire grunnprinsipper, utpekt av FNs barnekomité.⁷ De andre grunnprinsippene er forbudet mot diskriminering jf. art. 2, retten til liv, overlevelse og utvikling jf. art. 6 og barns rett til å bli hørt jf. art. 12. Hele konvensjonen skal tolkes og anvendes i tråd med disse prinsippene.⁸

Etter art. 44 har statene plikt til å inngi rapporter til barnekomiteen. Slik føres det tilsyn med gjennomføringen av konvensjonen, og komiteen utarbeider en svarrapport med bekymringer og anbefalinger til statene, jf. art. 45 bokstav d. Disse er ikke rettslig bindende, og det er ikke knyttet sanksjoner til manglende etterlevelse.⁹ For å sikre gjennomføringen av rettighetene i konvensjonen ble det i 2011 vedtatt en tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett.¹⁰ Protokollen trådte i kraft 14. april 2014, men den er ikke ratifisert av Norge.

1.3.3 EMK og EMDs praksis

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er gjort til norsk rett med mrl. § 2 nr. 1. Konvensjonen skal ved motstrid gå foran andre bestemmelser i norsk lov etter mrl. § 3. EMK skal, som andre konvensjoner, tolkes etter ordlydens betydning i lys av konvensjonens gjenstand og formål.¹¹ Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) skal sikre at forpliktelsene i konvensjonen blir overholdt, jf. art. 19. EMD foretar ofte dynamiske

⁶ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjærholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016. Heretter Høstmælingen m.fl. (2016). Kapittel 1 av Lucy Smith s. 25.

⁷ FNs barnekomité *General guidelines for periodic reports 20/11 1996*, punkt «III General principles» og General Comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

⁸ Høstmælingen m.fl. (2016). Kapittel 3 av Trude Haugli s. 51.

⁹ Høstmælingen m. fl. (2016). Kapittel 1 av Lucy Smith s. 23.

¹⁰ Høstmælingen m.fl. (2016). Kapittel 17 av Elin Saga Kjærholt s. 373.

¹¹ Vienna Convention on the Law of Treaties 23. mai 1969, art. 31 nr. 1.

tolkninger, slik at konvensjonsteksten tilpasses utviklingen i samfunnet.¹² For å overholde forpliktelsene etter EMK er det viktig at statene retter seg etter utviklingen i EMDs praksis. En forpliktelse til å følge konvensjonen medfører også en forpliktelse til å følge EMDs avgjørelser.¹³ EMD er prejudikatsdomstol i norsk rett for tolkningen av EMK.¹⁴

EMK artikkel 8 omhandler blant annet rett til respekt for sitt familieliv. Denne artikkelen er relevant for inngrep i samværsretten. EMK inneholder likevel ikke noen artikkel om at barnets beste skal ligge til grunn for handlinger som berører barn. EMD har imidlertid inkludert prinsippet i flere saker. Et eksempel er EMDs dom 28. juni 2011 *Nunez mot Norge*, en utlendingssak hvor hensynet til barnas beste ble avgjørende.¹⁵ Dette innebærer at barnets beste er relevant også ved tolkningen av EMK. Hensynet er også anvendt av EMD i saker om inngrep i samværsretten, noe jeg kommer tilbake til i punkt 4.1.2.

1.3.4 Grunnloven

Grunnloven er den høyeste rettskilden i norsk rett.¹⁶ Det betyr at den ved motstrid har forrang foran andre rettskilder. Endringer i Grunnloven må gjøres etter den særlige fremgangsmåten beskrevet i dens § 121. Dette er tidkrevende og krever blant annet to tredjedels flertall i Stortinget. I forbindelse med 200-årsjubileet i 2014 ble blant annet flere nye menneskerettighetsbestemmelser inntatt i kapittel E. Mest relevante for barnevernssaker er § 102 om rett til respekt for blant annet familieliv og § 104 om barns rettigheter. Førstnevnte bygger blant annet på EMK art. 8. For grunnlovsbestemmelser som bygger på EMK, kan det reises spørsmål om hvilken betydning EMK og avgjørelser fra EMD vil ha ved tolkningen.

Etter Grl. § 89 skal domstolen prøve om lover og andre beslutninger truffet av myndighetene strider mot Grunnloven. Bestemmelsen ble tilføyd 1. juni 2015, men domstolsprøving av grunnlovsmessigheten gjaldt også tidligere. Historisk ble det utviklet gjennom

¹² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 s. 39. Heretter Aall (2015).

¹³ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 221. Heretter Nygaard (2004).

¹⁴ Nygaard (2004) s. 82 og 222.

¹⁵ EMDs dom 28. juni 2011 *Nunez mot Norge* pkt. 84.

¹⁶ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2006 s. 37.

Høyesterettspraksis, og det er antatt at det regnes som konstitusjonell sedvanerett.¹⁷ Grunnlovsfestingen av prøvingsretten henger naturlig sammen med styrkingen av menneskerettighetene, og bidrar til at rettighetene etterlevs.¹⁸ Det blir spørsmål om Høyesterett vurderer fritt om en lov er i strid med en grunnlovsrettighet basert på en artikkel fra EMK, eller om de er bundet av EMDs tolkninger av hva som ligger i rettigheten.

Noe av formålet med å innføre flere menneskerettigheter i Grunnloven var at Norge skal kunne være med på å definere innholdet i rettighetene, gjennom Høyesteretts tolkning. Hvis rettighetene kun er nedfelt i EMK vil EMD ha den avgjørende innflytelsen på tolkningen.¹⁹ Utgangspunktet er at det er Høyesterettspraksis som er relevant ved tolkningen av Grunnloven, og at EMDs dommer kun har prejudikatsvirkning for tolkningen av EMK.²⁰ Likevel vil nok grunnlovsbestemmelsene tolkes i lys av og i samsvar med EMK og EMDs dommer. Dette er blant annet fordi myndighetene er pålagt å respektere og sikre menneskerettighetene i både Grunnloven og bindende traktater, etter Grl. § 92. I tillegg har Høyesterett uttalt om Grl. § 102 at ettersom bestemmelsen blant annet bygger på EMK art. 8, skal den tolkes i lys av denne. Det ble påpekt at det likevel er Høyesterett som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle bestemmelsen.²¹

1.3.5 Rettspraksis

Høyesterett dømmer i siste instans jf. Grunnloven § 88. Høyesterettsdommer har dermed generelt høy vekt som rettskilde. Formuleringer om hva vurderingstemaet for et bestemt rettsspørsmål er, vil ofte få betydning ved løsningen av andre saker og da ha prejudikatsvirkning. Dette gjelder spesielt hvis Høyesterett selv har referert til egen dom og fulgt uttalelsene.²²

¹⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 78.

¹⁸ Innst. 263 S (2014-2015) s. 9.

¹⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 51.

²⁰ Aall (2015) s. 43.

²¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

²² Eckhoff (2001) s. 161.

I barnevernssaker er det mye skjønn i de konkrete vurderingene. Barnet saken gjelder skal være i fokus, og vurderingene er individuelle. Ved bruk av praksis fra slike saker må rettsanvenderen være bevisst på hva som har overføringsverdi til andre saker. Den konkrete vurderingen av sakens barns beste vil ikke ha overføringsverdi.²³ Derimot vil generelle uttalelser om hva som kreves for å gjøre inngrep i samværsretten og hvilke momenter som er relevante i vurderingen, ha prejudikatsverdi.

Rettspraksis fra lagmannsrettene har mindre vekt enn Høyesterettspraksis, og vil ikke tillegges noen prejudikatsvirkning. Jeg vil likevel inkludere noe lagmannsrettspraksis i oppgaven, som eksempler. Det foreligger få barnevernssaker om inngrep i samværsretten fra Høyesterett, og derfor vil lagmannsrettspraksis i større grad kunne bidra til å fremstille den faktiske rettstilstanden og bredden av saker. Jeg har for det meste valgt ut nyere dommer, for å vise hvordan reglene blir praktisert.

1.4 Videre fremstilling

Jeg vil først, i punkt 2, behandle de tre grunnleggende prinsippene som skal ligge til grunn for barnevernets arbeid. Alle er relevante for inngrep i samværsretten. Deretter vil jeg redegjøre for retten til samvær i punkt 3. Punkt 4 og 5 er oppgavens hoveddel, og her behandles inngrep i samværsretten. Jeg vil ta utgangspunkt i barnevernloven, og tolke den i lys av andre rettskilder. Punkt 4 vil omhandle inngrep i omfanget av samværet, herunder nektelse av samvær og svært begrenset samvær. Punkt 5 vil omhandle inngrep i gjennomføringen av samværet. Videre vil jeg i punkt 6 behandle forslaget til ny barnevernlov, og redegjøre for de endringene som er relevante for oppgavens tema. Til slutt vil jeg gjøre en avsluttende vurdering i punkt 7.

²³ Haugli (2000) s. 48.

2 Grunnleggende prinsipper

Barnevernets arbeid skal bygge på tre grunnleggende prinsipper.²⁴ Prinsippene skal ligge til grunn for alt barnevernet gjør, og dermed også vurderingen av samværsspørsmål. Nedenfor vil jeg kort redegjøre for disse prinsippene.

2.1 Barnets beste

Barnets beste skal etter Grunnloven § 104 andre ledd være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Bestemmelsen ble tilføyd i 2014, og bygger på BK art. 3 nr. 1.²⁵ Prinsippet gjelder altså alle handlinger og avgjørelser som berører barn, og ikke bare barnevernssaker. Prinsippet er helt sentralt, og viktigheten understrekes av at det nå fremgår av Grunnloven.

For barnevernet er prinsippet enda sterkere fremhevet. I barnevernloven innledes kapittel 4 om særlige tiltak, av en bestemmelse om hensynet til barnets beste. Det heter i § 4-1 at det ved anvendelse av bestemmelser i kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Prinsippet står her enda sterkere enn det gjør generelt. Det skal legges *avgjørende vekt* på det beste for barnet, og det er ikke tilstrekkelig at det kun er *et grunnleggende hensyn* som etter Grunnloven og BK. Dette gjelder for samværsretten, som er regulert i bvl. § 4-19.

Hva som konkret ligger i prinsippet barnets beste kan være vanskelig å avgjøre. For barnevernssakene er det spesifisert noe, ved at det i § 4-1 første ledd står at det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. I andre ledd fremheves det at barnet skal gis rett til medvirkning. Barnet skal få være en del av barnevernssaken, og få fram sine synspunkter. Dette anses som viktig for å komme fram til hva som er barnets beste i den konkrete saken, noe som ofte er utfordrende. Som følge av at

²⁴ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, Oslo 2014 s. 177-178 (heretter Bendiksen og Haugli (2014)) og Trude Haugli, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Oslo 2000 s. 25-29 (heretter Haugli (2000)).

²⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

barnets beste skal tillegges avgjørende vekt, kan foreldrenes interesser av mest mulig samvær måtte vike. Jeg kommer tilbake til det konkrete innholdet i barnets beste-vurderingen i punkt 3.5 og 4.1.1 i oppgaven.

2.2 Det minste inngreps prinsipp

Det andre overordnede prinsippet barnevernets arbeid skal bygge på er det minste inngreps prinsipp. Dette innebærer at barnevernet skal forsøke med *mindre* inngripende tiltak før de gjør noe *mer* inngripende, som for eksempel å ta over omsorgen for et barn.²⁶ Dette skal beskytte både barnet og foreldrene mot unødvendig inngripende tiltak. Prinsippet følger av systemet loven bygger på. Vilklårene er strengere jo mer inngripende tiltak det er snakk om. Tydeligst kommer prinsippet fram for omsorgsovertakelse, hvor det konkret i bvl. § 4-12 står som et vilkår at det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak.

Når det gjelder samvær, innebærer prinsippet at det som hovedregel skal gis samværsrett. En omsorgsovertakelse betyr ikke at kontakten mellom foreldre og barn skal brytes helt. Er det problemer som for eksempel kan avhjelpes med tilsyn under samværet, skal dette prøves fremfor å nekte samvær. Nektelse er her den mest inngripende avgjørelsen, og skal være siste utvei.

2.3 Det biologiske prinsipp

Det er i utgangspunktet de biologiske foreldrene som har ansvaret for barna sine.

Barnevernets ansvar er av subsidiær karakter, og er kun aktuelt hvis foreldrene ikke klarer å ta seg av barna.²⁷ Etter BK art. 9 nr. 1 er hovedregelen at barn ikke skal bli skilt fra sine foreldre mot sin vilje. Hvis dette likevel er nødvendig, og barnevernet overtar omsorgen for barnet, er det klare utgangspunktet at barnet og de biologiske foreldrene skal ha kontakt.²⁸ Det antas dermed at kontakt med biologisk familie, som utgangspunkt, er bra for barnet.

²⁶ Haugli (2000) s. 26.

²⁷ NOU 1985: 18 s. 157.

²⁸ Bvl. § 4-19 første ledd og BK art. 9 nr. 3.

I NOU 2012: 5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, ble det foreslått å gå bort fra det biologiske prinsipp i barnevernet, og heller innføre «det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp». Det ble blant annet uttalt at man for å ivareta det biologiske prinsipp, kan komme til å fastsette samværsordninger som tar mer hensyn til foreldrenes interesser enn barnets.²⁹ I den etterfølgende proposisjonen viderefører imidlertid ikke departementet dette slik det ble foreslått, men uttaler at barnets beste fortsatt skal være det overordnede prinsipp i barnevernet, med biologiske bånd som en del av dette.³⁰ I tillegg skal tilknytnings- og relasjonskvalitet, minste effektive inngrep og barnets medvirkning inngå i barnets beste-vurderingen.³¹ Dette tydeliggjør at det biologiske prinsipp må ses i sammenheng med andre momenter i barnets beste-vurderingen, og at det biologiske prinsipp kan måtte vike i det konkrete tilfellet. Det samme gjelder for det minste inngreps prinsipp.

3 Retten til samvær

Utgangspunktet er at foreldre og barn har rett til samvær. Dette følger av Grunnloven, BK, EMK og barnevernloven.

I det følgende vil jeg redegjøre for samværsrettens innhold etter disse rettskildene. Formålet er å vise samværsrettens sterke stilling i norsk rett. Først behandles Grunnloven, da den har høyest rang. Deretter behandles Barnekonvensjonen, da den går foran annen norsk lov og retter seg mot barn spesifikt. Videre behandles EMK, som også har forrang foran annen norsk lov. Til slutt behandles samværsretten etter barnevernloven.

3.1 Grunnloven §§ 102 og 104

I forbindelse med 200-årsjubileet til Grunnloven i 2014 ble, som nevnt, flere nye menneskerettighetsbestemmelser inntatt. Formålet var å inkludere de mest sentrale menneskerettighetene i Grunnloven. Dette skulle bidra til at Grunnloven gir et mer helhetlig

²⁹ NOU 2012: 5, s. 108.

³⁰ Prop.106 L (2012-2013) s. 82.

³¹ Prop.106 L (2012-2013) s. 82-83.

bilde av verdiene i det norske samfunnet og gi rettighetene en sterkere nasjonal forankring.³² Grl. § 102 er en av disse, og etter dens første ledd har enhver rett til respekt for blant annet «sitt familieliv». Forholdet mellom barn og foreldre er en sentral del av begrepet «familieliv», og samværsrett er dermed omfattet av begrepet. Bestemmelsen bygger på EMK art. 8 og SP art. 17.³³ Rettigheten gjaldt dermed allerede som norsk rett etter mrl., men er nå fremhevet ytterligere ved vedtakelsen i Grunnloven. Etter denne vedtakelsen følger altså foreldre og barns rett til samvær med hverandre av vår høyeste rettskilde.

Høyesterett har uttalt at inngrep i rettigheten kan tillates, selv om dette ikke følger direkte av bestemmelsen.³⁴ Inngrep må, som inngrep i de folkerettslige bestemmelsene, ha tilstrekkelig klar og tilgjengelig hjemmel, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig. De individuelle interessene som er beskyttet, må i forholdsmessighetsvurderingen vurderes mot samfunnsbehovene bak tiltaket.³⁵

Grunnloven § 104 omhandler barns rettigheter, og ble også tilføyd i 2014. Av andre ledd fremgår det at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Dette er nært knyttet til retten til familieliv i Grl. § 102. Barnets beste skal inngå som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grl. § 102.³⁶ Dette medfører at hvis barnets beste er at samværet er svært begrenset eller nektes, vil dette tilsi at inngrepet i retten til familieliv er forholdsmessig. Det følger av § 104 første og tredje ledd at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem, og at myndighetene skal legge til rette for at de får nødvendig trygghet, *fortrinnsvis i egen familie*. Det kommer dermed også fram av denne bestemmelsen at utgangspunktet er at barn skal vokse opp i sin biologiske familie. Også dette taler for at et inngrep som omsorgsovertakelse ikke skal gjøres mer inngripende enn nødvendig, slik at foreldre og barn kan opprettholde kontakten via samvær.

Vernet av barns rettigheter i Grl. § 104 har politisk og symbolsk betydning, men også en rettslig betydning. Dette uttales i forarbeidene. Den symbolske betydningen er at barn

³² Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 13 og 51.

³³ Dok. nr. 16 (2011-2012) s.168 og 170.

³⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

³⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

³⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66.

synliggjøres i Grunnloven, og får et eget vern. Politisk betydning har bestemmelsen i form av at lovgiver og domstol vil se hen til bestemmelsen når beslutninger skal fattes.³⁷

Menneskerettighetsutvalget uttaler at det i tillegg vil være en rettslig betydning. Først og fremst vil dette være at bestemmelsen kan fungere som et tolkningsmoment ved tolkningen av annen lovgivning. Rettsanvenderen skal velge det tolkningsalternativet som er best for barnet. I tillegg er bestemmelsen en skranke for lovgiver, slik at det ikke kan ses bort fra hensynet til barn ved vedtakelsen av nye lover.³⁸ Bestemmelsen er dermed viktig på ulike måter, men først og fremst som skranke for vedtakelsen og tolkningen av formell lov. Mer konkrete rettigheter må følge av slik lov.

3.2 Barnekonvensjonen art. 9 nr. 3

Det fremgår av barnekonvensjonen art. 9 nr. 3 at partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra foreldrene, har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med dem regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste. Partene er statene som har ratifisert Barnekonvensjonen. Det vil si at i Norge er det norske myndigheter som skal respektere retten artikkelen gir. Artikkelen gir kun en rettighet for barnet. Foreldrene har ingen rettigheter etter Barnekonvensjonen. Rettigheten gjelder for barn som er «atskilt fra foreldrene». En slik ordlyd omfatter klart barn som er under barnevernets omsorg. Fysisk samvær omfattes av «personlig forbindelse og direkte kontakt». Utgangspunktet er altså at barn under barnevernets omsorg har rett på samvær med foreldrene.

Av konvensjonens fire grunnprinsipper (se oppgavens punkt 1.3.2.) er barnets beste jf. art.3 og barnets rett til å bli hørt jf. art. 12 de viktigste ved tolkningen av art. 9 nr. 3. Den klare rettigheten til samvær kan det kun gjøres unntak fra når samvær er i strid med barnets beste. Innholdet i prinsippet om barnets beste etter BK vil jeg komme tilbake til i punkt 4.1.1. Barnets rett til å bli hørt inngår i dette prinsippet, da barnets mening er et viktig moment for å fastsette barnets beste.

³⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 189.

³⁸ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 189.

3.3 EMK art. 8 nr. 1

EMK artikkel 8 nr. 1 gir i likhet med Grl. § 102 blant annet rett til respekt for sitt familieliv. Retten gjelder for «enhver». Dermed er både barn og foreldre omfattet. Ordet «familieliv» er ikke nærmere avgrenset i artikkelen, men en naturlig språklig forståelse av ordet tilsier at forholdet mellom barn og foreldre er i kjernen av betydningen. Dette støttes av EMDs praksis, blant annet dom 8. juli 1987 *W, B og R mot Storbritannia*. Her uttales det i pkt. 59 at «[t]he mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life». Dette har også blitt gjentatt i flere dommer, blant annet dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* pkt. 59.

En omsorgsovertakelse er et inngrep i retten til familieliv, som må oppfylle vilkårene i art. 8 nr. 2. En rettmessig omsorgsovertakelse innebærer imidlertid ikke at all kontakt mellom foreldre og barn skal brytes. Dette vil også være et inngrep som må oppfylle vilkårene. EMD ser samværsrett som en forutsetning for en senere gjenforening, som normalt bør være målet.³⁹ I tillegg er samvær et mål i seg selv, da kontakt mellom foreldre og barn i utgangspunktet anses som positivt. I EMDs dom 8. juli 1987 *W, B og R mot Storbritannia*, nevnt i avsnittet over, uttales det i pkt. 59 at familieforholdet ikke bringes til opphør ved en omsorgsovertakelse. Dette viser at samvær vektlegges sterkt av EMD. Det stilles strenge krav til nødvendigheten av inngrep i samværsretten, noe jeg kommer tilbake til i punkt 4.1.2 og 4.2.2.

3.4 Bvl. § 4-19 første ledd

I bvl. § 4-19 første ledd oppstilles det som en klar hovedregel at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre. Rettigheten etter loven gjelder altså både barn og foreldre. Utgangspunktet om at det skal være samvær mellom biologiske foreldre og barn bygger på en presumsjon om at det er bra for barn å ha kontakt med sitt biologiske opphav. Sosiallovutvalget nevner dette i forarbeidene som begrunnelse for lovens utgangspunkt.⁴⁰ Departementet sluttet seg til dette i proposisjonen, og la til at nyere forskning har vist at

³⁹ Aall (2015) s. 238.

⁴⁰ NOU 1985: 18, s. 168.

samvær er viktig på grunn av de sterke følelsesmessige båndene mellom barn og foreldre, og at barnet slik kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt.⁴¹ På bakgrunn av dette ble samværsretten formulert som en rett både for barnet og foreldrene.

Det minste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp er også av betydning som begrunnelse for at samvær er utgangspunktet, jf. punkt 2.2 og 2.3.

Høyesterett har i flere avgjørelser bekreftet at dette er lovens klare utgangspunkt. I Rt. 1998 s. 787 uttalte Høyesterett at lovens utgangspunkt medfører at en varig eller langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig til å nekte samvær.⁴²

Inngrep krever sterke og spesielle grunner, noe jeg kommer tilbake til i punkt 4 og 5.

3.5 Omfanget av samværet i barnevernssaker

Retten til samvær fremgår av alle rettskildene redegjort for ovenfor. Spørsmålet blir så hvilket omfang dette samværet skal ha. Ordlyden i bvl. § 4-19 sier ingenting om fastsettelsen av dette. I forarbeidene sies det heller ikke mye om hvor mye samvær som skal være utgangspunktet, eller hvilke momenter som skal være med i vurderingen. Sosiallovutvalget fant ikke grunn til å foreslå regler om hvordan samværsretten skal reguleres. Utvalget uttaler at praksis i barnefordelingssaker viser de aktuelle alternativene.⁴³ Etter denne uttalelsen kan det fremstå som om «vanlig samvær» etter barneloven⁴⁴ skal være utgangspunktet. Etter barneloven § 43 andre ledd siste setning, er vanlig samvær i foreldretvistsakene én ettermiddag i uka med overnatting, annenhver helg, til sammen tre uker i sommerferien og annenhver høst-, jule-, vinter- og påskeferie. Høyesterett har imidlertid slått fast at dette ikke er utgangspunktet i barnevernssakene. I Rt. 1996 s. 1684 uttaler Høyesterett at dette ikke skal være utgangspunktet, fordi de hensyn som gjør seg gjeldende ved en omsorgsovertakelse vil

⁴¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 51.

⁴² Rt. 1998 s. 787 på side 791.

⁴³ NOU 1985: 18 s. 168.

⁴⁴ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.

til dels være andre enn i forbindelse med separasjon og skilsmisse.⁴⁵ I sistnevnte situasjon er utgangspunktet at begge foreldrene er gode omsorgspersoner som er skikket til å ta seg av barnet, mens ved en omsorgsovertakelse er ingen av foreldrene ansett egnet til dette og barnet må flyttes ut av hjemmet. I tillegg skal barnet i mange tilfeller opprette en ny tilknytning i fosterfamilie.⁴⁶

Departementet uttaler at det i praksis vil være vedtakets varighet og hva som er målsetningen med det som vil bestemme samværsrettens omfang.⁴⁷ Dette gir noe veiledning, men det sier ikke konkret hvordan vurderingen blir i praksis. Høyesterett uttalte i Rt. 1998 s. 787 at hvis omsorgsovertakelsen antas å være midlertidig og tilbakeføring ventes å finne sted innen rimelig tid, bør kontakten mellom biologiske foreldre og barn holdes best mulig vedlike.⁴⁸ Høyesterett uttaler også at hvis det ikke kan påregnes tilbakeføring, eller at dette i så fall bare er aktuelt langt fram i tid, skal samværet gi barnet kjennskap til sitt biologiske opphav for en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til.⁴⁹ Omfanget av samværet vil etter dette være avhengig av type plassering. Ved midlertidige plasseringer skal det være hyppige samvær, mens det ved langtidsplasseringer skal være sjeldnere samvær.

Vurderingen av hvilket samvær det skal være må rette seg mot det beste for barnet saken gjelder, jf. bvl. § 4-1. Det skal etter loven legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Det er ikke åpenbart etter ordlyden om hensynet til kontinuitet gjelder kontinuitet i relasjonen til biologiske foreldre eller fosterforeldre. Hensynet er i Høyesterettspraksis brukt som argument for å begrense samværet, og da tolket slik at det gjelder kontinuitet i relasjon til fosterforeldrene. Dette ble gjort i Rt. 1998 s. 787, hvor Høyesterett henviser til bvl. § 4-1. De uttalte generelt at både hensynet til stabilitet og hensynet til kontinuitet ved omsorgsovertakelse kan medføre at et mer begrenset samvær må anses å være barnets beste.⁵⁰ Også i Rt. 2012 s. 1832 tolket Høyesterett hensynene slik, og uttalte at begge hensynene vil legge begrensninger på antallet samvær med biologiske

⁴⁵ Rt. 1996 s. 1684 på side 1694.

⁴⁶ Bendiksen og Haugli (2014) s. 242.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 51.

⁴⁸ Rt. 1998 s. 787 på side 792.

⁴⁹ Rt. 1998 s. 787 på side 792.

⁵⁰ Rt. 1998 s. 787 på side 792.

foreldre.⁵¹ I NOU 2000: 12 uttales det derimot at behovet for kontinuitet, i psykologisk litteratur, gjerne brukes som argument for å opprettholde relasjonen mellom barn og *biologiske foreldre*. Også i Haugli og Havik (2010) brukes hensynet slik, og det uttales at samvær med foreldrene kan være sentralt for å gi barnet en opplevelse av kontinuitet i tilværelsen.⁵² Behovet for *stabilitet* brukes i motsetning ofte som argument for å begrense samværet.⁵³ Dette er i samsvar med Høyesteretts anvendelse av hensynet, og retter seg mot stabilitet i fosterhjemmet.

På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor kan det ikke konkluderes klart med hvilken betydning hensynet til kontinuitet i omsorgen får for fastsettelsen av samværet. Høyesterettspraksis har større rettskildemessig vekt enn juridisk teori, men det fremstår ikke som om Høyesterett har foretatt en nøye vurdering av hva hensynet til kontinuitet innebærer. Uttalelsene i begge de nevnte dommene er generelle, og ikke begrunnet. Uansett gir ikke momentene i bvl. § 4-1 første ledd siste setning noe klart svar i vurderingen av samværsspørsmålet, og det er lagt opp til at det skal foretas en konkret vurdering basert på det enkelte barnet.

Også flere andre momenter enn vedtakets varighet og formål, og hensynet til kontinuitet og stabilitet i omsorgen, vil kunne få betydning i den konkrete vurderingen av hvor mye samvær som er det beste for barnet. Hva som vektlegges vil variere etter situasjonen til barnet og foreldrene i hver enkelt sak. I Trude Hauglis doktoravhandling nevner hun sentrale momenter ved vurderingen⁵⁴, og Knut Lindboe gjengir disse i sin lærebok i barnevernsrett⁵⁵. Jeg vil også kort gjengi noen av momentene her. En nøyere redegjørelse for vurderingen vil bli gjort i punkt 4 om inngrep i omfanget av samværsretten.

Forhold ved barnet er ett av de sentrale momentene som kan vektlegges. Dette gjelder barnets reaksjoner på samværet, personlige egenskaper hos barnet, alder og utviklingstrinn og barnets mening. Også forhold ved foreldrene kan inngå i vurderingen av omfanget av samværet. Dette

⁵¹ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 36.

⁵² Trude Haugli og Toril Havik, *Samvær i barnevernsaker*, Oslo 2010 s. 83. Heretter Haugli og Havik (2010).

⁵³ NOU 2000: 12 s. 157.

⁵⁴ Haugli (2000) fra s. 272.

⁵⁵ Knut Lindboe, *Barnevernsrett*, 6. utgave, Oslo 2012 fra s. 115.

retter seg mot deres personlige egenskaper og livssituasjon. Grunnen til at det er foretatt en omsorgsovertakelse, er som regel at det er alvorlige mangler i omsorgen barnet fikk hjemme.⁵⁶ Hvor mye samvær det skal være kommer an på hva som var grunnen til omsorgsovertakelsen. Det kan være dårlige boforhold, foreldre med psykisk utviklingshemming, rusmisbruk eller psykisk sykdom hos foreldrene, eller fare for mishandling eller seksuelle overgrep mot barnet. Det må vurderes om grunnen for omsorgsovertakelse også medfører at samvær ikke er bra for barnet. Konfliktnivået i saken er også et moment som kan komme med i vurderingen av samværets omfang. I tillegg nevner Haugli blant annet betydningen av om samværsvedtaket er praktisk gjennomførbart. Av momenter som Haugli ikke har med, men som også kan tas med i vurderingen, kan nevnes fosterforeldres mening⁵⁷, om barnet biologisk hører til en annen kultur⁵⁸ og relasjonen mellom barnet og foreldrene⁵⁹.

Hvor mye samvær som gis varierer. I Rt. 2012 s. 1832 oppsummerer Høyesterett nivået, og slår fast at i de fleste Høyesterettssakene om samvær ved langvarige fosterhjems plasseringer, har antallet samvær vært mellom tre og seks per år.⁶⁰ Det presiseres imidlertid at hvor mange samvær som er best for barnet varierer fra sak til sak, og at det ikke kan etableres en fast «tålegrense». Sakene hvor det ble gitt tre til seks samvær per år gjaldt tilfeller hvor det bare skulle være samvær for én forelder, eller hvor begge skulle ha samvær samtidig. Høyesterett uttaler at når foreldrene krever samvær hver for seg, vil det være naturlig med et noe høyere samlet antall samvær. Likevel vil det, etter hensynet til barnets beste, sjelden være grunnlag for å doble antallet samvær som følge av separate krav.⁶¹ I nevnte sak fikk far to samvær i året med to timers varighet, og mor fikk fire samvær i året med tre timers varighet.

I Rt. 2006 s. 247 ble det gitt mye mer samvær enn vanlig. En gutt på 14 år skulle ha tre samvær i måneden, ett med overnatting fra fredag til søndag og to på tre timer hver. Gutten ble plassert i fosterhjem da han var 12 år og tilbakeføring var ikke aktuelt. På tross av dette

⁵⁶ Bvl. § 4-12 første ledd og Haugli (2000) s. 296.

⁵⁷ Rt. 1998 s. 767 på side 793.

⁵⁸ NOU 2000: 12 s. 158.

⁵⁹ NOU 2000: 12 s. 158.

⁶⁰ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 37.

⁶¹ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 38.

skulle samværet være såpass omfattende, da han hadde et nært forhold til moren og ønsket mye samvær. Dette viser at man etter den konkrete vurderingen av barnets beste kan komme til at et relativt omfattende samvær er det beste. Dette var også tilfelle i Rt. 2006 s. 1308, hvor det skulle være samvær med overnatting fra lørdag til søndag hver fjerde uke. Jenta saken gjaldt var 14 år, og ønsket å flytte tilbake til moren.

Omfanget fylkesnemnda eller retten fastsetter er kun et minimumssamvær, og barnevernstjenesten kan praktisere et mer omfattende samvær. Etter bvl. § 4-19 andre ledd skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten. Ordlyden tilsier at fylkesnemnda skal fastsette det samværet som er best for barnet. I forarbeidene er det uttalt at bestemmelsen ikke er til hinder for at barnevernstjenesten praktiserer samværsretten i større omfang, dersom dette ikke er i strid med forutsetningene som er lagt til grunn av fylkesnemnda.⁶² Det er også lagt til grunn i rettspraksis at det kun er et minimumssamvær som fastsettes. Høyesterett uttalte dette første gang i Rt. 1996 s. 1684.⁶³ Fylkesnemnda eller retten *må* likevel fastsette et minimumssamvær. Fastsettelse av samværets omfang kan ikke overlates helt til barnevernstjenesten. Dette er uttalt i Høyesteretts kjennelse gjengitt i Rt. 1998 s. 1420. Det anses praktisk at barnevernstjenesten har mulighet til å utvide samværsretten uten å anlegge ny sak for fylkesnemnda. De har derimot ikke mulighet til å praktisere et mindre samvær enn det som er fastsatt. Det fastsatte omfanget er en garanti for foreldrene og barnet for at det ikke skal være mindre samvær enn dette.

4 Inngrep i samværsrettens omfang

4.1 Nektelse av samvær

4.1.1 Barnets beste som grunnlag for å nekte samvær

Det største inngrepet som kan gjøres i samværsretten er å nekte samvær helt. Etter bvl. § 4-19 andre ledd første setning kan fylkesnemnda bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Det fremgår ikke av ordlyden at dette er svært inngripende og at det kreves

⁶² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 52.

⁶³ Rt. 1996 s. 1684 på side 1694.

særlige grunner for å nekte samvær. Likevel vil presumsjonen for at samvær er til barnets beste gjøre at det skal en del til for å konkludere med at det likevel ikke er det.⁶⁴

I forarbeidene beskrives det ikke nærmere hva som skal ligge i vurderingen eller hvor terskelen for å nekte samvær er etter loven. Det eneste sosiallovutvalget nevner, er at det kan være aktuelt å nekte samvær blant annet når foreldrene har vanskelig for å akseptere situasjonen, slik at det kan oppstå drakamp om barnet med mistenkeliggjøring av fosterforeldrene. Ellers nevnes at faren for nye konflikter for barnet også i andre tilfeller kan tilsi at det ikke skal være samvær.⁶⁵ Det fremgår heller ikke her at det er snakk om et inngripende tiltak og en streng vurdering. Forarbeidene gir liten veiledning i vurderingen, og det kan nektes samvær av andre grunner enn det som nevnes av utvalget. Høyesterett har uttalt at det kreves «spesielle og sterke grunner» for å nekte samvær.⁶⁶ Dette behandles nærmere i punkt 4.1.2 og 4.1.3 under.

Etter bvl. § 4-1 første ledd første punktum skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Bestemmelsen gjelder blant annet for inngrep i samværsretten. Ordlyden gir noe veiledning til hva som ligger i «barnets beste» i første ledd andre setning. Det skal etter dette legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. En nærmere drøftelse av dette er gjort over i punkt 3.5. Er barnets beste at samvær nektes, skal dette gjøres. Det vanskelige er å avgjøre hva som er det beste for barnet i den konkrete saken.

Barnekonvensjonen gir noe mer veiledning i hva som ligger i «barnets beste». Etter art. 3 nr. 1 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. BK art. 9 nr. 3 gir barn som er skilt fra sine foreldre en rett til å opprettholde kontakt med dem, med mindre dette er i strid med barnets beste. Her nevnes barnets beste spesifikt i artikkelen, som det eneste hensyn som kan begrunne inngrep i rettigheten. Det sies heller ikke her, konkret hva som kan begrunne en nektelse av samvær. FNs barnekomité's General Comment No. 14 omhandler barnets beste, og bidrar noe til fastsettelse av det konkrete innholdet.

⁶⁴ Bendiksen og Haugli (2014) s. 253.

⁶⁵ NOU 1985: 18 s. 168.

⁶⁶ Blant annet I Rt. 2002 s. 908 på side 913.

Komiteen presiserer at barnets beste er et komplekst begrep, at innholdet er fleksibelt og at det vil variere fra sak til sak.⁶⁷ Likevel oppstiller komiteen en liste over punkter til veiledning. Det må vurderes etter den konkrete saken hvilke momenter som vil være viktigst for å finne barnets beste.⁶⁸ Et av momentene som nevnes er «bevaring av familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner». Herunder skal blant annet kvaliteten på relasjoner og behovet for å beholde dem tas hensyn til i avgjørelser om hyppighet og lengde på samvær når barn er plassert utenfor familien.⁶⁹ Gode relasjoner det er behov for å beholde, taler for at det ikke er barnets beste å nekte samvær.

Videre er barnets sikkerhet et moment som nevnes. Barnekomiteen uttaler at i dette ligger at barnets rett til beskyttelse mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk skal inngå i barnets beste-vurderingen.⁷⁰ Barns rett til beskyttelse mot slik behandling fremgår av BK art. 19. Det nevnes også innledningsvis i kommentaren at det er barnets beste at alle rettighetene BK oppstiller, oppfylles.⁷¹ Det er dermed klart at det er barnets beste å bli beskyttet mot vold og overgrep. I tilfeller hvor barnet ikke kan beskyttes på andre måter, vil samvær kunne nektes av hensyn til barnets beste.

I en konkret sak kan disse to elementene komme i konflikt. Bevaring av familiemiljøet kan tale for samvær, mens behovet for å beskytte barnet mot vold eller overgrep fra foreldrene kan tale for *nektelse* av samvær. Barnekomiteen uttaler at man i slike tilfeller må veie elementene mot hverandre, og huske at hensikten er å sikre full utnyttelse av rettighetene i konvensjonen og helhetlig utvikling av barnet.⁷² Dette gir ikke en konkret løsning på problemet, og det vil kunne oppstå vanskelige tilfeller i praksis. Oftest vil nok hensynet til å beskytte barnet bli prioritert. Vurderingen må gjøres på bakgrunn av forholdene i den konkrete saken. Det blir også spørsmål om hvilket beviskrav som kreves for å legge til grunn at det er fare for vold

⁶⁷ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration avsnitt 32. Heretter GC nr. 14.

⁶⁸ GC nr. 14 avsnitt 50.

⁶⁹ GC nr. 14 avsnitt 65.

⁷⁰ GC nr. 14 avsnitt 73.

⁷¹ GC nr. 14 avsnitt 4.

⁷² GC nr. 14 avsnitt 81 og 82.

eller overgrep. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.1.3.

Barnets sårbarhetssituasjon nevnes også av barnekomiteen, som et moment i vurderingen av barnets beste. Barn som barnevernet har overtatt omsorgen for er ofte sårbare fordi de har vært offer for omsorgssvikt og blitt skilt fra foreldrene. Barnekomiteen uttaler at beslutningstakere må ta hensyn til de ulike typene og gradene av sårbarhet til hvert barn, når de vurderer hva som er barnets beste.⁷³

I tillegg til disse punktene fremhever barnekomiteen blant annet barnets synspunkter som en del av barnets beste-vurderingen. Barna selv skal få påvirke fastsettelsen av deres beste.⁷⁴ Rettigheten følger av BK art. 12 nr. 1. Etter artikkelen skal barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter ha rett til å fritt gi uttrykk for disse i alle forhold som vedrører dem. Synspunktene skal tillegges «behørig vekt» i samsvar med barnets alder og modenhet. Barnekomiteens General Comment No. 12 omhandler denne artikkelen.

Rettigheten følger også av Grl. § 104 første ledd, og mer spesifikt for barnevernssaker av bvl. § 4-1 andre ledd og § 6-3 første ledd. I § 4-1 andre ledd bestemmes det kun at barnet skal gis mulighet til medvirkning og at det skal tilrettelegges for samtaler med barnet. Paragraf 6-3 første ledd garanterer barn som er fylt 7 år en rett til å uttale seg. Retten til å uttale seg gjelder uansett for alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter. Barnekomiteen understreker i GC No. 12 at art. 12 ikke har noen aldersgrense, og statene frarådes å inkludere aldersgrenser i loven.⁷⁵ Saker om omsorgsovertakelse nevnes spesielt av komiteen, og det skal i slike saker tas hensyn til hva barnet selv mener.⁷⁶ Dette omfatter også samværsspørsmålet. Som jeg vil komme tilbake til i punkt 4.1.3, er det ikke alltid det fremgår av avgjørelser om samvær snekt at barnets mening har vært med i vurderingen.

Etter både bvl. § 4-19 andre ledd første setning og Barnekonvensjonen art. 9 nr. 3 kan samvær nektes når dette er barnets beste. Barnekomiteens kommentarer hjelper med å fastsette

⁷³ GC nr. 14 avsnitt 76.

⁷⁴ GC nr. 14 avsnitt 53.

⁷⁵ General Comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard avsnitt 21. Heretter GC nr. 12.

⁷⁶ GC nr. 12 avsnitt 53.

innholdet i vurderingen, men det er fortsatt vanskelig å si når samvær kan nektes og ikke. Nærmere konkretisering gir EMK og EMDs praksis.

4.1.2 EMK som skranke for nektelse av samvær

EMK er etter mrl. § 3 jf. § 2 nr. 1 gitt forrang foran annen lovgivning ved motstrid. Barnevernloven må dermed anvendes slik at den er i samsvar med EMK. Høyesterett har uttrykkelig uttalt at fastsettelsen av samvær må være i overensstemmelse med EMK art. 8 og praksis fra EMD i tilknytning til denne bestemmelsen.⁷⁷

EMD har i flere saker behandlet nektelse av samvær, og vurdert når det er tillatt å gjøre et så stort inngrep i retten til familieliv etter EMK art. 8. Nektelse av samvær vil klart være et brudd på denne retten, og må dermed oppfylle de tre vilkårene i art. 8 nr. 2. Inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lov, ha et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Når det gjelder lovskravet er det ikke nok i seg selv at det foreligger nasjonal hjemmel. Loven må i tillegg være tilstrekkelig presis («formulated with sufficient precision»)⁷⁸ EMD har samtidig uttalt at fullstendig presisjon er uoppnåelig, og at det må tillates skjønnsmessige formuleringer for å følge utviklingen og unngå et for rigid system.⁷⁹

De legitime formålene et inngrep kan ha, nevnes i art. 8 nr. 2. De mest aktuelle i saker om samværsnekt er «for å beskytte helse» eller «for å beskytte andres rettigheter», og det vil da være for å beskytte barnas helse eller rettigheter.

I praksis fra EMD om art. 8 er det vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, som oftest blir det sentrale i drøftelsen. I «nødvendig» ligger det en forholdsmessighetsvurdering. Det må foretas en avveining mellom inngrepet i rettigheten og hensynene som begrunner det.⁸⁰ Forholdsmessighetsvurderingen er viktig, da formålene

⁷⁷ Rt. 2003 s. 425 avsnitt 36.

⁷⁸ EMDs dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* pkt. 61.

⁷⁹ EMDs dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* pkt. 61.

⁸⁰ Aall (2015) s. 157.

favner bredt. Inngrepet er ikke forholdsmessig hvis det samme kunne vært oppnådd med et mindre inngrep. Det samme gjelder hvis formålet ikke realiseres med inngrepet eller ikke er tilstrekkelig tungtveiende.⁸¹ Statene er gitt en viss skjønnsmargin av EMD, særlig for nødvendigheten av inngrep, gjennom en «margin of appreciation». Likevel vil EMDs vurdering være avgjørende i en klagesak.⁸² For nødvendigheten av omsorgsovertakelser har EMD gitt en ganske vid skjønnsmargin, mens inngrep i samværsretten er underlagt en strengere vurdering.⁸³

I EMDs dom fra 7. august 1996 i saken *Johansen mot Norge* ble Norge dømt for brudd på klagerens rett til familieliv etter EMK art. 8, blant annet på grunn av nektelse av samvær. Johansen (klageren) var fratatt foreldreansvaret og nektet samvær med sin biologiske datter, med sikte på adopsjon. Fra før hadde hun en sønn hun ble fratatt omsorgen for da han var 12 år. Johansen hadde levd i et miljø med rusmisbruk og mishandling, og hadde for dårlig fysisk og psykisk helse til å ta seg av datteren. Omsorgen for barnet ble fratatt moren umiddelbart etter fødselen. Barnet ble da flyttet til et spedbarnshjem og Johansen fikk besøke henne to ganger i uka. Da barnet var fem måneder gammelt ble moren fratatt foreldreansvaret og nektet samvær, og barnet ble plassert i fosterhjem med sperret adresse. Begrunnelsen var blant annet risiko for konflikt med fosterhjemmet, barnets behov for å knytte seg til forsterfamilien og at mor ikke virket motivert for behandling.⁸⁴ Byretten opprettholdt vedtaket, og anken ble ikke tatt opp til behandling i Høyesterett. Johansen klaget videre til EMD, og saken ble tatt opp der.

For inngrepet i Johansens rett til familieliv var vilkårene om lov og formål oppfylt, og vurderingstemaet for EMD var om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. Innledningsvis i denne vurderingen uttaler EMD at barnets beste er «of crucial importance».⁸⁵ Barnets beste er altså sentralt i vurderingen, selv om dette ikke følger av EMK. I dommens pkt. 78 utdyper EMD dette, og presiserer at barnets interesser i noen tilfeller vil gå foran

⁸¹ Aall (2015) s. 156-157.

⁸² Aall (2015) s. 158.

⁸³ EMDs dom 7. august 1996 *Johansen mot Norge* pkt. 64.

⁸⁴ EMDs dom 7. august 1996 *Johansen mot Norge* pkt. 17 (sitat fra klient- og pasientutvalgets begrunnelse).

⁸⁵ EMDs dom 7. august 1996 *Johansen mot Norge* pkt. 64.

foreldrenes. Foreldrene har ikke rett til noe som kan skade barnets helse og utvikling.

Johansen ble fullstendig fratatt retten til familieliv med datteren da hun ble nektet samvær, og vedtaket var i strid med gjenforeningsformålet. EMD uttaler i pkt. 78 at slike tiltak «should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests». EMD oppstiller her meget strenge krav for at nektelse av samvær skal godtas. Grunnene var i denne saken ikke tilstrekkelige, basert på at Johansens livssituasjon på vedtakstidspunktet var noe bedre enn da datteren ble født. Hun hadde også hatt samvær med datteren to ganger i uka uten problemer. EMD uttaler at det fremstår som om problemene fra sønnens omsorgsovertakelse mange år tilbake i tid er grunnen til at barnevernet antok at det ville bli problemer. I pkt. 83 konkluderer EMD med at dette ikke er tilstrekkelig til å frata mor muligheten for gjenforening med datteren. Det ble ikke ansett bevist at inngrepet var motivert av et avgjørende hensyn til barnets beste. Norge hadde gått utenfor sin skjønnsmargin, og dermed krenket Johansens rettigheter etter art. 8. EMD legger også til at mindre enn et år etter vedtaket om samværsnekt og fratakelse av foreldreansvar, fant byretten at Johansens livssituasjon var forbedret slik at datteren kunne ha blitt tilbakeført. Dette ble likevel ikke gjort fordi det ikke hadde vært kontakt.⁸⁶

Dommen er avsagt under dissens 8-1. Dissenterende dommer Morenilla mener at det ikke er grunn til å ha en strengere vurdering av skjønnnet for samværsrestriksjoner enn omsorgsovertakelse, og konkluderer med at inngrepet var innenfor norske myndigheters skjønnsmargin. Mindretallsvotumet har ikke stor vekt, da det kun bestod av én dommer, og flertallets synspunkter er gjengitt i senere dommer, blant annet i *Dolhamre mot Sverige* fra 8. juni 2010 i pkt. 120.

Johansen-dommen er et eksempel på at vedtak fattet tidlig i saken, kan bli bestemmende for mulighetene i fremtiden. Trude Haugli har uttalt etter dommen, at hvis siktemålet med omsorgsovertakelsen er usikkert, må man legge opp til samvær som ikke vanskeliggjør en senere tilbakeføring.⁸⁷ Haugli skriver også at hvis foreldrene har et visst omsorgspotensial og

⁸⁶ EMDs dom 7. august 1996 *Johansen mot Norge* pkt. 84.

⁸⁷ Haugli (2000) s. 277.

det dermed er en viss mulighet for tilbakeføring, må dette få konsekvenser for samværsvedtaket selv om tilbakeføring sannsynligvis ikke vil skje.⁸⁸ Samvær bør altså ikke nektes med mindre det er klart at tilbakeføring ikke vil være aktuelt. Det er alltid en fare for at prognosene som oppstilles i første behandling ikke gjør seg gjeldende. Selv om tilbakeføring virker usannsynlig, kan foreldrenes situasjon endre seg. Haugli mener derfor at fylkesnemnda bør være spesielt forsiktig med å nekte samvær ved første behandling, da slike vedtak kan bli tilnærmet irreversible.⁸⁹ Jeg støtter Hauglis synspunkter. Foreldrene bør ikke miste muligheten til tilbakeføring på grunn av samværsnekt rett etter omsorgsovertakelsen. Synspunktene er også i tråd med EMDs vurderinger i Johansen-dommen. Målsetning om gjenforening skal være utgangspunktet.

EMD behandlet også samværsnekt i dommen *Dolhamre mot Sverige* fra 8. juni 2010. Her ble et foreldrepar nektet samvær med sine to yngste barn. Begrunnelsen var at de hadde negativ innflytelse på barna med sine negative holdninger til myndighetene, og at kontakt mellom dem og barna bidro til at barna stolte mindre på myndighetene. Nektelsen ble opphevet en kort periode, og det ble forsøkt å organisere en samværsordning. Foreldrene samarbeidet ikke, og de fulgte ikke retningslinjene som ble satt opp. Etter dette ble samvær igjen nektet, og barna ble flyttet til en hemmelig adresse. EMD uttalte at svenske myndigheter i prosessen hadde handlet i tråd med gjenforeningsmålsetningen, og at de forsøkte å få til en samværsordning.⁹⁰ Foreldrene fremsto ikke som i stand til å prioritere barnas interesser, og EMD kom til at nektelsen av samvær var forholdsmessig og i tråd med barnas beste. Det forelå dermed ikke brudd på art. 8. I denne saken var det altså avgjørende at myndighetene prøvde å legge til rette for gjenforening, og at samvær først ble nektet etter at en samværsordning var forsøkt over tid. Dette skiller dommen fra Johansen-saken, hvor samvær ble nektet tidlig uten at det hadde vært dårlige erfaringer med samværene.

Vilkårene for å nekte samvær fra Johansen-dommen er senere gjentatt i blant annet *Aune mot Norge* 28. oktober 2010 pkt. 66 og *R og H mot Storbritannia* 31. mai 2011 pkt. 81. Det gjelder dermed fortsatt et krav om ekstraordinære tilfeller og at inngrepet er motivert av et

⁸⁸ Haugli (2000) s. 321.

⁸⁹ Haugli (2000) s. 281.

⁹⁰ EMDs dom 8. juni 2010 *Dolhamre mot Sverige* pkt. 123.

dominerende hensyn til barnets beste. Uttalelsene fra Johansen-dommen om at barnets beste er «of crucial importance» er også gjentatt, i *Levin mot Sverige* 15. mars 2012 pkt. 64. Barnets beste står dermed fortsatt sterkt i EMDs vurderinger av nektelse av samvær.

Etter Johansen-dommen har Høyesterett i saker om nektelse av samvær, tolket barnevernloven i samsvar med vilkårene oppstilt av EMD. Vilråene for å nekte samvær etter norsk rett er formulert av Høyesterett som at det kreves «sterke og spesielle grunner».⁹¹ I Rt. 2002 s. 908 konkluderte Høyesterett med at det forelå sterke og spesielle grunner for å nekte samvær «slik at de strenge kravene etter barnevernloven sett i sammenheng med artikkel 8 i EMK er oppfylt».⁹² Høyesterett vurderer det altså slik at vilråene er dekkende for vurderingen etter barnevernloven og EMK. Det kan diskuteres om EMDs vilkår om blant annet «exceptional circumstances» er strengere enn vilrået om «sterke og spesielle grunner». En naturlig språklig forståelse av ordet «exceptional» tilsier at det kreves mer enn sterke og spesielle grunner, og EMD har vurdert det strengt. EMD har oppstilt kravet i tillegg til et krav om et dominerende hensyn til barnets beste, og begge vilråene må være oppfylt. Et dominerende hensyn til barnets beste burde imidlertid i seg selv være nok til å nekte samvær. Samtidig vil dette som regel utgjøre «exceptional circumstances», slik at samvær kan nektes etter EMDs vilkår. Fordelen med at Høyesteretts vilkår ikke er like strenge i ordlyden som EMDs, er at det vil være mindre sjanse for at det bestemmes at det skal være samvær på tross av barnets beste. Vilrået om «sterke og spesielle grunner» viser likevel at det kun er aktuelt i unntakstilfeller. Uansett foretas en vurdering av barnets beste, og denne konkrete vurderingen vil avgjøre om nektelsen er i tråd med loven og EMK.

Vilkårene for å nekte samvær er etter dette at det må foreligge sterke og spesielle grunner, samt at samværsnekt er til barnets beste. Inngrepet må i tillegg være forholdsmessig. Det gjenstår imidlertid å avklare hvilke konkrete forhold som er ansett som legitime grunner for å nekte samvær. Dette er vurderingstemaet i det følgende.

⁹¹ Blant annet i Rt. 2002 s. 908, Rt. 2004 s. 1046 og Rt. 2014 s. 976.

⁹² Rt. 2002 s. 908 på side 916.

4.1.3 Legitime grunner til å nekte samvær

I juridisk teori har Bendiksen og Haugli listet opp hvilke forhold som i rettspraksis har vært legitime grunner til å nekte samvær.⁹³ Dette er risiko for vold, risiko for seksuelle overgrep, reell kidnappingsfare, forhold knyttet til psykiske lidelser hos foreldrene og foreldrenes rusatferd. Høyesterett har i Rt. 2002 s. 908 nektet samvær på grunn av psykiske lidelser hos mor og i Rt. 2004 s. 1046 på grunn av risiko for vold eller gjenoppleving av traume på grunn av tidligere vold. I tillegg har de i Rt. 2014 s. 976 opphevet en lagmannsrettsdom som nektet samvær på grunn av bortføringsfare, og oppstilt klare vilkår for hva som skal til for å nekte samvær av denne grunnen. Jeg vil nå se nærmere på disse dommene, og hvilke momenter Høyesterett tar med i vurderingen. Deretter vil jeg også inkludere noen lagmannsrettsdommer, for å få frem et bredere spekter av eksempler på tilfeller hvor samvær nektes.

I saken gjengitt i Rt 2002 s. 908 ble en mor nektet samvær med datteren på seks år, som hun var fratatt omsorgen for. Høyesterett uttalte at det kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær. Det må foretas en bred skjønnsmessig vurdering, med avgjørende vekt på det beste for barnet.⁹⁴

Moren slet med store psykiske problemer. Psykologen uttalte i sin sakkyndigerklæring at hun led av en avhengig personlighetsforstyrrelse (angst for å være alene og problemer i relasjoner) og hadde tankeforstyrrelser med paranoide trekk. Hennes adferd var uforutsigbar, og for mange uforklarlig.⁹⁵ Datteren bodde med moren fram til hun var 14 måneder gammel. I denne perioden hadde moren isolert seg med datteren og mishandlet henne. Det ble fattet hastevedtak om plassering på spedbarnssenter, hvor moren fikk bo med datteren.

Mishandlingen av datteren opphørte ikke, og personalet klarte ikke å hindre moren i å straffe barnet. Det ble fremmet sak om omsorgsovertakelse, og datteren ble flyttet til fosterhjem. Samværet ble stadig redusert, da det fungerte dårlig og barnet ofte fikk sterke reaksjoner i etterkant.

Høyesterett vurderte hvilken virkning morens psykiske problemer hadde hatt og kunne få for

⁹³ Bendiksen og Haugli (2014) s. 254.

⁹⁴ Rt. 2002 s. 908 på side 912.

⁹⁵ Rt. 2002 s. 908 på side 913.

datteren. Hun var et skadet og sterkt sårbart barn. Sakkyndig psykolog i saken konkluderte med at det ikke var å anbefale at moren skulle ha samvær med datteren.⁹⁶ Under samværene hadde mor vært sint, og sjalu på at datteren hadde en ny familie. Hun tok opp ønsket om at datteren skulle flytte hjem til henne, og dette skapte usikkerhet hos barnet rundt hvem hun skulle være hos i fremtiden. Høyesterett siterte fra den sakkyndige rapporten, og uttalte at den ble støttet av andre opplysninger i saken og dermed måtte legges til grunn.⁹⁷ Samværene med moren ville innebære en stor risiko for skade, og det forelå da spesielle og sterke grunner for å nekte samvær.

I denne saken var altså morens store og alvorlige psykiske problemer grunn til å nekte samvær. Det ble lagt vekt på at barnet var skadet og såret, og de negative erfaringene med samvær. Barnets mening fremgår ikke som en del av vurderingen. I sitatet fra sakkyndigrapporten opplyses det kun om reaksjonene til barnet under samværet. Barnet var seks år da saken var til behandling, og hadde rett til å uttale seg etter bvl. § 6-3 første ledd, BK art. 12 og Grl. § 104 første ledd andre setning. Da barnets mening ikke fremgår av rettens vurdering vet man ikke om barnet har fått uttale seg, og om meningen i så fall har vært inkludert i rettens vurdering. Det er naturlig å anta at barnets mening i alle fall ikke har vært en sentral del av begrunnelsen, da det ikke nevnes i dommen. Alle momenter som har vært med i vurderingen burde inngå i rettens begrunnelse, som en kvalitetssikring for retten på at det er foretatt en balansert vurdering. Hvis barnets mening ikke er vektlagt er dette ikke i tråd med loven eller Barnekonvensjonen.

Den andre dommen hvor Høyesterett nektet samvær i en barnevernssak er gjengitt i Rt. 2004 s. 1046. Både mor og far ble her nektet samvær med sin datter på sju år. Da datteren var ett år gammel ble hun brakt til sykehuset i bevisstløs tilstand med bruddskader og blødninger i hodet. Hun ble deretter plassert på spedbarnssenter. Foreldrene ble siktet for å ha påført henne skadene, men straffesaken ble etter hvert henlagt på grunn av bevisets stilling. Datteren fikk varige skader. Hun ble delvis lam i venstre side og hang psykisk noe etter barn på sitt alderstrinn. Barnevernet overtok omsorgen, og hun ble flyttet til fosterhjem.

⁹⁶ Rt. 2002 s. 908 på side 915.

⁹⁷ Rt. 2002 s. 908 på side 915.

Det var enighet blant partene om at det var snakk om en langvarig omsorgsovertakelse. Samværene ble også i denne saken gradvis redusert. Høyesterett la vekt på at samværsordningen hadde fungert dårlig og at den hadde virket negativt på barnet.⁹⁸ Flere av tilsynsførers rapporter fra samværene siteres i dommen. I tillegg siterer Høyesterett fra fostermors forklaring om barnets negative reaksjoner under samværene, i punkt 55. Barnet hadde også selv gitt klart uttrykk for at hun ikke ønsket samvær med de biologiske foreldrene.⁹⁹ I denne dommen inngår altså barnets mening klart i vurderingen, slik den skal. Vektleggingen av barnets mening kommer an på «hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den», uttaler Høyesterett i punkt 60. I sakkyndigrapporten er det uttalt at det er spesielt at barnet viser ubehag på en så sterk og entydig måte, men at det gir mening hvis skaden skyldes mishandling fra foreldrene. Barnet gjenopplever da traumet ved samvær. Dette ble lagt til grunn, og barnets mening fikk dermed stor vekt.

Avslutningsvis vurderte Høyesterett hensynet til at barnet skal få kjenne til sitt opphav, mot påkjennningene samvær vil påføre henne.¹⁰⁰ Foreldrenes interesser måtte vike, og barnets mening var helt sentralt for denne konklusjonen. Barnet i denne saken var sju år, mens barnet i Rt. 2002 s. 908 var seks år. Dette kan tyde på at garantien for barn som er fylt sju år til å si sin mening i bvl. § 6-3 første ledd, medfører at de under sju år ikke blir hørt. Dette er i så fall uheldig, da det er klart at alle barn har rett til å få si sin mening.

I Rt. 2014 s. 976 var sakens tema nektelse av samvær på grunn av fare for bortføring av barnet. Foreldrene var, i tingretten og lagmannsretten nektet samvær med sin tre år gamle biologiske datter på grunn av risiko for bortføring. Moren og hennes foreldre var norske rom. Etter fødselen bodde mor og barn periodevis med mors familie, og periodevis på et familiesenter. Barnet ble etter hvert plassert i beredskapshjem, og deretter flyttet til fosterhjem etter en episode hvor beredskapsforeldrene ble forfulgt av en bil som tilhørte morfaren til barnet. I fylkesnemnda fikk begge foreldrene samvær fire ganger i året i en time, men begge ble nektet samvær både i tingretten og lagmannsretten.

⁹⁸ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 51.

⁹⁹ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 57.

¹⁰⁰ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 75.

Høyesterett gjentok fra tidligere dommer, at spørsmålet om å nekte samvær må vurderes etter en bred skjønnsmessig vurdering hvor det legges avgjørende vekt på å finne det som er til barnets beste. I tillegg ble det gjentatt at det kreves sterke og spesielle grunner for å nekte samvær.¹⁰¹ BK art. 30 er relevant for saken, da barnet tilhører en minoritet. Det skal ikke nektes retten til å leve i pakt med sin egen kultur. Myndighetene skal sørge for at denne rettigheten beskyttes, og Høyesterett uttaler i avsnitt 40 at det må tas i betraktning om nektelse av samvær vil frata barnet muligheten til å oppleve romkulturen. Utgangspunktet er at det er barnets beste å oppleve denne kulturen, men Høyesterett påpeker at dette kun underbygger at det skal sterke og spesielle grunner til for å nekte samvær og at det blir en del av totalvurderingen.

Kommunen hadde anført at endringer i barneloven om beskyttelse av barn mot vold og overgrep var relevante også i barnevernssaker. Dette er relevant i saker om bortføring, da bortføring regnes som et overgrep og ble behandlet i proposisjonen til lovendringene.¹⁰² Høyesterett uttaler at ikke alt fra lovendringen vil være relevant, da det er snakk om ulike situasjoner. I avsnitt 47 siterer Høyesterett det fra Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) som de mener har overføringsverdi til barnevernssaker. Dette er at det må foreligge en «reell risiko» for overgrep for at dette skal få betydning for rettens avgjørelse. Det kan ikke legges vekt på enhver påstand om overgrep, samtidig som det ikke kreves sannsynlighetsovervekt. Graden av sannsynlighet som kreves vil variere etter blant annet alvorligheten. Det må også foreligge forhold som underbygger påstanden om overgrep.¹⁰³ I tillegg til at risikoen må være reell tilføyer Høyesterett at den også må være aktuell.

Om den konkrete vurderingen i denne saken, uttaler Høyesterett i avsnitt 56 at den har funnet det vanskelig. Det uttales at på grunn av at lagmannsretten har hørt partene og vitnene og hatt sakkyndig, er Høyesterett ofte forsiktig med å fravike deres vurdering i slike saker.¹⁰⁴ Her er imidlertid Høyesterett i tvil om lagmannsretten har vurdert saken etter kriteriene om at det må foreligge en reell og aktuell fare for bortføring for å nekte samvær på grunn av dette.¹⁰⁵

¹⁰¹ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 36.

¹⁰² Prop.85 L (2012-2013) punkt 7.2.4.4.

¹⁰³ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 47 og 48.

¹⁰⁴ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 57.

¹⁰⁵ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 59.

Lagmannsretten ser heller ikke ut til å ha vurdert, etter Høyesteretts oppfatning, hvilken betydning det har at mors livssituasjon har endret seg.¹⁰⁶ På bakgrunn av dette opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom med ankeforhandling, og henviste saken til ny behandling.

Lagmannsretten tok saken til ny behandling, og kom igjen til at samvær skulle nektes for begge foreldrene.¹⁰⁷ Bortføringsfaren var fortsatt reell og aktuell. Det ble blant annet lagt vekt på episoden med forfølgningen, trusler far hadde fått fra mors familie, at personer fra romkulturen er overrepresentert i bortføringsstatistikken og at mors far tidligere hadde vært voldelig og kontrollerende mot henne. I tillegg hadde barnet reagert negativt på samværene, og blant annet fått søvnproblemer og fordøyelsesproblemer i etterkant av samværene. Foreldrene anket på nytt saken inn for Høyesterett, men den ble nektet fremmet.¹⁰⁸ Dette styrker vekten av lagmannsrettens avgjørelse.

Etter denne saken er det altså oppstilt som vilkår for å nekte samvær på grunn av bortføringsfare at det dreier seg om en reell og aktuell risiko for bortføring.

En dom fra Agder lagmannsrett, som også omhandlet bortføringsfare, siterer kriteriene fra Høyesterett.¹⁰⁹ Retten vurderte om det forelå en reell og aktuell bortføringsfare for det konkrete barnet. Barnet saken omhandlet var en gutt på fire år, som var tatt under barnevernets omsorg på grunn av underernæring. Begge foreldrene hadde slektninger i USA. Etter omsorgsovertakelsen la mor ut en video på YouTube hvor hun sa at den norske stat hadde kidnappet barnet hennes og at de ønsket å leve som familie i USA. Da gutten lå på sykehuset på grunn av underernæringen, ble han borttatt av faren, som ble stoppet etter en intens biljakt.

Foreldrene hadde begrenset samvær. Under et samvær fikk gutten gaver av foreldrene. Blant gavene var en lekebil, som det senere ble funnet en GPS og en sender skjult i. Foreldrene fikk gitt gutten dette selv om samværet var i barnevernets lokaler og med forsterket tilsyn. I følge

¹⁰⁶ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 60.

¹⁰⁷ LB-2014-173958.

¹⁰⁸ HR-2015-1452-U.

¹⁰⁹ LA-2015-95149.

lagmannsretten viser dette at foreldrene er villige til å gå til ekstreme skritt for å finne ut hvor gutten bor. De har begge vist at de er fiendtlig innstilt til barnevernet og at de har en betydelig evne og vilje til å finne ut hvor gutten befinner seg. Bortføringsfaren fremstod fremdeles som reell og aktuell, og lagmannsretten bemerker at mindre inngripende tiltak ikke kan beskytte gutten mot bortføringsfaren. Samvær ble dermed nektet. Foreldrene anket dommen til Høyesterett, men anken ble ikke fremmet.¹¹⁰

I en dom fra Gulating lagmannsrett fra 2015 ble samvær nektet på grunn av fare for retraumatisering etter seksuelle overgrep.¹¹¹ Saken omhandlet tvillingsøstre på 11 år. Etter det første samværet med far uten tilsyn, fikk begge jentene sterke reaksjoner. Det kom fram at det kunne ha skjedd et seksuelt overgrep, men straffesaken ble henlagt på grunn av bevisets stilling. Lagmannsretten fant at det var sannsynlig at overgrepet hadde skjedd. Begge barna hadde uttalt at de ønsket samvær med faren. Retten kom likevel til at det ikke skulle være samvær. Barnas mening ble ikke avgjørende, da det å møte faren etter å ha blitt utsatt for et slikt overgrep «vil utløse komplekse følelsesmessige reaksjoner som en elleveåring ikke kan forventes å ha innsikt i». Samvær med faren ble nektet. Dette viser at barnets mening ikke trenger å bli det avgjørende momentet i vurderingen av barnets beste.

Når det gjelder beviskravet ved spørsmål om foreldrene har utøvd vold eller begått seksuelle overgrep mot barna, har Høyesterett vurdert dette i Rt. 2004 s. 1046. Selv om straffesak mot foreldrene er henlagt, betyr ikke dette at det skal legges til grunn i barnevernssaken at overgrep ikke har skjedd. Høyesterett uttalte at det ikke kan stilles opp et strengere beviskrav enn vanlig sannsynlighetsovervekt for å kunne legge til grunn at skaden skyldes mishandling fra foreldrene.¹¹² Det legges til at de hensyn som tilsier skjerpet beviskrav for et belastende forhold i for eksempel erstatningssaker og forsikringsaker, ikke gjør seg gjeldende. Foreldrene skal ikke påføres noen form for sanksjon, men det skal tas stilling til hvilken risiko for skade et barn utsettes for. Høyesterett benytter vanlig sannsynlighetsovervekt som beviskrav i vurderingen, altså må det være over 50 % sannsynlighet for at barnet har blitt mishandlet.

¹¹⁰ HR-2016-642-U.

¹¹¹ LG-2015-104382.

¹¹² Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 66.

Når det gjelder faren for at barnet kan bli utsatt for overgrep under samværet, har Haugli uttalt at det kan legges til grunn at det er fare for det selv om det kanskje bare er 10 % sannsynlig.¹¹³ Dette gjelder fare for mishandling, seksuelle overgrep eller bortføring. Uttalelsen er basert på dommer etter barneloven, blant annet Rt. 1989 s. 320 hvor det uttales at det overhode ikke bør tas noen risiko ved fare for seksuelle overgrep.¹¹⁴ Også Rt. 1997 s. 1247 nevnes. I denne saken ble det av lagmannsretten lagt stor vekt på faren for bortføring, selv om det ikke var sannsynlighetsovervekt for at det ville skje, og Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at dette ikke var feil på grunn av de alvorlige konsekvensene dette kunne få.¹¹⁵ I den nyere dommen om bortføring gjengitt i Rt. 2014 s. 976 er det også uttalt at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for dette, men en reell og aktuell risiko. Det kreves altså ikke sannsynlighetsovervekt for at det er fare for at barnet blir utsatt for overgrep under samværet. Uttalelsene i Rt. 2004 s. 1046 gjelder beviskravet for å legge til grunn at det *har skjedd en mishandling tidligere*, og det kreves sannsynlighetsovervekt for dette. Dette er noe annet enn faren for at barnet vil bli utsatt for overgrep under samvær, samtidig som dette vil være mer sannsynlig hvis barnet har blitt utsatt for overgrep tidligere.

Grunnene som er ansett som legitime for å nekte samvær i norsk rettspraksis, harmonerer bra med vilkårene etter bvl. § 4-19, BK art. 9 nr. 3 og EMK art. 8. Barnets beste er det sentrale, og samvær nektes på grunn av alvorlige tilfeller hvor det er fare for skade for barnet.

4.2 Svært begrenset samvær

4.2.1 Rettslig grunnlag og hva som regnes som svært begrenset samvær

Fullstendig nektelse av samvær er, som nevnt, det største inngrepet som kan gjøres i samværsretten. I noen tilfeller blir foreldrene ikke nektet samvær, men får kun et svært begrenset samvær med barna sine. Dette er også et inngrep i samværsretten, som det stilles

¹¹³ Haugli (2000) s. 321.

¹¹⁴ Rt. 1989 s. 320 på side 326.

¹¹⁵ Rt. 1997 s. 1247 på side 1249.

strenge krav til nødvendigheten av. Svært begrenset samvær er ikke nevnt i bvl. § 4-19 første og andre ledd. Etter bestemmelsen skal det fastsettes et samvær, og det er mulighet for å nekte samvær. Omfanget av samværet fremgår ikke av bestemmelsen, og det foreligger dermed ikke et minimumssamvær foreldrene og barna har krav på. Det er dermed grunnlag i loven til å gi kun et svært begrenset samvær. Barnets beste skal også her være det avgjørende hensyn, jf. bvl. § 4-1 første ledd. Innholdet i denne vurderingen vil være det samme som ved spørsmål om nektelse av samvær. Det er redegjort for vurderingen i punkt 4.1.1. Også for svært begrenset samvær har Høyesterett oppstilt et krav om særlige og sterke grunner¹¹⁶, og jeg kommer tilbake til dette i punkt 4.2.3.

Uttrykket «svært begrenset samvær» brukes i bvl. § 4-19 fjerde ledd, om samværsrett for andre enn foreldrene. En regulering av dette ble tilført i § 4-19 tredje og fjerde ledd i 2006. Etter dette kan blant annet slektninger kreve å få behandlet samværsspørsmålet hvis foreldrene nektes samvær *eller kun får svært begrenset samvær*. I forarbeidene til endringen uttaler departementet at det finner det naturlig å likestille nektelse med svært begrenset samvær, da foreldrene i begge tilfeller vil være avskåret fra å være bindeleddet mellom barnet og andre det har tilknytning til.¹¹⁷ Praksis i tilknytning til denne bestemmelsen viser hvor mye samvær som regnes som «svært begrenset».

Høyesterett har i Rt. 2015 s. 467 uttalt at fire årlige samvær på tre timer hver ikke kan anses som «svært begrenset» etter bvl. § 4-19 fjerde ledd bokstav b.¹¹⁸ Vurderingen måtte sammenlignes med ordinært samvær ved omsorgsovertakelse. Barnas mormor kunne da ikke kreve samvær. I Rt. 2011 s. 1601 vurderte Høyesterett et samvær på tre ganger i året i to timer som svært begrenset.¹¹⁹ Grensen for svært begrenset samvær ligger etter dette på et omfang av tre samvær i året. Varigheten av samværene er ofte kort ved sjeldne samvær, og det er antatt i juridisk teori at små forskjeller på dette punktet vil ha mindre betydning.¹²⁰ Det legges til

¹¹⁶ Rt. 2001 s. 14 på side 24.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 45.

¹¹⁸ Rt. 2015 s. 467 avsnitt 52.

¹¹⁹ Rt. 2011 s. 1601 avsnitt 61.

¹²⁰ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave, Oslo 2015 s. 198. Heretter Ofstad og Skar (2015).

grunn at svært begrenset samvær omfatter ett til tre samvær i året.

4.2.2 EMK og EMDs praksis

En så begrenset rett til samvær vil være et inngrep i retten til familieliv etter EMK art. 8. Dermed må vilkårene i art. 8 nr. 2 oppfylles for at det skal tillates. Disse er det redegjort for over, i punkt 4.1.2. Også i saker om svært begrenset samvær, vil vurderingstema oftest være om inngrepet er forholdsmessig.

EMD har behandlet saker hvor foreldrene har fått svært begrenset samvær. Et eksempel er dom 25. februar 1992 *Andersson mot Sverige*. Saken gjaldt en svært begrenset rett til samvær, inkludert forbud mot brev- og telefonkontakt i et og et halvt år mellom mor og sønn. Det var kun et par møter mellom dem i denne perioden, og disse var under tilsyn. Begrunnelsen var at mor ved flere anledninger hadde hjulpet sønnen med å rømme fra offentlig omsorg, og hennes negative innvirkning på han. EMD kom til at inngrepet ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn. Tiltakene var ikke forenelig med gjenforeningsmålet, og ikke nødvendige etter formålet.¹²¹ Sverige ble etter dette dømt for brudd på art. 8.

Etter EMDs praksis skal samværsretten utøves slik at målet om gjenforening opprettholdes. Det stilles strenge krav til forholdsmessigheten av inngrep i samværsretten. Jo større inngrep det er snakk om og jo lenger det varer, desto strengere krav stilles til statenes begrunnelse av nødvendigheten av det. Dermed vil det stilles litt mindre krav til nødvendigheten av et svært begrenset samvær, enn en fullstendig nektelse av samvær. Vurderingen er likevel streng også for svært begrenset samvær.

4.2.3 Norsk rettspraksis

Høyesterett har i flere samværsaker kommet til at det kun skal være et svært begrenset samvær mellom barnet og de biologiske foreldrene. Ofte blir det i disse sakene også vurdert om det er aktuelt å nekte samvær.

¹²¹ EMDs dom 25. februar 1992 *Andersson mot Sverige* pkt. 96 og 97.

I Rt. 2001 s. 14 fant Høyesterett at et samvær på to ganger i året på to timers varighet skulle utvides. Høyesterett uttalte at det skal særlige grunner til for å begrense samværsretten så sterkt, og at EMD krever sterke grunner for slike inngrep. Høyesterett uttalte at retten til å bli kjent med foreldrene vanskelig kan oppnås med et besøk på to timer en gang i halvåret.¹²² Samværet ble utvidet til fire ganger i året tre timer hver gang. Det oppstilles her et krav om særlige og sterke grunner for å gi kun et svært begrenset samvær. Dette er de samme vilkårene som gjelder for nektelse av samvær.

Høyesterett har henvist til vilkårene oppstilt i Rt. 2001 s. 14 i en nyere dom gjengitt i Rt. 2012 s. 1832, i avsnitt 45. Det ble her vurdert om det forelå særlige grunner for å gi far svært begrenset samvær med barnet. Høyesterett konkluderte med at det gjorde det. Dette var på grunn av at samværene måtte foregå i fengsel der faren sonet en dom, hans kriminelle adferd og at han hadde rusproblemer.¹²³ Det ble ikke vurdert å nekte samvær. Tidligere samvær med far hadde fungert greit, og det ble ansett som barnets beste å bevare kjennskap til faren. Samværet ble fastsatt til to ganger i året i to timer.

De samme særlige og sterke grunnene kan begrunne både nektelse av samvær og svært begrenset samvær. Vurderingen av hvilken løsning som skal velges, blir konkret. I en dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2006 tok retten blant annet stilling til om foreldrene skulle ha samvær med sin fire år gamle sønn, eller om det skulle nektes.¹²⁴ Han hadde vist særlig langvarige og kraftige reaksjoner etter samvær. De rettsoppnevnte sakkyndige konkluderte med at reaksjonene skyldtes gjenopplevelse av omsorgssvikten. Barnet slet med uro, raserianfall, natteskrekk og problemer med mat. Moren hadde bulimi og andre alvorlige psykiske problemer. Sønnen kopierte hennes rensesritual, og hadde ved ett tilfelle holdt på å kvele seg selv med oppkast. Barnet hadde i tillegg et seksualisert fokus. De sakkyndige uttalte at de sjelden hadde sett et så alvorlig symptombilde hos et så ungt barn. Det ble anbefalt nektelse av samvær, eller maksimalt samvær på 1-2 timer to ganger i året. Retten måtte ta stilling til om det skulle gis svært begrenset samvær, eller om det skulle nektes.

¹²² Rt. 2001 s. 14 på side 24.

¹²³ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 45.

¹²⁴ LB-2006-26681.

Lagmannsretten uttalte at det er vanskelig å se at samvær ville være til barnets beste nå. Reaksjonene kunne være farlige, han kunne utvikle ytterligere forstyrrelser og utviklingen i fosterhjemmet vanskeliggjøres. På tross av dette konkluderte lagmannsretten med at det skulle være samvær, da «det skal svært mye til for å nekte samvær». Samværet skulle opphøre i ett år og deretter ha et omfang på to timer to ganger i året. Dommen er kritisert i juridisk teori. Haugli og Havik har uttalt at det er overraskende at samvær ikke ble nektet i denne saken.¹²⁵ Lagmannsretten har etter deres oppfatning tolket vilkårene for å nekte samvær for strengt. Jeg er enig i denne kritikken, og mener at denne dommen ikke ivaretar hensynet til barnets beste. Retten selv uttalte at samvær ikke er til barnets beste. Da skulle samvær ha vært nektet. Hvis ikke en slik situasjon som i denne dommen oppfyller vilkårene for å nekte samvær, er det vanskelig å forestille seg hvilke situasjoner som gjør det.

I Rt. 2002 s. 908, hvor samvær ble nektet, drøftet Høyesterett om det skulle gis et svært begrenset samvær i stedet. Høyesterett formulerte vurderingen som at spørsmålet blir om selv et så begrenset samvær vil utsette barnet for en risiko for skade som ikke kan aksepteres.¹²⁶ Høyesterett kom til at det var tilfellet, blant annet på grunn av barnets sårbarhet og at samværene hadde fungert dårlig. Også etter disse uttalelsene fremstår dommen fra Borgarting lagmannsrett som for streng ved vurderingen av nektelse av samvær.

Av annen lagmannsrettspraksis kan nevnes en sak fra Frostating lagmannsrett fra 2014.¹²⁷ Her ble blant annet omfanget av samværet vurdert. Saken omhandlet en gutt som ble innlagt på sykehus da han var seks uker gammel på grunn av alvorlige skoldeskader på føttene. Det ble i tillegg avdekket at han ved minst to anledninger var påført minst tre ribbensbrudd på begge sider. Skadene var sannsynligvis påført av foreldrene. Mellom mor og sønn var det dårlig samspill, og retten kom til at barnet ikke hadde behov for samvær med mor. Barnet hadde hatt negative reaksjoner etter samvær, og nærvær av mor i seg selv kunne innebære en «trigger» som bringer tilbake symptomene han hadde ved omsorgsovertakelsen. Likevel konkluderte lagmannsretten med at det skulle være samvær i to timer to ganger i året.

¹²⁵ Haugli og Havik (2010) s. 31.

¹²⁶ Rt. 2002 s. 908 på side 914.

¹²⁷ LF-2014-39738.

Saken kan sammenlignes med Rt. 2004 s. 1046. Denne omhandlet også et barn som mest sannsynlig var utsatt for vold fra foreldrene, og som hadde negative reaksjoner i forbindelse med samvær. Her ble samvær nektet. En viktig forskjell på disse sakene er at barnet fra Høyesterettsdommen var sju år, og klart ga uttrykk for at hun ikke ønsket samvær. Barnet i lagmannsrettssaken var bare ett år. Samtidig er det desto viktigere at barnet beskyttes for skadelige samvær, når det selv er for lite til å uttrykke sin mening. Det kan spørres om lagmannsretten, også i denne dommen, oppstilte en for høy terskel for å nekte samvær.

I saker hvor barnet har tatt skade av samvær eller gitt sterkt uttrykk for at det ikke ønsker samvær, bør det nektes. Den konkrete vurderingen av om det skal nektes eller kun begrenses sterkt kan generelt være vanskelig, og det kan være utfordrende å finne hva som er barnets beste.

5 Inngrep i gjennomføringen av samværet

5.1 Typer inngrep og det rettslige utgangspunktet

I tillegg til inngrep i omfanget av samværet, kan inngrep også gjøres i gjennomføringen. Det mest vanlige av slike inngrep er at barnevernet skal føre tilsyn under samværet. Andre inngrep kan for eksempel være at samværet skal gjennomføres på et bestemt sted, at foreldrene er rusfrie under samvær, at psykiske lidelser er i en stabil fase eller at bestemte personer ikke skal være tilstede.¹²⁸

Barnevernloven sier ikke uttrykkelig noe om slike inngrep. Etter bvl. § 4-19 andre ledd kan samvær nektes helt. Samvær under tilsyn er et mindre inngrep enn en fullstendig nektelse, og på denne måten følger det indirekte av loven at slike inngrep kan gjøres.¹²⁹ Forarbeidene inneholder ikke noen nærmere drøftelser av ulike inngrep i gjennomføringen av samværet eller vilkår for dem. Som påpekt av Haugli, kan det virke som om denne problemstillingen er

¹²⁸ Bendiksen og Haugli (2014) s. 257.

¹²⁹ Bendiksen og Haugli (2014) s. 255.

oversett i forarbeidene.¹³⁰ Sosiallovutvalget uttalte kun at «samværsrettens innhold reiser en rekke praktiske problemer som vedtaksinstansen bør kunne overlate til sosialtjenesten».¹³¹ Det nevnes ikke hva som menes med «praktiske problemer» mer konkret. Haugli uttaler at det også er snakk om *rettslige* problemer, og at dette burde vært regulert i loven.¹³²

Ulike tiltak som gjelder gjennomføringen av samværet vil være et inngrep i foreldrenes og barnets rett til familieliv etter EMK art. 8 og GrL. § 102, samt et inngrep i retten til samvær etter BK art. 9 nr. 3 og bvl. § 4-19 første ledd. Dermed gjelder prinsippet om forholdsmessighet.¹³³ Dette følger direkte av EMK art. 8 nr. 2, hvor det oppstilles et krav om at slike inngrep er nødvendige. Jo større inngrep som gjøres, desto sterkere grunner kreves. Da andre inngrep enn tilsyn sjelden fastsettes i rettspraksis, vil jeg i det følgende avgrense til å kun behandle tilsyn videre.

5.2 Nærmere om tilsyn

For at tilsyn skal være et rettmessig inngrep må det være forholdsmessig, altså nødvendig etter hensynene som begrunner det. I Rt. 1997 s. 534 ble lagmannsrettens fastsettelse av tilsyn opphevet av Høyesterett fordi det ikke var nødvendig. Tilsyn må være nødvendig av hensyn til barnet. Dette kan blant annet være for å beskytte barnet mot overgrep eller mishandling, på grunn av bortføringsfare eller for å skape trygghet for barn som har problemer med å være med foreldrene. Tilsyn skal etter dette ikke fastsettes som en rutine for sikkerhets skyld, men må være begrunnet i et kontrollbehov basert på konkrete og tungtveiende grunner.¹³⁴

I Rt. 2003 s. 425 ga Høyesterett barnevernstjenesten mulighet til å føre tilsyn under samværene. Det uttales at det ikke er aktuelt å føre tilsyn ut fra mors situasjon i dag, men at det gis adgang til tilsyn på grunn av fare for tilbakefall til rusmisbruk.¹³⁵ Høyesterett mener at inngrepet ikke er nødvendig slik situasjonen er, men overlater til barnevernstjenesten å

¹³⁰ Haugli (2000) s. 219.

¹³¹ NOU 1985: 18 s. 168.

¹³² Haugli (2000) s. 219.

¹³³ Haugli og Havik (2010) s. 142.

¹³⁴ Haugli (2000) s. 223, Haugli og Havik (2010) s. 142 og Ofstad og Skar (2015) s. 186.

¹³⁵ Rt. 2003 s. 425 avsnitt 49.

vurdere om det er nødvendig senere. I Rt. 2006 s. 247 refererer Høyesterett til denne dommen ved behandling av spørsmålet om det skulle være tilsyn.¹³⁶ I denne saken hadde tingretten fastsatt et «stikkprøvetilsyn», men Høyesterett kom til at det kunne føres tilsyn ved *alle* samværene. Høyesterett uttalte at barnevernstjenesten ikke skulle ha en mer begrenset mulighet til tilsyn «enn det som vanligvis er tilfellet».¹³⁷ Etter disse dommene fremstår det som om tilsyn pålegges for sikkerhets skyld, uten at det er et nødvendig kontrolltiltak. Høyesteretts synspunkt i den siste dommen ser ut til å være at adgang til å føre tilsyn er normalordningen. Dette strider mot det teoretiske utgangspunktet om at tilsyn kun skal fastsettes når det er behov for det etter konkrete og tungtveiende grunner.¹³⁸

Etter de to dommene nevnt over fremstår det som uklart hva som er gjeldende rett for fastsettelse av tilsyn under samvær. Høyesterett har imidlertid behandlet spørsmålet *etter* disse dommene, og de er ikke nok til å hevde at rettsstilstanden er slik at det skal være tilsyn under samværene for sikkerhets skyld. I Rt. 2012 s. 1832 ble det tatt stilling til om det skulle være tilsyn i en kort vurdering på slutten av dommen. Høyesterett mener at det skal gis adgang til tilsyn under samværene, og begrunner dette med at morens forhold til rusmidler anses uavklart og «øvrigt belastninger i hennes situasjon».¹³⁹ Også ved farens samvær gis det adgang til tilsyn, og dette begrunnes i hans kriminelle adferd og rusproblemer.¹⁴⁰ Her er det konkrete forhold som begrunner å gjøre et slikt inngrep i samværsretten, og dette viser at det ikke gjøres for sikkerhets skyld. Samtidig nevner ikke Høyesterett grunnlaget for å pålegge tilsyn, og gjør heller ikke en vurdering for og imot.

Ofte i saker hvor tilsyn ilegges blir det kun kommentert kort på slutten av dommen, uten en nærmere drøftelse. Imidlertid vil begrunnelsen ofte fremgå implisitt av andre vurderinger i dommen.¹⁴¹ Gjelder saken spørsmål om det er grunnlag for omsorgsovertakelse drøftes gjerne dette nøye først, deretter drøftes samværet mindre inngående og tilsyn enda mindre inngående til slutt. Et eksempel er en tidligere nevnt dom fra Borgarting lagmannsrett, hvor det ble

¹³⁶ Rt. 2006 s. 247 avsnitt 38.

¹³⁷ Rt. 2006 s. 247 avsnitt 38.

¹³⁸ Haugli og Havik (2010) s. 144.

¹³⁹ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 46.

¹⁴⁰ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 46.

¹⁴¹ Haugli og Havik (2010) s. 144.

fastsatt tilsyn uten noen nærmere eksplisitt begrunnelse.¹⁴² Det er som regel de samme grunnene som fører til omsorgsovertakelse som fører til begrensninger i samværets omfang og gjennomføring.¹⁴³ Likevel burde domstolen i det minste referere til grunnene, og helst drøfte konkret om det er grunnlag for å pålegge tilsyn. Dette er et nytt inngrep i retten til samvær og retten til familieliv, som i seg selv må være forholdsmessig.

Ofte vil det altså være de samme forholdene som kan begrunne nektelse av samvær som kan begrunne tilsyn under samværene. Som følge av det minste inngreps prinsipp skal det minst inngripende forsøkes først. Det må da vurderes om problemene kan avhjelpes med tilsyn før samvær nektes. Muligheten til å pålegge tilsyn kan medføre at samvær som burde opphørt videreføres, fordi det konkluderes med at tilsyn vil sikre barnet.¹⁴⁴ For eksempel kan barnet gjenoppleve traumer under samværet, selv om det på grunn av tilsynet ikke *fysisk* utsettes for fare for skade. Dette skal ikke skje, og er en av ulempene med muligheten til å pålegge tilsyn. Bvl. § 4-1 første ledd om at barnets beste skal tillegges avgjørende vekt, gjelder også her. Selv om det minste inngreps prinsipp tilsier at det skal være samvær med tilsyn fremfor å nekte samvær, skal ikke dette gjøres hvis det ikke er i tråd med barnets beste. En annen ulempe med tilsyn er at situasjonen kan fremstå kunstig, slik at det ikke blir noen naturlig kontakt mellom foreldre og barn.¹⁴⁵ Tilsyn kan imidlertid være en nødvendig forutsetning for at det skal kunne være samvær, og alternativet er da at det skal nektes. Verdien av kontakten må vurderes, og blir en del av barnets beste-vurderingen. Også barnets mening om samværenes verdi vil her være en viktig del i vurderingen.

I Rt. 2004 s. 1046, hvor samvær ble nektet, fremgår det av anførselene til kommunen at den vurderer det slik at manglene ved foreldrenes omsorgsevne i forbindelse med samværene ikke kan avhjelpes med tilsyn.¹⁴⁶ Foreldrene hadde tidligere hatt en negativ holdning til samvær under tilsyn, og barnet hadde sterke negative reaksjoner også etter samvær hvor det hadde vært tilsyn. I denne saken hadde det altså først vært forsøkt en ordning med samvær under tilsyn, før det ble aktuelt å nekte samvær. Dette er i tråd med det minste inngreps prinsipp.

¹⁴² LB-2006-26681.

¹⁴³ Haugli og Havik (2010) s. 144.

¹⁴⁴ Bendiksen og Haugli (2014) s. 256.

¹⁴⁵ Bendiksen og Haugli (2014) s. 255-256.

¹⁴⁶ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 30.

Det biologiske prinsipp og utgangspunktet om at samvær generelt anses som det beste for barnet tilsier også at det først forsøkes med samvær under tilsyn, før man eventuelt finner ut at dette ikke er barnets beste likevel. Forløpet i denne saken er dermed også i tråd med prinsippet om barnets beste, da samvær ikke ble videreført.

I en dom fra Hålogaland lagmannsrett fra 2006¹⁴⁷, ble en omsorgsovertakelse opprettholdt og foreldrene skulle ha samvær med barnet fire ganger i året i fire timer, uten tilsyn. Barnet var to år, og hadde blitt akutt plassert i fosterhjem da han var tre måneder gammel. Far hadde påført barnet minst sju ribbensbrudd og brudd i overarmen. Han var dømt i lagmannsretten til seks måneders ubetinget fengsel for forholdene. Om tilsyn uttaler lagmannsretten at det er et vesentlig inngrep som kun kan pålegges når tungtveiende grunner tilsier det og på grunn av et kontrollbehov. Barnevernstjenesten ønsket å føre tilsyn for å tilrettelegge samværene for barnet, særlig på grunn av morens passivitet. Lagmannsretten mente at dette ikke er et kontrollbehov, men noe som må løses gjennom samarbeid mellom foreldrene og barnevernet. Avslutningsvis uttales at det ikke fastsettes tilsyn på grunn av den begrensede samværsordningen som er fastsatt.

Lagmannsrettens uttalelser er i tråd med det teoretiske utgangspunktet.¹⁴⁸ Fare for ny voldsutøvelse mot barnet nevnes ikke i forbindelse med tilsynsvurderingen. I drøftelsen av omsorgsovertakelsen, uttales det at den sakkyndige mener at det er fare for gjentakelse av vold fra far hvis det oppstår situasjoner der han mister besinnelsen. Han har ikke akseptert tilbud om behandling for problemene. Etter min mening burde dette være trukket inn i vurderingen av om det skal føres tilsyn under samværene. Selv om samværene har lite omfang, burde det vært vurdert om det er en reell fare for at barnet kan bli utsatt for vold. Barnet har krav på beskyttelse mot enhver form for overgrep, også under samvær.¹⁴⁹ Riktignok skal samværene i denne saken primært foregå i fosterhjemmet eller et sted med fosterforeldrene til stede, hvilket gir noe kontroll. Men spesielt da det uttales av lagmannsretten at det fastsatte samværet er et minimumssamvær, og det må vurderes om det for eksempel skal utvides til å omfatte overnatting, burde retten etter min mening ha vurdert

¹⁴⁷ LH-2006-119099.

¹⁴⁸ Haugli og Havik (2010) s. 147.

¹⁴⁹ BK art. 19 nr. 1 og Haugli (2000) s. 132.

faren for vold.

Vurderingen av om det er nødvendig med tilsyn er vanskelig. Foreldrene skal ikke bli utsatt for unødvendige inngrep, men samtidig kan konsekvensene for barnet bli store hvis det ikke fastsettes tilsyn når det burde vært det. Et eksempel er tilfellet beskrevet i en dom fra Gulating lagmannsrett fra 2015.¹⁵⁰ Samvær med far hadde blitt gjennomført med tilsyn, men dette ble ikke lenger sett på som nødvendig. Første gang barna hadde samvær med faren uten tilsyn begikk han et seksuelt overgrep. Det er klart at tilsyn kun skal fastsettes når det anses nødvendig ut fra konkrete grunner, og man kan aldri være helt sikker på at barnet ikke utsettes for noen fare. Likevel viser eksempelet at det er viktig at det gjøres nøye vurderinger av om det skal være tilsyn eller ikke.

For å bedre rettssikkerheten burde inngrep i gjennomføringen av samværet vært hjemlet direkte i barnevernloven. I tillegg burde det også fremgå av loven hvilke inngrep som kan gjøres, og hva vilkårene er. I forslaget til ny barnevernlov er det inntatt en generell hjemmel til å sette vilkår for samværet. I det følgende vil jeg gjøre rede for denne, og andre bestemmelser i lovforslaget som er relevante for spørsmålet om inngrep i samværsretten.

6 Forslag til ny barnevernlov

6.1 Generelt om forslaget

Regjeringen oppnevnte 28. november 2014 et utvalg som skulle komme med forslag til ny barnevernlov. Mandatet bestod blant annet av å forenkle loven, ved å foreta en teknisk, språklig og strukturell gjennomgang. I tillegg skulle åtte problemstillinger vurderes nærmere.¹⁵¹ Barne- og likestillingsdepartementet uttalte i en pressemelding i forbindelse med oppnevningen av vedtaket, at dagens regelverk er usammenhengende og lite oversiktlig.¹⁵² Loven skal gjøres mer tidsriktig, og målet er å bedre rettssikkerheten for barna og skape et

¹⁵⁰ LG-2015-104382.

¹⁵¹ NOU 2016: 16 punkt 2.1.

¹⁵² <https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/bld/sak/ny-barnevernslov/id2513120/>

Sist besøkt 1. april 2017.

mer forståelig lovverk.

Trude Haugli ledet utvalget fram til 25. april 2016, men på grunn av sykdom tok Christian Børge Sørensen over som leder fra denne datoen. Utredningen ble avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 29. september 2016, og sendt på høring 7. november 2016 med høringsfrist 30. januar 2017.¹⁵³ Mange instanser har svart, blant annet barnevernstjenesten i flere kommuner, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Barne-, ungdoms- og familieetaten, Kripos, Redd Barna, Røde Kors og Landsforeningen for barnevernsbarn.¹⁵⁴

Før den nye loven blir vedtatt vil utredningen være relevant ved anvendelsen av nåværende barnevernlov, med vekt som juridisk teori. Det er en grundig juridisk utredning fra et utvalg med stor kompetanse på området, som derfor kan tillegges vekt som juridisk teori. Vekt som forarbeid vil utredningen ha etter vedtakelsen av den nye loven. Mye kan bli endret før loven vedtas, men jeg vil i neste punkt kommentere det som er foreslått som er relevant for oppgavens tema.

6.2 Relevante endringer og betydningen av dem

I lovforslaget er strukturen til loven endret, og loven fremstår som mer oversiktlig. Kapittel 6 i forslaget til ny lov omhandler «Kontakt og samvær». Her gjøres det endringer som direkte gjelder inngrep i samværsretten. I tillegg er forslagets §§ 2 og 3 relevante, da de blant annet omhandler barnets beste og barnets rett til medvirkning.

I kapittelet om kontakt og samvær fastslås det i § 37 første ledd første setning at barnet har rett til kontakt med blant annet sine foreldre. Det vil dermed etter dette forslaget ikke lenger fremgå av lovteksten at samværsretten også er en rett for foreldrene. Dette er uheldig, da det er klart at foreldrene også har denne retten, blant annet etter EMK art. 8 nr. 1. Dette er også

¹⁵³ <https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/bld/sak/ny-barnevernslov/id2513120/>

Sist besøkt 1. april 2017.

¹⁵⁴ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2016-16-ny-barnevernslov2/id2519335/>

Sist besøkt 1. april 2017.

kommentert av forskergruppa for barnerett ved UiT i deres høringsuttalelse til forslaget.¹⁵⁵

Etter § 37 andre ledd skal barnevernstjenesten aktivt legge til rette for kontakten mellom for eksempel barnet og foreldrene, og det skal utarbeides plan for gjennomføring av kontakt etter § 48. Planen skal sikre forutberegnelighet for omfanget og gi rom for at det kan gjøres endringer ved behov.¹⁵⁶

Bestemmelsen i lovforslaget som direkte gjelder inngrep i samværsretten, er § 38. Forslaget gir en mer inngående regulering enn dagens lov, hvor det kun fastslås at det av hensyn til barnet kan bestemmes at det ikke skal være samvær. Etter første ledd kan barnets rett til kontakt bare begrenses når det er nødvendig og til barnets beste. Dette vil gjelde for all begrensning, som nektelse av samvær, svært begrenset samvær eller at det skal være tilsyn under samværene. Det er positivt at det presiseres i loven at disse vilkårene gjelder for alle inngrep i samværsretten.

Det fremgår videre, av § 38 andre ledd, at det kan settes vilkår for kontakten og at kontakten kan begrenses delvis eller helt. Dette er også en forbedring fra dagens lov, hvor kun fullstendig nektelse nevnes. Dette vil være med på å synliggjøre at også et begrenset samvær og vilkår for gjennomføringen, er inngrep i samværsretten. I tillegg er det en forbedring at adgangen til å sette vilkår for gjennomføringen av samværet har fått en direkte lovhjemmel. Hvilke inngrep som kan gjøres og vilkårene for dette nevnes derimot ikke. Utvalget uttaler at det ikke har funnet det hensiktsmessig å konkretisere vilkårene.¹⁵⁷ Det må foretas en konkret vurdering av hva som er nødvendig og barnets beste. Disse vilkårene fra § 38 første ledd gjelder uansett. Jeg mener likevel at de vanligste vilkårene for gjennomføringen av samvær burde vært nevnt i loven. Dette ville gitt en oversikt over hva som typisk fastsettes, og konkretisert hva som menes med vilkår. Det kunne kanskje også vært hensiktsmessig å inkludere at det kreves tungtveiende og konkrete grunner for at det skal kunne føres tilsyn med samværene. Tilsyn er det vanligste vilkåret som fastsettes, og dette ville i større grad

¹⁵⁵ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2016-16-ny-barnevernslov2/id2519335/?uid=2589e38d-7be5-4328-869e-842f3c990ae5> på side 15-16 i uttalelsen.

Sist besøkt 1. april 2017.

¹⁵⁶ NOU 2016: 16 s. 189.

¹⁵⁷ NOU 2016: 16 s. 189.

sikret at det gjøres en nøyere vurdering enn det som gjøres i praksis i dag. Forhåpentligvis vil kravet til at inngrepet er nødvendig og barnets beste likevel medføre at det gjøres en egen vurdering før det fastsettes vilkår til gjennomføringen av samværet.

Vilkårene for at samvær skal nektes eller begrenses sterkt er derimot konkretisert. I § 38 tredje ledd presiseres det at dette kun kan bestemmes dersom særlig tungtveiende grunner taler for det. Dette er i tråd med rettspraksis, og en slik lovfesting vil bedre rettssikkerheten og forutberegneligheten. En slik bestemmelse gjør også loven mer i tråd med menneskerettighetene. Utvalget uttaler at det rettslige innholdet i kravet til sterke grunner er ment videreført. I tillegg uttales det at det må vurderes om nektelse av kontakt vil innebære et uforholdsmessig inngrep i retten til familieliv.¹⁵⁸ Dette viser at det skal gjøres en vurdering i tråd med EMDs praksis. Utvalget drøfter ikke i hvilke konkrete tilfeller det kan gjøres slike inngrep. Typiske særlig tungtveiende grunner kunne vært nevnt i loven, for å tydeliggjøre tilfellene det kan være aktuelt i. Dette ville bidratt til økt forutberegnelighet. Samtidig burde det i så fall presiseres at også andre tungtveiende grunner kan legitimere inngrep, for å ikke innskrenke skjønnet etter barnets beste-vurderingen.

Utenom kapittel 6 som retter seg direkte mot samvær, er også andre bestemmelser i lovforslaget relevante for inngrep i samværsretten. Det foreslås blant annet at det i § 2 første ledd andre setning skal stå at «[b]arn bør vokse opp i trygghet, kjærlighet og forståelse, og helst i egen familie». Utvalget uttaler at «helst i egen familie» uttrykker det biologiske prinsipp.¹⁵⁹ Dette videreføres dermed i lovforslaget.

Det foreslås også at det i § 2 andre ledd skal stå at barn ikke skal utsettes for vold, overgrep eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. Dette fremgår ikke i nåværende lov, og vil være med på å tydeliggjøre at barn ikke skal utsettes for slik behandling. En slik lovfesting i barnevernloven vil kunne få betydning for inngrep i samværsretten, ved at det blir tydeligere at samvær kan nektes hvis barnet utsettes for slik behandling under samværene.

¹⁵⁸ NOU 2016: 16 s. 190.

¹⁵⁹ NOU 2016: 16 s. 247.

Videre, i § 2 tredje ledd, fastslås det at barnets beste skal være det avgjørende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører et barn etter denne loven. I någjeldende lov gjelder dette kun for kapittel 4. Det oppstilles en liste over punkter det «blant annet» skal tas hensyn til i barnets beste-vurderingen. Disse momentene er:

-barnets egen identitet

-barnets og foreldrenes etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn

-barnets synspunkter

-barnets behov for å bevare familiemiljøet og opprettholde viktige relasjoner

-barnets behov for omsorg og beskyttelse

-barnets sårbarhet

-barnets helse, utdanning og utvikling

Disse momentene er stort sett de samme som anses som relevante etter dagens lov, og som anvendes i vurderingen. Det er likevel bra at momentene lovfestes, som veiledning til rettsanvenderen. Momentene vil kunne bidra til at det foretas en nøyere vurdering av hva som er barnets beste, og at sentrale elementer i vurderingen ikke blir oversett. Dette vil kunne sørge for mer balanserte vurderinger, som igjen bidrar til bedre forutberegnelighet. Dette er spesielt viktig for barnets beste, som skal være det avgjørende hensyn, og dermed er helt sentralt.

Lovforslagets § 3 vil også få betydning for saker om inngrep i samværsretten. Etter andre ledd gis barnet rett til medvirkning. Dette er en videreføring av dagens lov, men det nevnes ingen alder for hvilke barn som garanteres denne retten. I forslaget står det kun at synspunktene skal vektlegges etter alder og utvikling. Utvalget presiserer at barn som er i stand til å danne seg synspunkter har rett til å medvirke uavhengig av alder og modenhet.¹⁶⁰ Det er i tråd med Barnekonvensjonen at det ikke nevnes noen alder, og dette vil kunne bidra til at flere barn får oppfylt sin rett til medvirkning. I tillegg foreslås det en dokumentasjonsplikt for vektleggingen av barnets mening. Etter § 83 andre ledd skal det fremgå av barnevernets vedtak, og etter § 104 tredje ledd siste setning av fylkesnemndas vedtak, hvordan barnets mening er vektlagt. Som redegjort for i punkt 4.1.3 kan det virke som om det at alder nevnes i dagens lov, medfører at barn under sju år ikke får sin mening vektlagt. I Rt. 2002 s. 908

¹⁶⁰ NOU 2016: 16 s. 248.

inngår ikke vurderingen av en seksårings mening, mens i Rt. 2004 s. 1046 fikk en sjuårings mening stor betydning. Lovendringene er etter dette viktige, og også mer i tråd med Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen art. 12. De nye bestemmelsene skal sikre at barnets syn faktisk tillegges den vekt det skal ha.¹⁶¹

7 Avsluttende vurdering

Utviklingen etter Johansen-dommen fra 1996¹⁶², ser ut til å være at Høyesterett og lagmannsrettene anvender inngrep i samværsretten mer i tråd med menneskerettighetene. Spesielt rettighetene etter EMK art. 8 nr. 1 nevnes i dommene, og Høyesterett har fastsatt vilkår for inngrep basert på EMDs praksis. Samtidig er det ikke alltid Høyesterett foretar en konkret vurdering av menneskerettighetene. I en barnevernssak om samvær gjengitt i Rt. 2012 s. 1832 nevner Høyesterett EMD art. 8 og BK art. 9 nr. 3 og art. 3 nr. 1. Deretter uttales det at «[n]orsk intern rett er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser på dette området, og saken gir derfor ikke foranledning til å gå nærmere inn på konvensjonsbestemmelsene».¹⁶³ I denne dommen tar Høyesterett kanskje for lett på konvensjonsbestemmelsene. De har forrang etter mrl. § 3, og det er viktig at Høyesterett anvender konvensjonene hvis dette vernet skal være reelt. Det vil være uheldig om menneskerettighetsbestemmelsene ikke blir anvendt i samværsaker. Tidligere har Høyesterett ofte sitert fra for eksempel EMDs praksis, og dette bør fortsette for at norsk rett skal være i tråd med utviklingen. Spesielt gjelder dette ved anvendelsen av nåværende barnevernlov, som ikke oppstiller strenge vilkår for å gjøre inngrep i samværsretten. Lovforslaget i NOU 2016: 16 er mer i tråd med menneskerettighetene, men også etter vedtakelsen av dette er det viktig at BK og EMK anvendes i tillegg til loven.

I flere saker om inngrep i samværsretten fremstår det som usikkert hvorvidt barnets mening har inngått i vurderingen. Spesielt gjelder dette når barnet er under sju år.¹⁶⁴ Dette kan tyde på

¹⁶¹ NOU 2016: 16 s. 249.

¹⁶² EMDs dom 7. august 1996 *Johansen mot Norge*.

¹⁶³ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 32.

¹⁶⁴ Som drøftet i punkt 4.1.3 på side 29.

at det medfører en innskrenkning i barnets rettigheter når alder nevnes i loven. I forslaget til ny lov er dette fjernet, og kanskje vil dette bidra til å endre praksis også før loven vedtas. Barnets mening må høres og dokumenteres, for å sikre at saken er tilstrekkelig opplyst før avgjørelse tas. Rettsanvendere må bli nøyere på å inkludere barnets mening i vurderingen av barnets beste.

Det er viktig at det biologiske prinsipp og EMDs vektlegging av foreldrenes rett til familieliv ikke går på bekostning av barnet og hva som er best for det. Barnets beste er enda sterkere fremhevet i forslaget til ny lov, og dette vil kunne bidra til å sikre at dette blir det avgjørende. Likevel videreføres utgangspunktet om at samvær er det beste for barnet. Det er usikkert om det er grunnlag for å anta dette. I NOU 2000: 12 uttales det at en gjennomgang av 14 sentrale studier har vist at vi ikke vet nok om samvær til å kunne forutsi nytten av det uavhengig av konkrete saksforhold.¹⁶⁵ Det kan etter dette diskuteres om det er riktig å anta at samvær generelt er det beste for barnet. Kanskje burde utgangspunktet bare ha vært at barnets beste avgjør om det skal være samvær eller ikke, for å sikre at det gjøres en vurdering ut fra det konkrete barnets situasjon. Slik rettstilstanden er i dag vil foreldrenes sterke samværsrett blant annet etter EMK og det biologiske prinsipp kunne føre til at foreldrenes rettigheter prioriteres, og at vilkårene for å gjøre inngrep tolkes for strengt. Et eksempel er Borgarting lagmannsretts dom hvor det skulle være samvær på tross av at retten ikke mente dette var til barnets beste.¹⁶⁶

Samtidig er det positivt at utviklingen etter Johansen-dommen ser ut til å være at det skal mer til for å nekte samvær tidlig i sakens forløp. Dette er viktig for å oppfylle målet om tilbakeføring, og ikke ødelegge mulighetene for dette hvis det kan være aktuelt. I de aller fleste saker bør samvær prøves, før det eventuelt konkluderes med at det ikke er barnets beste.

¹⁶⁵ NOU 2000: 12 s. 159, om uttalelsene i Quinton m.fl. 1997.

¹⁶⁶ LB-2006-26681.

Referanseliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814

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

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

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

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950

Vienna Convention on the Law of Treaties 23. mai 1969

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989

Offentlige dokumenter

NOU 1985: 18 *Lov om sosiale tjenester mv.*

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

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

Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) *Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.).*

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

Dok.nr. 16 (2011-2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.*

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

Prop.85 L (2012-2013) *Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister).*

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

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

Høyesterettspraksis

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1997 s. 534

Rt. 1997 s. 1247

Rt. 1998 s. 787

Rt. 1998 s. 1420

Rt. 2001 s. 14

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2003 s. 425

Rt. 2004 s. 1046

Rt. 2006 s. 247

Rt. 2006 s. 1308

Rt. 2011 s. 1601

Rt. 2012 s. 1832

Rt. 2014 s. 976

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 467

Lagmannsrettspraksis

LB – 2006 – 26681

LH – 2006 – 119099

LF – 2014 – 39738

LB – 2014 – 173958

LA – 2015 – 95149

LG – 2015 – 104382

EMDs praksis

W, B og R mot Storbritannia - 8. juli 1987

Olsson mot Sverige - 24. mars 1988

Andersson mot Sverige - 25. februar 1992

Johansen mot Norge - 7. august 1996

Dolhamre mot Sverige - 8. juni 2010

Aune mot Norge – 28. oktober 2010

R og H mot Storbritannia - 31. mai 2011

Nunez mot Norge - 28. juni 2011

Levin mot Sverige - 15. mars 2012

Bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015).

Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave (Oslo 2006).

Bendiksen, Lena R. L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (Oslo 2014).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave (Oslo 2000).

Haugli, Trude og Toril Havik, *Samvær i barnevernssaker – Psykologiske og juridiske vurderinger* (Oslo 2010).

Høstmælingen Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave (Oslo 2016).

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave (Oslo 2012).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave (Oslo 2015).

Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

General comment No. 12 (2009) - *The right of the child to be heard* (CRC/C/GC/12 20. juli 2009).

General comment No. 14 (2013) - *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)* (CRC/C/GC/14 29. mai 2013).

Norske oversettelser er tilgjengelige på regjeringen sine sider:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/fns-barnekonvensjon/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomit/id573909/>

Internettsider

<https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/bld/sak/ny-barnevernslov/id2513120/>

(Sist besøkt 1. april 2017).

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2016-16-ny-barnevernslov2/id2519335/>

(Sist besøkt 1. april 2017).

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2016-16-ny-barnevernslov2/id2519335/?uid=2589e38d-7be5-4328-869e-842f3c990ae5>

(Sist besøkt 1. april 2017).